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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

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

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2024

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

Comitato scientifico

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

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

FASCICOLO N. 4/2024

SOMMARIO

1. **Questione amministrativa e Corte dei conti.**
di Fiorenzo Liguori……pag. 1326

2. **Il patteggiamento della persona giuridica nel prisma della nuova disciplina dei contratti pubblici.**
di Vito Mormando……..pag. 1340

3. **Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni.**
di Luigi Ferrara……pag. 1350
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

4. **Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata tra diritto vigente e prospettive di modifica in attuazione della direttiva UE 2024/1260.**
di Laura Letizia e Ottavio Nocerino……pag. 1361

5. **Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata tra diritto vigente e prospettive di modifica in attuazione della Direttiva UE 2024/1260.**
di Alberto De Chiara ……pag. 1382

ISSN 2036-7821

6. **Navigating global trade: the role of rail freight in the Belt and Road Initiative.**
di Michele Karaboue……..pag. 1417

7. **Responsabilità sanitaria nella gestione del rischio clinico: policy organizzativa per la sicurezza delle cure.**
di Maria Camilla Spena…….pag. 1430

8. **La sostenibilità del debito pubblico nelle nuove regole della governance europea in materia di coordinamento e sorveglianza dei bilanci.**
di Chiara Maria Annunziata Orrei……...pag. 1456

9. **Considerazioni sul giudizio di ottemperanza.**
di Nicola Di Modugno……...pag. 1483

10. **Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale).**
di Paolo Cotza…….pag. 1521

11. **Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'.**
di Paolo Cotza…….pag. 1575

12. **Disciplina e prassi applicativa delle interdittive antimafia: criticità (anche) costituzionali e convenzionali.**
di Sonia Caldarelli…….pag. 1630

ISSN 2036-7821

13. L'inconferibilità tra incarico di responsabile di ufficio o servizio ed attività di supporto al RUP negli enti locali.
di Alessandro Cenerelli……pag. 1672

14. Il diritto all'intelligenza artificiale.
di Massimiliano De Luca……...pag. 1688
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"***)**

15. Disciplina sui servizi digitali erogati dai fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi e ruolo della Commissione europea.
di Alessandro Chiappini……..pag. 1710

16. Il futuro del regionalismo differenziato: tra sfide complesse e opportunità di innovazione per l'Italia.
di Francesco Conte……pag. 1742

17. Analisi dello sviluppo sostenibile all'interno della filiera vitivinicola.
di Carmine Filicetti……pag. 1769

ISSN 2036-7821

18. **Ubicazione delle farmacie: flessibilità interpretative e rediviva pianta organica.**
di Carlo Ciardo……pag. 1796

19. **La tutela dei diritti del terzo nella discordia tra prevaricazione dell'interesse pubblico ed efficacia della trascrizione ipotecaria su beni immobili oggetto di acquisizione gratuita al patrimonio comunale.**
di Linda Giovanna Vacchiano ……pag. 1811

20. **Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: una passeggiata sul crinale tra diritto sostanziale e processuale.**
di Guidomaria De Cesare……..pag. 1827

21. **Dubbi amletici sui canali di segnalazione interna di whistleblowing.**
di Patrizia Parisi ……pag. 1844

22. **Brevi osservazioni sulle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese.**
di Lina De Fusco……pag. 1870

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Questione amministrativa e Corte dei conti

di Fiorenzo Liguori

(Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. La Corte dei conti da parte del problema a possibile soluzione. – 2. L'amministrazione come ostacolo allo sviluppo economico. La costante "riforma amministrativa" e l'utopia della perfetta amministrazione. – 3. L'esternalizzazione del problema: Parlamento, giudici e privati al posto dell'amministrazione. – 4. Separazione dei poteri e alterità logica e ontologica tra amministrare e giudicare, ma anche tra amministrazione attiva e consultiva. – 5. La Corte dei conti da censore a supporto delle amministrazioni, secondo il ddl C1621 e la sentenza 132/2024. – 6. Dalla consulenza sui principi alla risoluzione di specifiche questioni: una esternalizzazione di dubbia ammissibilità ed efficacia. – 7. Le questioni "interne" non risolte. - 7.1. Il caso semplificazione. - 7.2. Il caso reclutamento.

Abstract

The connection between the administrative question and the role of the Court of Auditors is intuitive and is addressed here by taking into account the common perception of administration as an obstacle to economic development. The Court of Auditors, in this now established vision, is also perceived as an obstacle, when it judges and when it controls, especially when it judges, as a contributory cause of the so-called "fear of administering".

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

1. La Corte dei conti da parte del problema a possibile soluzione.

La connessione tra la questione amministrativa ed il ruolo della Corte dei conti è intuitiva e viene qui affrontata avendo riguardo alla comune percezione dell'amministrazione come ostacolo allo sviluppo economico[1]. La Corte dei conti, in questa visione ormai invalsa, è anch'essa percepita come un ostacolo, quando giudica e quando controlla, specialmente quando giudica, in quanto concausa della cd. "paura di amministrare".

Il tentativo della politica, in questa fase, è rivolto a combattere l'inefficienza amministrativa agendo specificamente anche sul ruolo della Corte dei conti, per trasformarla da ostacolo ad alleata nell'assunzione delle decisioni amministrative, depotenziando, correlativamente, la sua funzione giurisdizionale, e così infondendo fiducia negli amministratori "impauriti".

Il percorso, avviato da tempo[2], ha anche ricevuto un primo - sorprendentemente preventivo - avallo della Corte costituzionale[3], ma è anche oggetto di discussione critica, specie da parte della stessa magistratura contabile, che vede il rischio di uno snaturamento della funzione della Corte dei conti.

Secondo questa lettura critica, la Corte finirebbe, per così dire, "fuori posto"[4]. E questo accadrebbe, va aggiunto, in una fase istituzionale nella quale tutti gli attori tendono a recitare la parte dell'altro[5], specialmente se l'altro è la pubblica amministrazione, al punto che un costituzionalista tra i maggiori della contemporaneità[6], limpido fautore di un ben ordinato stato di diritto, ha sentito l'esigenza di scrivere un bel libro con un titolo che è tutto un programma: "ogni cosa al suo posto".

---

* Lo scritto riproduce la relazione tenuta alla "Giornata di studio: La Corte dei conti e la tutela della finanza pubblica: problematiche e prospettive nell'attuale contesto istituzionale", Fondazione Banco di Napoli, 13 dicembre 2024.

[1] F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357 ss.

[2] Il riferimento è alla proposta di legge AC n. 1621, iniziativa del Deputato Foti, recante "modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al Codice della giustizia contabile, di cui all'allegato I al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale".

[3] Cfr. Corte costituzionale 16 luglio 2024, n. 132. Tra i primi commenti, cfr. F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2024, 122.; F.S. Marini, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte conti*, n. 4, 2024, 1 ss., nonché V. Tenore, Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: *lo* "scudo erariale" *è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare* "la fatica di amministrare", *che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, in *ivi*, 195 ss.

[4] Si vedano, tra le altre, con particolare riferimento alla funzione consultiva, e alla sua differenziazione rispetto alla differenza con l'attività consulenziale, i contributi di G. Bottino, *La funzione consultiva*, in *Riv. Corte Conti*, n. 2, 2022, 75 ss., nonché G. Rivosecchi, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2024, 5 ss., spec. 32-35.

[5] Come nota M. Cammelli, *Amministrare senza amministrazione,* in *Il Mulino,* 2016, 581.

[6] Il riferimento è all'opera di Massimo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

ISSN 2036-7821

Un programma non di semplice realizzazione, considerato il punto in cui siamo, e che comunque richiede una previa messa a fuoco per individuare, muovendo da un disegno costituzionale datato e non privo di zone d'ombra, qual è il posto di ognuno.
Una ricerca non proprio agevole anche quando si guarda alla Corte dei conti, ed al molto flessibile disegno costituzionale che la riguarda e che infatti ha generato risposte non proprio univoche da parte della giurisprudenza costituzionale[7].
Se, poi, ci dovessimo convincere che le prospettive di riforma mettano realmente a rischio la natura di questa magistratura, potremmo certo fermarci, con Montale, al "ciò che non siamo, ciò che non vogliamo", ma sarebbe pur sempre utile comprendere qual è il ruolo che la Corte potrebbe legittimamente svolgere per contribuire alla soluzione del problema amministrativo.

2. L'amministrazione come ostacolo allo sviluppo economico. La costante "riforma amministrativa" e l'utopia della perfetta amministrazione.

Ci ritorneremo, ma intanto diamo un rapido sguardo nel campo dell'amministrazione, per focalizzare, al di là delle formule ormai stancamente e acriticamente riproposte, quali sono le cause dei problemi che vive, senza di che è difficile individuare rimedi efficaci, e quali i rimedi nei fatti da ultimo praticati.
La pubblica amministrazione è onnipresente, in tutti i gangli della vita economica e sociale, ma la sua azione è lenta e farraginosa ed appesantisce ogni percorso, dei privati e delle stesse pubbliche amministrazioni. Basta guardare ai tempi di approvazione ed esecuzione delle opere pubbliche: occorrono in media 48 mesi per la sola approvazione dei progetti.
Si comprende, dunque, bene perché la questione amministrativa figuri da decenni ai primi posti delle agende dei governi di ogni colore.
Da ultimo, il PNRR ha individuato nella riforma amministrativa una delle azioni essenziali per rendere possibile l'attuazione tempestiva ed efficace del Piano, ed ha puntato i riflettori sul tema della capacità amministrativa e del reclutamento: una focalizzazione importante, accompagnata dalla disponibilità di notevoli risorse. Entrambi elementi, la focalizzazione e le risorse, che segnano un tratto di discontinuità con il passato, contraddistinto da programmi riformistici ad ampio spettro, ma "a costo zero", rimasti, infatti, in larga misura sulla carta[8].
Prima, però, di volgere uno sguardo più analitico all'oggi, è forse utile ricordare che, se è vero che negli ultimi decenni la questione amministrativa è stata terreno di una perenne ebollizione normativa, che ha disorientato operatori ed interpreti senza

[7] In tema, si veda, tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, A. Poggi, *Il controllo sugli enti territoriali*, in *Riv. Corte Conti*, n. 2, 2022, 67 ss.
[8] In tema, si può vedere F. Liguori, *Un'introduzione*, in *Annuario AIPDA 2023 – Atti del Convegno annuale, Napoli, 29-30 settembre 2023, sul tema Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere*, Napoli, 2024, 3 ss.

ISSN 2036-7821

produrre i risultati sperati, il tema è in realtà oggetto di attenzione istituzionale da epoche ben più risalenti.

Mi limito qui a ricordare che la prima legge che diede al fascismo la possibilità di cambiare le istituzioni del Regno fu quella dei "pieni poteri", che aveva come oggetto la delega al governo "per il riordinamento del sistema tributario e della p.a." (l. 3112 del 1922, n. 1601) e che, all'art. 1, enunciava l'obiettivo della semplificazione e puntava a "ridurre le funzioni dello Stato, riorganizzare i pubblici uffici ed istituti, rendere più agili le funzioni e diminuire le spese".

Caduto il fascismo, c'era ancora la guerra quando Ugo Forti, nel 1944, dopo essere stato reintegrato nella cattedra di diritto amministrativo che le leggi razziali gli avevano sottratto, venne messo a capo di una Commissione, che doveva realizzare, per l'appunto, la riforma amministrativa.

E poi è tutto un susseguirsi di iniziative di studio volte ad individuare le possibili soluzioni della questione amministrativa, dalla Commissione Lucifredi al Rapporto Giannini.

Ricordo, assai sommariamente, questi passaggi storici solo per contestualizzare il richiamo al pensiero che , su questi temi, ebbe ad esprimere Benedetto Croce. " È noto che non vi è niente di più sciocco e noioso dei discorsi che si fanno, si sono sempre fatti e sempre si faranno con il censurare l'andamento delle p.a. e notare negligenze, oziosità, falsità, imbrogli, ruberie viltà per conchiudere che le cose vanno male ed anzi il mondo peggiora e corre alla rovina. Il presupposto di queste censure, chiamate a ragione critiche facili, il presupposto da cui nasce la loro perpetuità è la perfetta amministrazione in cui ciascuno adempia con intelligenza perfetta e perfetta volontà il proprio dovere, cioè uno schema astratto che, come tale, non può trovare corrispondenza nella realtà"[9].

Naturalmente questo non significa, lo chiarisce sempre Benedetto Croce, che si debba "lasciar correre" e smettere di lottare, ma non bisogna neppure dare troppo credito a coloro che pensano di avere la soluzione per tutti i problemi e si dolgono di non essere ascoltati quanto meriterebbero evocando la metafora contadina del "lavare la testa all'asino". Il tempo si è incaricato di mostrare come anche le soluzioni contenute nel Rapporto Giannini fossero in buona misura opinabili, come nel caso della privatizzazione del pubblico impiego, disposta trent'anni fa. Basta leggere il Rapporto della Corte dei conti 2020 sul costo del lavoro pubblico, secondo il quale importare astrattamente modelli che hanno dato buoni risultati in ambiti diversi dalla p.a. non assicura di per sé l'obiettivo di aumentare la produttività del lavoro e, con essa, l'efficienza e la qualità dei servizi resi alla collettività. La simulazione dell'efficienza dei privati - modello teorico ispirato a grandi ragioni ideali, che tanti,

[9] B. Croce, *Etica e politica (1931)*, Milano, 1994, 312.

ISSN 2036-7821

non solo Giannini, proponevano come moderna panacea - alla prova dei fatti non ha funzionato.

3. L'esternalizzazione del problema: Parlamento, giudici e privati al posto dell'amministrazione.

Venendo ai rimedi adottati, e mettendo da parte il deludente ricorso al diritto privato, ci imbattiamo in un susseguirsi di semplificazioni, specialmente procedimentali, ed anche molto audaci, come nel caso del silenzio assenso tra amministrazioni e della conferenza di servizi semplificata ed asincrona. E poi poteri che si esauriscono, meccanismi sostitutivi, by-pass di vario tipo per superare l'inerzia e i ritardi[10]. Tante misure reiterate e talvolta contraddittorie per rendere meno lenta e farraginosa l'azione amministrativa, sulle quali non è il caso di indugiare in questa sede.

Quel che si intende invece focalizzare è la tendenza, affermatasi in termini progressivamente più evidenti, a spostare il problema amministrativo all'esterno della pubblica amministrazione.

L'amministrazione è sempre più frequentemente scavalcata: dal legislatore, dal giudice, dai poteri privati.

Questa tendenza a spostare all'esterno dell'area della pubblica amministrazione, ad esternalizzare, per così dire, la cura concreta degli interessi pubblici nella prospettiva di risolvere la questione amministrativa, si può intravedere, con le sue peculiarità, anche nel disegno di legge governativo sulla Corte dei conti: si tratta di un affiancamento, non di una sostituzione vera e propria, ma anche in questo caso si intende far ricorso ad una entità esterna per risolvere il problema dell'amministrazione, anzi, degli amministratori inquieti ed impauriti, o almeno così percepiti, anche dalla Corte costituzionale.

La questione amministrativa è così, in qualche modo aggirata. Per di più, a ben vedere, non si progetta neppure un organico ridisegno delle funzioni della magistratura contabile: tutto è, in definitiva, pensato esclusivamente in funzione della limitazione della responsabilità erariale, ogni singola disposizione esprime, all'evidenza, questa effettiva preoccupazione.

Prima però di entrare nel merito di alcune scelte contenute nel disegno di legge Foti, è bene specificare, sia pure in estrema sintesi, a quali fenomeni si intende fare riferimento con l'utilizzo della formula "esternalizzazione del problema amministrativo".

E va anche ricordato, a scanso di equivoci, che i confini tra amministrazione, legislazione, giurisdizione, autonomia privata sono certamente mobili; epperò non si

[10] In tema, si rinvia ancora a F. Liguori, *op. cit*.

ISSN 2036-7821

possono arbitrariamente modificare, anche se si guarda alla separazione dei poteri con laicità e pragmatismo.

L'attenzione ai confini, ed anche alla possibilità di attraversarli secondo criteri predeterminati e intellegibili che non travolgano il disegno istituzionale, vale, a mio giudizio, anche se si guarda ai confini tra amministrazione attiva, consultiva e di controllo: su questo versante il richiamo alla separazione dei poteri, pure possibile e praticato, è indubbiamente meno diretto, mentre viene anzitutto in evidenza il disegno istituzionale delle funzioni: la specializzazione degli organismi deputati a svolgerle, il diverso regime delle responsabilità per ciascuna funzione pensato, la misura e la misurabilità degli sconfinamenti possibili in via d'eccezione.

Ebbene, tornando ai fenomeni della cd. esternalizzazione, basterà ricordare che si amministra sempre più per legge, attraendo almeno formalmente nell'area della legislazione negoziazioni che spetterebbero al governo e all'amministrazione, con evidenti distorsioni dei rapporti tra i poteri e il rischio di alterazioni degli equilibri costituzionali.

La Corte costituzionale cerca da ultimo di contenere il fenomeno con un sindacato più incisivo, ma così finisce per svolgere il ruolo che spetterebbe al giudice amministrativo: il risultato è che ci troviamo al cospetto, ancora una volta, di un altro attore che recita una parte non sua[11].

Su un altro versante le politiche di semplificazione, piuttosto che mirare ad eliminare adempimenti e funzioni realmente superflue, si spingono fino a comprimere, quando non ad eliminare del tutto, il ruolo essenziale delle amministrazioni; ruolo che è messo, sotto ancora un altro versante, in discussione pure dalle pericolose fughe in avanti del giudice, specialmente amministrativo, che si appropria anche la quota di funzione che dovrebbe essere indefettibilmente riservata all'amministrazione[12].

E poi c'è il largo e disinvolto ricorso a competenze esterne per lo svolgimento di attività variamente connotate, specie se ad alto contenuto tecnico: la vicenda del PNRR e la polemica divampata a proposito della decisione di coinvolgere una società multinazionale di consulenza strategica nella predisposizione del piano conferma la tendenza ad esternalizzare e consente anche di cogliere il problema della inadeguatezza delle competenze proprie dei ruoli burocratici rispetto ai compiti da svolgere, sul quale mi riprometto di tornare.

---

[11] Su questi temi, oltre al già citato *Un'introduzione*, cfr. A. D'Aloia, *La legge provvedimento tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2022, 33-34. F. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, Napoli, 2023; D. Vaiano, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996. Si veda, inoltre, S. Spuntarelli, *Eccessi legislativi ed erosione dell'attività amministrativa*, in *Annuario AIPDA 2023*, cit., 139 ss.

[12] Cfr. P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Amministrare e giudicare. Trasformazioni ordinamentali*, Napoli, 2022.

ISSN 2036-7821

4. Separazione dei poteri e alterità logica e ontologica tra amministrare e giudicare, ma anche tra amministrazione attiva e consultiva.

Per orientarsi in questo magma è utile guardare al rapporto tra amministrazione e giudice, che presenta profili paradigmatici che possono assumere valore generale anche in considerazione del fatto che la Corte dei conti è pur sempre un organo magistratuale di cui "la legge deve assicurare l'indipendenza" (art. 100, co. 3).

Nella percezione comune, ma il punto è controverso[13], il rapporto amministrazione-magistratura investe la divisione dei poteri, la cui portata, tuttavia, è tutt'altro che definita e, nelle visioni meno rigide, può, in fin dei conti, tradursi in una misura organizzativa incentrata essenzialmente sulla specializzazione dell'organo cui il compito è affidato. Ha, del resto, solide radici anche l'idea che la parola del legislatore, quella dell'amministrazione e quella del giudice non siano altro che evoluzioni e precisazioni tra loro coordinate e concorrenti della sovranità statale, che esige un'attuazione progressiva e cooperativa, la compartecipazione, cioè, di ciascun soggetto (legislativo, amministrativo, giurisdizionale) al medesimo disegno di attuazione della volontà dell'ordinamento[14].

Anche una visione di questo tipo deve, però, fare i conti con il diritto positivo e con l'ontologica diversità tra amministrare e giudicare, ed anche, a quel che sembra, tra amministrazione attiva e amministrazione consultiva.

La giurisdizione è altro dall'amministrazione e non dovrebbe di norma ad essa sovrapporsi non solo e non tanto per obbedire al principio di separazione dei poteri quanto per ragioni di complessiva tenuta dell'ordinamento come disegnato dalla Costituzione e dalle leggi generali che la attuano, cui peraltro corrisponde la "natura delle cose", e cioè il carattere eccezionale e frammentario dell'intervento delle magistrature, la loro terzietà, salvaguardata anche dal carattere episodico di tale intervento. L'ordinaria competenza ad amministrare spetta, invece, all'amministrazione pubblica, costituita ed organizzata per svolgere questo compito, e del suo corretto adempimento sono responsabili i dipendenti ed i funzionari, anche sul piano politico.

5. La Corte dei conti da censore a supporto delle amministrazioni, secondo il ddl C1621 e la sentenza 132/2024.

---

[13] Si veda, in particolare, M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, ove si afferma che "la riserva di amministrazione non ha rango costituzionale" e che "la separazione dei poteri non ha nulla a che fare con i limiti della giustizia amministrativa". Diversa la visione, tra gli altri, di F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

[14] Per la ricostruzione di tale linea di pensiero, si può rinviare a F. Cortese, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?* in *P.A. Persona e Amministrazione, n.2/2018, 99ss.*

ISSN 2036-7821

Questa differenziazione può avere un rilievo molto significativo anche quando si ragiona della funzione della Corte dei conti, per quanto il discorso presenti profili ulteriori di complessità, anzitutto per via della natura duplice di tale magistratura e del tenore dell'art. 100, fatto oggetto di una lettura evolutiva non priva di contraddizioni.

Quanto a quest'ultimo profilo, non si può fare a meno di osservare che il dettato costituzionale è stato oggetto di interpretazioni non univoche se non di veri e propri *revirement*. Non fu, in particolare, un'impresa semplice la conciliazione, operata con la celebre sentenza n. 29 del 1995, della riforma del 1994 con le previsioni costituzionali che individuavano nella Corte un organo chiamato essenzialmente a svolgere controlli preventivi di legittimità[15]. Come è stato osservato, in realtà, "la effettiva e formale copertura costituzionale si trovava all'interno del progetto di riforma costituzionale operato dalla Commissione D'Alema"[16]. Lo scrutinio di costituzionalità risultava in effetti proiettato verso il futuro e teneva in sostanza conto della riforma costituzionale *in fieri*, e poi fallita, che puntava ad espungere la funzione giurisdizionale dai compiti della Corte, ed a trasformare il controllo preventivo di legittimità in un "controllo successivo dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa", secondo le risultanze del Rapporto Giannini.

Poi la visione del giudice costituzionale cambierà ancora, e secondo alcuni[17] si tratterà di un autentico *revirement* rispetto alla sentenza n. 29 del 1995, con la altrettanto celebre decisione n. 60 del 2013 (cui seguiranno le sentenze nn. 39 e 40 del 2014), che copre anche il diverso corso legislativo, che aveva introdotto, in controtendenza rispetto alla riforma del 1994, nuove forme di controllo di legittimità, anche assai invasive perché implicanti misure di tipo imperativo o cogente, sull'utilizzo delle risorse finanziarie da parte degli enti controllati.

Questi profili, che attengono alla non univoca lettura costituzionale della funzione della Corte dei conti[18], meriterebbero tutta un'altra attenzione ma possono essere in questa sede solo accennati se si intende limitare lo sguardo, come si intende fare, al versante relativo alla funzione consultiva della Corte, di cui la Costituzione non fa, in verità parola, ma che si ritiene pacificamente ricompresa nel ruolo che la legge fondamentale riconosce alla Corte nelle materie di contabilità pubblica. Su questo versante, in effetti, il quadro costituzionale è apparso talmente duttile da non

[15] In tema, cfr. E. Giardino, *I controlli preventivi di legittimità e le questioni irrisolte*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2024, 81 ss.

[16] A. Poggi, *op. cit.*, 69.

[17] A. Carosi, *Conclusioni della sessione*, in *Riv. Corte Conti*, n. 1, 2022, 84.

[18] Interessante, al riguardo, la lettura di V. Bontempi, *I controlli amministrativi alla luce delle testimonianze*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2024, 200 ss.

ISSN 2036-7821

precludere, in linea generale, l'attribuzione di ulteriori funzioni (ad esempio, "rivitalizzando funzioni consultive", centrali nel periodo precostituzione)[19].

6. Dalla consulenza sui principi alla risoluzione di specifiche questioni: una esternalizzazione di dubbia ammissibilità ed efficacia.

Sul versante, dunque, delle funzioni consultive, l'idea di fondo che ispira le previsioni del ddl C2021 è che "la Corte debba essere di supporto alle amministrazioni, in modo da prevenire il danno e rafforzare la legittimità dell'azione amministrativa, piuttosto che limitarsi a censurarne a posteriori l'azione, provando, spesso infruttuosamente, a recuperare il danno erariale prodotto"[20].

Si prevede, infatti, la possibilità, per le amministrazioni nazionali e locali e per gli organismi di diritto pubblico, di richiedere alla Corte dei conti pareri, anche su *fattispecie concrete* connesse all'attuazione del PNRR e del PNC, con conseguente esonero della responsabilità per danno erariale da colpa grave in caso di adeguamento dell'azione amministrativa ai pareri resi; e, per di più, se il parere non interviene entro 30 giorni, è come se fosse stato espresso in senso favorevole: un'altra ipotesi davvero, per cd., audace di silenzio-assenso.

Si tratta però di capire se questo cambio della prospettiva e dei tempi dell'intervento della Corte sia ammissibile e possa conseguire risultati apprezzabili.

In verità, proprio con riguardo all'estensione dell'attività consultiva su fattispecie concrete e non solo sui principi (con la connessa esimente in caso di azione conforme ai pareri), che appare, tra quelle proposte, l'innovazione più radicale e più discutibile, la Corte costituzionale è stata più vaga che su altri profili, limitandosi ad auspicare "il rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il contestuale abbinamento di una esenzione da responsabilità colposa per coloro che si adeguino alle sue indicazioni".

Se anche, dunque, questa nuova e singolare tecnica decisoria anticipatrice sperimentata dal giudice costituzionale, dovesse ritenersi produttiva di effetti, nel senso dell'attribuzione del crisma della costituzionalità alle disposizioni di un disegno di legge, sul punto specifico la sentenza dice troppo poco per poterne trarre conclusioni di questo segno. Il rafforzamento delle funzioni di controllo, a cui la Corte fa riferimento, non dovrebbe infatti comportare necessariamente la trasformazione della funzione consultiva in attività consulenziale. Mentre è proprio questo l'effetto della disposizione del disegno di legge, e si tratta di uno stravolgimento, più che di una estensione.

Il quadro costituzionale, lo si è detto, presenta profili di indeterminatezza e duttilità, che potrebbero consentire, in linea generale, l'attribuzione di ulteriori funzioni alla

[19] Cfr. G. Rivosecchi, *op. cit.*, 32.
[20] Così, F.S. Marini, *op. cit.*, 3.

ISSN 2036-7821

Corte dei conti, anche rivitalizzando funzioni consultive, originariamente previste da norme precostituzionali, nella logica all'epoca vigente di un rapporto "paritario" con Parlamento e Governo.
Queste funzioni, quando sono riapparse nell'ordinamento costituzionale, hanno seguito un'altra logica, quella di consentire il coordinamento della finanza pubblica, dopo l'approvazione del nuovo Titolo V e prima della legge costituzionale n. 1 del 2012 sull'equilibrio di bilancio.
È infatti con la legge n. 131 del 2003 (art. 7, co. 8) che si riconosce alle regioni la facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica, oltre che ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.
Ma i pareri che, in virtù di tale previsione, si possono richiedere, devono essere "astratti", anzitutto perché la funzione consultiva non può compromettere la funzione di controllo successivo sulla gestione dei bilanci, che ha effetti vincolanti (art. 20, l. n. 243 del 2012, conformemente al diritto dell'Unione europea). I pareri, infatti, intervengono in presenza di particolari complessità normative o di contrasti interpretativi "astratti" riscontrati dagli enti legittimati a chiedere il parere. Si tratta di un'attività di interesse generale, affidata ad un organo magistratuale che opera in posizione di indipendenza (art. 100, co. 3), ma non può assumere il contenuto di una decisione di natura giurisdizionale rivolta a risolvere una concreta controversia, all'esito della cognizione del fatto e della applicazione del diritto al fatto. Nel caso dei pareri il sillogismo giuridico si ferma alla premessa maggiore (qual è la regola di diritto e come va interpretata), il resto è un problema dell'amministrazione: "la funzione consultiva non deve impingere i compiti di amministrazione attiva che, invece, rimangono affidati ai destinatari dei pareri"[21]; destinatari che devono rimanere dotati di tutta la discrezionalità che la legge loro attribuisce ai fini dell'adozione della decisione amministrativa, e che hanno il compito istituzionale, l'organizzazione e la specializzazione di amministrare, ponderando gli interessi in gioco e scegliendo la soluzione più adeguata alla risoluzione del problema amministrativo.
Come tante volte ribadito dalla giurisprudenza "l'istanza non può concernere fatti gestionali specifici, ma ambiti e oggetti di portata generale". Se si supera questo limite, come ci si propone di fare, l'attività della Corte si trasforma da consultiva in consulenziale ed il suo ruolo diventa di co-amministrazione, con il depotenziamento conseguente della funzione giurisdizionale. Il quesito, perché non si debordi dall'area consultiva, deve presentare caratteri di generalità e astrattezza, e non può concernere fatti gestionali specifici. È esattamente il contrario di quello che prevede il disegno di legge n. 1621, che consente alle amministrazioni di richiedere pareri anche

[21] G. Rivosecchi, *op. cit.*, 34.

ISSN 2036-7821

su fattispecie concrete, tra l'altro non necessariamente afferenti alle materie della contabilità pubblica.

A parte la separazione dei poteri, che pure viene messa in dubbio, c'è una questione di deresponsabilizzazione del decisore politico-amministrativo e di confusione dei ruoli, che poi si riverbera anche sull'efficacia del rimedio: le richieste si moltiplicheranno e la Corte dei conti, costretta a giocare "fuori ruolo" e ingolfata dalle richieste, si rivelerà un problema, anche in termini di tempi di attesa, piuttosto che una soluzione.

La soluzione sistemica del problema amministrativo è nell'amministrazione, non al suo esterno. Né il legislatore né le magistrature possono riempire lo spazio amministrativo. Le magistrature, in particolare, anche quando chiamate a svolgere funzioni consultive, non possono sostituirsi all'amministrazione, ma solo indirizzarla in termini di regola da applicare ovvero correggerne l'operato in seconda battuta. L'innovazione in esame appare dunque una forzatura ed incide ancora una volta sui ruoli e sulle funzioni dei vari soggetti dell'ordinamento, trasformando un organismo consultivo in un soggetto chiamato a "co-amministrare", senza possedere la strutturazione, per non dire la qualificazione, necessaria allo svolgimento di un tale compito. Il rimedio non è solo di problematica ammissibilità, ma – e si tratta di un profilo strettamente connesso – si rivelerà probabilmente inefficace per via del sovraccarico di richieste che potrà prodursi a causa dell'effetto di esimente dalla responsabilità erariale da colpa grave ad essi attribuito[22]. In questo modo, la Corte dei conti vedrebbe non solo snaturate le sue funzioni e messa in pericolo l'indipendenza che la Costituzione le riconosce, ma finirebbe anche per costituire un fattore di rallentamento di un'azione che si vorrebbe spedita ed efficace.

Ancora una volta, l'esternalizzazione del problema non è in grado di risolvere la questione amministrativa, ma solo di aggiungere confusione a confusione, alterando oltre la misura del consentito gli equilibri tra diversi soggetti e diverse funzioni e snaturando il ruolo della magistratura contabile, che la valorizzazione del controllo concomitante avrebbe invece potuto correttamente rafforzare[23].

7. Le questioni "interne" non risolte.

Il fatto è che la riforma dell'amministrazione, e specialmente di quegli snodi che pure sono stati focalizzati e che potrebbero essere decisivi, non la si riesce proprio a fare. Emblematici davvero i casi del reclutamento e della semplificazione, intesa come riduzione delle funzioni: due fronti strategici, e come tali individuati nel PNRR, se è vero che un'amministrazione composta di funzionari selezionati guardando non solo

[22] Come osserva G.Rivosecchi, *op.cit.*, 35.

[23] Sulla direzione che potrebbe assumere il rafforzamento delle funzioni di controllo, si veda Corte dei conti, Sez. riun. Cons., parere 30 ottobre 2024, n. 3.

ISSN 2036-7821

alla preparazione teorica ma specialmente al possesso di competenze adeguate alla risoluzione dei problemi e la riduzione dei compiti ai quali far fronte sono due passaggi essenziali per un recupero di efficienza, come è emerso dalle considerazioni che già sono state svolte.
Ma sono proprio questi i due versanti dove si manifesta in maniera plastica l'impotenza del legislatore, che individua il problema, adotta soluzioni in principio condivisibili, e poi subito le rinnega o le rinvia.

7.1. Il caso semplificazione

Sul versante della semplificazione, che si articola in più direzioni, e che fin qui è stata perseguita essenzialmente sul piano procedimentale, sia agendo sugli istituti (s.c.i.a., silenzio assenso, anche tra amministrazioni, conferenza di servizi, ecc…) che sui tempi, sono davvero significative le accidentate vicende di una diversa, più radicale, linea di intervento, diretta alla eliminazione di adempimenti e compiti non necessari.
Questa opzione richiede una ricognizione analitica delle molte, sicuramente troppe, funzioni contemplate nei diversi procedimenti e in particolare in quelli finalizzati all'ottenimento di atti abilitativi, nella prospettiva dell'eliminazione di tutte quelle superflue ovvero della loro concentrazione secondo un disegno funzionale e organizzativo più razionale.
Periodicamente, un simile progetto si riaffaccia nelle intenzioni dei diversi governi, ma fin qui non se ne è fatto nulla. La questione è stata anche nel PNRR nell'ambito di un più complessivo intervento a sostegno della capacità amministrativa, questa volta finalmente supportata da un investimento, e che indica come necessaria "una nuova ricognizione dei regimi amministrativi delle attività private e la loro semplificazione mediante l'eliminazione delle autorizzazioni e degli adempimenti non necessari".
Le soluzioni fin qui adottate e riproposte, ad esempio, anche con riferimento agli investimenti nelle ZES e sulle quali oggi si intenderebbe puntare per la ripresa economica nel Mezzogiorno, mantengono invece inalterato il numero delle autorizzazioni necessarie ma le comprimono all'interno di un contenitore, come la conferenza dei servizi nella sua versione più semplicistica[24]. Questo percorso presenta dei rischi connessi all'applicazione pressoché incondizionata del paradigma della celerità, con la connessa rinuncia al dialogo informale, come dimostra anche la disposta equivalenza, nella cd. conferenza di servizi semplificata e asincrona, diventata la modalità ordinaria di svolgimento dei lavori, tra una determinazione "difettosa" e la mancanza di ogni determinazione.
Ben altra cosa è censire le funzioni e gli apparati ad essi preposti per eliminare tutto il superfluo, sia in termini sostanziali che procedurali, ricavando da questa operazione

[24] In tema, cfr. F. Liguori, A. Di Martino, *Lo sviluppo amministrativo per lo sviluppo economico: il caso delle Zone Economiche Speciali*, in *Federalismi*, n. 3, 2024, 106 ss.

ISSN 2036-7821

lo spazio amministrativo davvero essenziale. Ma questo è un percorso ad oggi solo programmato, per non dire immaginato, e mai fin qui concretizzato. In verità, di recente, con un decreto legislativo dello scorso agosto, il governo pretende di aver attuato la delega, ma in realtà non fa quello che doveva fare, e cioè eliminare sovrapposizione e duplicazione di controlli, e invece prevede che venga fatto un censimento dei controlli da parte delle singole amministrazioni, e che ogni triennio vengano pubblicati i documenti di sintesi degli stessi. "In una parola, il governo non ha adempiuto il suo compito, ha semplicemente girato l'incombenza alle singole amministrazioni. Per fare questo non c'era bisogno di una legge"[25].
Proprio non si riesce ad eliminare il superfluo e a migliorare l'essenziale, che resta il modo più efficace di risolvere la questione amministrativa.

7.2 Il caso reclutamento.

A proposito di miglioramento dell'essenziale, viene prioritariamente in rilievo il fattore umano[26], la qualità professionale di chi opera nell'amministrazione, decisiva ai fini dell'accrescimento della capacità amministrativa e del contenimento di quei fenomeni di esternalizzazione ormai invalsi.
Anche su questo fronte, le innovazioni, che pure sono intervenute, non sembrano adeguate rispetto al conseguimento dei risultati prefissati. È infatti opinione condivisa che il sistema dei concorsi pubblici, così come fin qui strutturato, abbia prodotto risultati poco soddisfacenti: "le procedure sono rigide e farraginose, prediligono selezioni basate sul nozionismo, e restano avviluppate nell'ossessione dell'impeccabilità formale"[27], con commissioni più preoccupate di difendere sé stesse e l'amministrazione da ricorsi e responsabilità che impegnate a selezionare i più idonei e capaci. Se i concorsi sono stati gestiti, quando si sono fatti, con un approccio formalistico e legalista, fin dalla fase di confezionamento dei bandi, è perché il sistema si è retto per un trentennio su una normativa di dettaglio datata e obsoleta, contenuta nel d.P.R. n. 487 del 1994. Per di più, le forti limitazioni al *turnover* hanno determinato l'erosione degli organici, impedito il rinnovamento delle competenze e la possibilità di investire in formazione, contribuendo all'invecchiamento progressivo dei dipendenti pubblici, la cui età media è diventata tra le più alte dei paesi europei.
Dopo il Covid molto è cambiato: all'era dei tagli sulla spesa del personale, e degli interventi legislativi a "costo zero", è subentrata quella degli investimenti a tutto campo, sugli assi portanti del sistema amministrativo, resi praticabili dalle ingenti

[25] S. Cassese, *Uno Stato più agile? Un'occasione persa*, in *Il Corriere della Sera*, 21 agosto 2024.
[26] U. Carabelli, L. Zoppoli (a cura di), *Rinnovamento delle PA e nuovo reclutamento*, Roma, 2021.
[27] A. Riccobono, *Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione: reclutamento, inquadramento ed estinzione*, in U. Gargiulo, A. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico in trent'anni di riforme*, Quaderno della rivista Diritto, Lavori, Mercati, Napoli, 2024, 156, ma anche B.G. Mattarella, *Il principio del concorso e la sua parodia*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2017, 417 ss.

ISSN 2036-7821

risorse economiche stanziate dall'Europa in seno al Next Generation EU. Con il PNRR, ha preso forma il più grande programma di reclutamento degli ultimi 40 anni, con l'obiettivo di consentire il rafforzamento della capacità amministrativa, il rinnovamento generazionale della burocrazia italiana, il raggiungimento della soglia di 4 milioni di dipendenti entro il 2028, a fronte dei 3,2 milioni censiti alla fine del 2020.

Il fatto è che si è scelto di acquisire la maggior parte del personale necessario con contratti a tempo determinato, incarichi professionali, contratti di somministrazione, con discipline largamente derogatorie delle regole generali sull'utilizzo del lavoro flessibile nella pubblica amministrazione, tanto sul piano sostanziale quanto su quello finanziario, e le soluzioni per l'individuazione di queste figure, per fare presto, si sono basate su procedure estremamente semplificate.

L'eccesso di semplificazione, riservato ai rapporti temporanei, è stato però in parte bilanciato dall'introduzione del nuovo art. 35-*quater*, d.l. n. 165 del 2001, che ha tracciato regole innovative per le procedure concorsuali finalizzate all'assunzione a tempo indeterminato del personale non dirigenziale : espletamento di almeno una prova scritta, anche a contenuto teorico-pratico, e di una prova orale comprendente l'accertamento della conoscenza di una lingua straniera (secondo modalità rimesse alle determinazioni di ciascuna amministrazione, chiamate dunque a differenziare i bandi avendo riguardo alle caratteristiche professionali delle posizioni da ricoprire). Ed è stato anche riscritto il protocollo delle prove d'esame, all'insegna delle migliori pratiche internazionali.

Queste innovazioni sono state, però, sostanzialmente neutralizzate dopo meno di un anno: ai sensi del nuovo comma 3-*bis* dell'art. 35-*quater*, introdotto con d.l. n. 24 del 2023, le amministrazioni possono bandire i concorsi per profili non apicali prevedendo lo svolgimento della sola prova scritta, fino al 31 dicembre 2026.

Si tratta, all'evidenza, di un passo indietro anche rispetto alle vecchie regole, non solo alle nuove.

Non è di certo un'impresa facile riformare la pubblica amministrazione, neppure se si evitano disegni totalizzanti e si procede un passo alla volta, ma le vicende dei sostanziali fallimenti, o per meglio dire delle rinunce ad attuare le innovazioni che pure erano state introdotte, sommariamente riferite sia in tema di reclutamento sia di semplificazione, ed ora anche il tentativo di trasformare il ruolo della Corte, fanno venire in mente un verso di Becket, che mi prendo in conclusione la libertà di rivolgere al legislatore: "*Fail again, fail better*".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il *patteggiamento* della persona giuridica nel prisma della nuova disciplina dei contratti pubblici

di Vito Mormando

(Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università di Bari e Vice-Presidente del C.d.P. della Corte dei conti)

Sommario

1. Introduzione. L'applicazione della pena concordata tra le parti, nel fuoco dei rapporti tra diritto penale e processo. 2. Cenni sulla rilevanza extra-penale della sentenza di patteggiamento, nella "Riforma Cartabia". 3. La rilevanza della sentenza di patteggiamento, nell'ambito della disciplina delle cause di *esclusione automatica* dalla partecipazione alla procedura di appalto. 4. La rilevanza del patteggiamento, nell'ambito delle cause di *esclusione non automatica* dalla partecipazione alla procedura di appalto.

Abstract

Among the open issues in the great construction site of Legislative Decree 231/01, a prominent place is certainly represented by the slow, gradual and constant assimilation of the legal person to the natural person, also in the field of procedural instruments for defining criminal proceedings. As is known, in fact, art. 63 provides that, "the application of the sanction to the entity upon request is permitted if the judgment against the defendant is final or definable pursuant to art. 444 of the Code of Criminal Procedure, as well as in all cases in which the administrative offence is subject only to a pecuniary sanction".

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione. L'applicazione della pena concordata tra le parti, nel fuoco dei rapporti tra diritto penale e processo.

Tra i temi aperti nel grande cantiere del d. lgs 231/01, un posto di rilievo è sicuramente rappresentato dalla lenta, graduale e costante assimilazione della persona giuridica alla persona fisica, anche sul terreno degli strumenti processuali di definizione del procedimento penale.

Come è noto, infatti, l'art. 63, prevede che, "l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta è ammessa se il giudizio nei confronti dell'imputato è definitivo ovvero definibile a norma dell'art. 444 c.p.p. nonché in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è presente la sola sanzione pecuniaria".

Si tratta di una disposizione, che estende alla *persona giuridica* la possibilità di una definizione "patteggiata" della propria posizione processuale, a condizione che anche il reato–presupposto contestato alla *persona fisica* possa essere definito nelle forme dell'art. 444 c.p.p.

Prima di procedere *funditus* all'esame dei problemi generali della disposizione *de quo*; e prima ancora di studiarne le ricadute sulla recente e complessa disciplina dei nuovi contratti pubblici, è al tema generale dell'accordo sulla pena, che bisogna, ancorché con la sintesi imposta dalla natura del presente lavoro, dedicare alcune riflessioni.

Come è stato attentamente rilevato in un importante lavoro monografico [1], "è il processo in primo piano, non più il diritto. Detto meglio: è la procedura a riscuotere attenzione, mentre il dato sostanziale ha perso la posizione di centralità ricoperta in passato".

L'affermazione merita di essere ampiamente condivisa, anche in considerazione da un lato dell'ampio rilievo, che hanno assunto le dinamiche processuali, sul terreno delle strategie difensive; e dall'altro della emersione di una accreditata posizione culturale, a favore del riconoscimento di una dimensione sostanzialmente processuale del diritto penale: "mentre il diritto civile, amministrativo, commerciale, ecc. disciplinano rapporti giuridici che hanno una vita propria fuori dal processo" [2], il diritto penale "tende all'irrilevanza; nel senso che, se i meccanismi della prevenzione generale funzionano alla perfezione già a partire dalle norme, quanto accade nella realtà sono semplicemente fatti penalmente irrilevanti, cioè, per definizione, estranei al diritto penale. Il diritto penale si esprime come diritto proprio in quanto violato: la sua posizione è, per così dire, patologia" [3].

---

[1] Cfr. Caputo, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009, pag. 15 e ss.

[2] Così Caputo, *op. cit.*, pag. 16; nonché, sul punto, Visconti, *Il reato di scambio elettorale politico – mafioso*, in *Ind. Pen.*, 1993, pag. 303.

[3] Così Padovani, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1982, pag. 433; nello stesso senso Cordero, *Contributo allo studio dell'amnistia nel processo*, Milano, 1977, pag. 37.

ISSN 2036-7821

Sono assai note e suggestive le metafore [4] del "servo" che diventa "padrone" con le quali è stata presentata la moderna rilevanza del processo penale, nei confronti del diritto sostanziale. Ed è parimenti assai noto l'interesse degli studiosi del processo penale, verso lo studio di istituti tradizionalmente considerati di diritto sostanziale e ora divenuti (almeno) di "confine": si pensi alla prescrizione, ma anche alle cause estintive e agli istituti che hanno a che fare con la punibilità.

Si tratta di un fenomeno complesso, che trova una prima e immediata causa nel *deficit* di comunicazione tra la scienza e la prassi, per la costruzione di "prodotti culturali" poco comprensibili e soprattutto poco idonei alla soluzione dei reali problemi di applicazione e interpretazione delle singole fattispecie; a cui deve aggiungersi lo spostamento del baricentro degli interessi sulle dinamiche del processo e la conseguente svalutazione delle sottostanti paradigmatiche di carattere sostanziale determinato dall'ipertrofica crescita della c.d. "giustizia mediatica" [5].

Ed invece, come è stato autorevolmente osservato[6], il nesso tra diritto penale e processo sta "nell'intreccio tra legalità ed aspirazione alla verità, una verità che è anche limite invalicabile di qualsiasi potere", nel senso che "al diritto penale sostanziale interessa non solo la potestà punitiva, ma l'insieme dei significati del principio di legalità, e ciò esige un'intransigente legalità del *law enforcement*, affidata al modello cognitivo del giusto processo".

In realtà, oggi non ha molto senso ridiscutere i rapporti tra diritto penale e processo, alla ricerca di nuovi confini ovvero nel tentativo di una rifondazione dei rapporti di primazia dell'uno, rispetto all'altro: ha molto più senso, invece, esaminarne i rispettivi ambiti, alla luce del rispetto del principio di legalità [7]: e "la questione non è

---

[4] Cfr. Padovani, *La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 1992, pag. 430.

[5] Sul tema si rinvia per tutti alla più culturalmente-accreditata indagine di Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed effetti penali dei media*, in *Riv. It Dir. Proc.*, 2006, pag. 493 e a Giostra, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Media Laws*, 3/2018, pag. 2. Sono particolarmente efficaci le riflessioni dell'A. da ultimo citato, nella parte in cui, dopo avere esattamente individuato i *referenti costituzionali del diritto-dovere* di informazione nel combinato disposto degli artt. 21 e 101 cost. e dopo averne espressamente il *valore euristico di "filigrana" deputata a reggere in trasparenza* l'intero sistema, osserva "l'informazione sulla giustizia penale deve tendenzialmente riguardare, quindi, l'intero procedimento, ferma restando la necessità di salvaguardare la riservatezza della fase investigativa, poiché non avrebbe senso pregiudicare l'accertamento dei fatti per consentire il controllo dell'opinione pubblica sul modo con cui viene svolto.

Questo il dover essere costituzionale delineato dall'art. 21 cost. quando guarda verso la giustizia. Ma l'idea che l'informazione giudiziaria svolga un ruolo fondamentale per la tenuta democratica de Paese registra qualcosa di più di una disaffezione nella coscienza collettiva. Si ha la sensazione che la funzione di vigilanza critica della pubblica opinione sull'operato dei giudici, pur frequentemente ribadita, venga sostenuta con flebile convinzione, se non con malcelato scetticismo, dagli stessi propugnatori di una giustizia garantita, trasparente e "partecipata".

[6] Così Pulitanò, *Sui rapporti tra diritto sostanziale e processo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen*., 2005, pag. 956.

[7] Cfr. sul tema i rilievi di Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, in particolare pagg. 191 e ss.

ISSN 2036-7821

astrattamente accademica ma ha una concreta rilevanza normativa, poiché si tratta di determinare quali siano i principi di sistema" [8].

E' vero, infatti, che tutti questi rilievi vanno verso un'unica direzione, che è rappresentata dalla immanente unità dei due sistemi: con le parole di Pulitanò, diritto e processo penale sono "servi gentiluomini entrambi; entrambi serventi ai medesimi valori di legalità, sia pure ovviamente con competenze diverse, entro un'impresa estremamente sofisticata che aspira a essere non solo di legalità, ma anche di giustizia e razionalità"[9].

In questa prospettiva, l'applicazione concordata della pena *ex* art. 444 c.p.p. e lo stesso art. 63 d. lgs 231.01 rappresentano anch'essi istituti autenticamente ancipiti, che assorbono tutti i rapporti e tutte le tensioni dei due ordinamenti [10], basti pensare alle ricadute sostanziali in punto di applicazione della recidiva ovvero della sospensione condizionale, da lato; così come alla messa alla prova[11] e agli istituti riparatori dall'altro[12].

---

[8] Così Pulitanò, *op e loc. cit*., pag. 965.

[9] Così Pulitanò, *op. e loc. cit*., pag. 970.

[10] Di grande interesse le considerazioni di Caputo, *op e loc. cit*., pag. 8, in particolare ove afferma, che "l'istituto del patteggiamento si presta ad essere indagato con un approccio transnazionale purché si integrino le variabili e le culture in competizione, si mettano al bando gli steccati, i dualismi, i vecchi schematismi tra discipline e le tentazioni ontologizzanti".

[11] In tema di applicazione di messa alla prova degli enti si segnala il recente lavoro monografico di Marzullo, *Aporie applicative nel microcosmo punitivo 231/2001 e supplenza del diritto pretorio*, in *I Libri di Archivio Penale*, Pisa University, Serie n. 36, 2024, pagg. 110 e segg.. L'Autore, in particolare, auspica l'estensione dell'operatività della *probation* anche alle persone giuridiche imputate per illecito 231, proprio al fine di evitare che il giudizio penale, una volta estinto il reato ascritto alla persona fisica per esito favorevole della messa alla prova, debba invece proseguire per anni unicamente per accertare la responsabilità amministrativa da delitto degli enti collettivi, impiegando risorse economiche e materiali per processi tendenzialmente "inutili" che invece potrebbero finalizzate ad una più celere trattazione e definizione degli affari strettamente penali. *De iure condendo*, l'Autore suggerisce non solo di estendere, ma anche di rimodulare l'istituto della messa alla prova con riguardo alla responsabilità amministrativa *de societate*, introducendo non già una mera attenuante, quale conseguenza delle condotte riparatorie, bensì una vera e propria causa di estinzione dell'illecito per effetto della dimostrazione della resipiscenza dell'ente e del suo conformarsi ad un agire lecito ed idoneo a prevenire la reiterazione di reati

Per l'analisi più in generale della medesima tematica si rinvia altresì a: Bartoli, *La sospensione del procedimento con messa alla prova*, Cedam, 2020; Belluta, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, 2018, pagg. 121 e segg.; Garuti, *Il diritto dell'ente di beneficiare della messa alla prova*, in *Proc. pen. giust*., 2022, pagg. 1300 e segg.; Marandola, *Responsabilità ex 231/2001: l'ente può accedere alla messa alla prova*, in www.quotidianogiuridico.it, 9 novembre 2020; Riccardi – Chilosi, *La messa alla prova nel processo 231 quali prospettive per la diversion dell'ente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, pagg. 47 e segg..

[12] In tema di valorizzazione delle condotte riparatorie poste in campo dall'ente incolpato, si rinvia a Ceresa Gastaldo – Fidelbo – Ruggiero – Caneschi, *Esercizio dell'azione a carico dell'ente e condotte riparatorie: valorizzazione del modello post factum e regolamentazione della discrezionalità del p.m. per rilanciare il d. lgs. n. 231/2001*, in AA.VV., *Verso una riforma della responsabilità da reato degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa,* a cura di Centonze - Manacorda., *Il Mulino*, 2023, pagg. 387 e segg.; Centorame, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato-persona giuridica*, in Luparia – Marafioti, Paolozzi (a cura di), *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Torino, 2018, pagg. 199 e segg.

ISSN 2036-7821

Il tema non si esaurisce solo sul terreno dei rapporti tra diritto sostanziale e processuale: l'applicazione concordata della pena ha molto da dire, anche in relazione ai *riti* della c.d. *giustizia mediatica*.
Istituto *laico* è stato definito: e si tratta di una definizione assai efficace, perché è indubitabile che l'istituto *de quo* sfugge al palcoscenico e alle liturgie del dibattimento pubblico e si esaurisce, all'interno di un'udienza camerale, ove tutto è stato già discusso, preparato e concordato; le parti non devono confrontarsi, nelle fasi endoprocedimetali del dibattimento e al giudice spetta solo la valutazione della "legalità della pena".
E tuttavia, a fronte della semplificazione esterna del rito e della rapidità di definizione dell'intera fase processuale, è un istituto che, anche all'esito dell'entrata in vigore della c.d. "Riforma Cartabia", pone numerosissimi problemi interpretativi, come quelli relativi alle conseguenze *extra penali* della sentenza di patteggiamento, in relazione alla nuova disciplina dei *contratti pubblici*, di cui ci occuperemo nelle pagine seguenti [13].

2. Cenni sulla rilevanza extra-penale della sentenza di patteggiamento nella "Riforma Cartabia".

Come è noto, la "Riforma Cartabia" è significativamente intervenuta sulle disposizioni processuali in tema di applicazione concordata della pena con la radicale sostituzione dell'art. 445 co. 1 *bis* cpp, in esecuzione della delega di cui all'art. 1 co 10 lett. a) n. 2 L. 134/2022, con la dichiarata finalità di incrementare il ricorso a tale strumento deflattivo.
Con la previsione, dunque, della complessiva *irrilevanza probatoria* dell'accordo tra le parti, la sentenza di cui all'art. 444 cpp perde la precedente efficacia nei giudizi extra-penali: milita in tal senso, in termini letterali e inoppugnabili, l'inciso *"non ha efficacia e non può essere utilizzata a fini di prova"* contenuta nella nuova disposizione processuale da ultimo citata, con l'ulteriore corollario della inapplicabilità di tutte le disposizioni di legge diverse da quella penale, che equiparano la sentenza di cui all'art. 444 cpp, a quella di condanna.
Resta fermo, tuttavia, che l'irrilevanza probatoria ha efficacia nei giudizi diversi da quello penale, cosicché resta sempre valida la clausola di cui all'art. 238 *bis* cpp, secondo il quale "le sentenze divenute irrevocabili possono essere ai fini della prova del fatto in esse accertato".
Per quel che riguarda, invece, il sistema 231/01 manca un *espresso e simmetrico* riferimento normativo e, dunque, la soluzione non può che essere affidata a una *ragionevole interpretazione* "estensiva" della citata nuova disposizione processuale.

---

[13] Cfr. Giovagnoli, Rovelli, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, pag. 877 e ss.

ISSN 2036-7821

Un primo *argomento estensivo* è possibile ricavarlo dal richiamo agli artt. 34 e 35 d.lgs. 231/01, nella parte in cui tali norme prevedono l'applicazione all'ente delle disposizioni processuali previste per la persona fisica. E si tratta di un'estensione vieppiù condivisibile, poiché non essendo prevista per l'ente la distinzione tra *pene principali* e *accessorie* deve ritenersi, che tutte le sanzioni sono principali e, dunque, tali devono essere considerate anche quelle pecuniarie e interdittive.
Ne consegue, che in relazione al sistema 231/01 la nuova disposizione di cui all'art. 445 co 1 *bis* cpp rappresenta norma di carattere generale, nella parte in cui sancisce la generale *irrilevanza probatoria* del patteggiamento, fermo restando il potere del giudice di limitarne l'ampiezza, con l'eventuale *diretta applicazione* della misura interdittiva, che l'ente può, peraltro, sempre scongiurare adempiendo alle prescrizioni di cui all'art 17 231/01.

3. La rilevanza del patteggiamento nell'ambito della disciplina delle cause di esclusione automatica dalla partecipazione alla procedura di appalto.
Il tema ha formato oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore delegato nella redazione del codice degli appalti, il quale ha, infatti, dedicato una specifica disciplina ai requisiti, sia generali che particolari, cui è subordinata la partecipazione degli operatori economici alle procedure di appalto.
Proprio nell'ambito della prima delle categorie di cui all'art 94 del codice degli appalti, ampio spazio viene dedicato alla disciplina finalizzata a circoscrivere le cause ostative di esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto, degli operatori economici, attraverso la previsione di due distinte ipotesi:
(i) cause di *esclusione automatica*, a cui è dedicato l'art. 94 del codice degli appalti;
(ii) cause di *esclusione non automatica*, a cui sono dedicati gli artt. 95 e 98 del codice degli appalti.
Ciò premesso, al fine di valutare la rilevanza della sentenza di applicazione della pena su richiesta, quale causa preclusiva alla partecipazione alle procedure di appalti pubblici, si rende necessario analizzare singolarmente le citate categorie.
Sono cause di esclusione automatica quelle la cui sussistenza preclude in via automatica – senza, dunque, margine di apprezzamento da parte della stazione appaltante – la partecipazione dell'operatore economico alla procedura di appalto.
In adempimento al principio di tassatività delle cause di esclusione – sancito dall'art. 10 del codice degli appalti – e recependo le diffuse istanze sulla necessità di una riorganizzazione sistematica dell'intera materia, l'art. 94 ha previsto un *elenco tassativo* di provvedimenti, che determinano l'esclusione dalla partecipazione a una procedura d'appalto esclusivamente in presenza di *sentenza definitiva o decreto penale di condanna* divenuto irrevocabile, in relazione al catalogo dei "reati presupposto", tassativamente previsto dalla disposizione di cui all'art. 25 del d. lgs. 231/2001; e

ISSN 2036-7821

senza che sussistano "margini di apprezzamento della stazione appaltante in merito alla tipologia dei reati la cui condanna determina l'esclusione e all'accertamento della commissione, devoluto al giudice, né in merito alle conseguenze espulsive derivanti dalla condanna" [14] .

In particolare è prevista l'esclusione dell'operatore economico condannato per:

(i) i delitti di cui agli articoli 317, 318, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale, nonché all'articolo 2635 del codice civile;

(ii) i delitti di false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

(iii) i delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale, reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche;

(iv) i delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter. 1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109; nonché

(v) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Si impongono a questo punto due importanti precisazioni.

Una recente e assai significativa decisione della S.C.[15] ha, infatti, stabilito che, "Il giudice è chiamato ad una valutazione del modello in concreto e non solo in astratto. Tale controllo, tuttavia, è sempre limitato alla verifica dell'idoneità del modello a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, sicché dev'escludersi che il controllo giudiziario della *compliance* abbia una portata totalizzante, dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate e comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie. E' all'interno di questo giudizio, che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio".

Come abbiamo avuto modo di precisare nel paragrafo che precede, non risulta, invece, più annoverata tra i provvedimenti che determinano l'esclusione automatica dell'operatore, la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p., a cui deve ritenersi equiparato l'art. 63 d. lgs. 231/2001, in virtù del richiamo generale operato agli artt. 34 e 35 del medesimo decreto [16] .

[14] Così Giovagnoli, *op. cit.*, pag. 874.
[15] Così, Cass. Pen. VI Sez., n. 23401/2022, in *Giurisprudenza Penale Web*, 06.10.2022, pag. 12.
[16] Cfr. sul punto Caringella, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2023, pag. 600.

ISSN 2036-7821

Il provvedimento di applicazione concordata della pena, originariamente incluso nel novero delle cause di esclusione previste dalla disciplina previgente (art. 80 d. lgs. 50/2016) e inizialmente ricompreso, all'interno dello schema del nuovo codice degli appalti, è stato espunto dall'art. 94; e con l'entrata in vigore della c.d. "Riforma Cartabia" (d. lgs. 150/2022) e i relativi interventi sul processo penale finalizzati a ridurre la rilevanza extra-penale del c.d. patteggiamento, l'art. 445 c.p.p., ha sancito l'impossibilità di equiparazione alla sentenza di condanna al di fuori del processo penale, salvo il caso in cui sia stata applicata una pena accessoria.
Breve: la sentenza di patteggiamento sia della persona giuridica, che della persona fisica non determina più un *automatico effetto preclusivo*, per l'operatore economico.
A ciò si aggiunga, tuttavia, una considerazione finale: ai sensi dell'art. 94 comma 5 del codice degli appalti costituisce, causa automatica di esclusione l'applicazione all'operatore economico della sanzione interdittiva di cui all'art. 9 comma, lett. c) d. lgs. 231/2001, (che assorbe il divieto di contrattare con la P.A.), nonché di qualsiasi altra sanzione di analogo contenuto interdittivo.
Ne consegue, che nei casi nei quali al patteggiamento segua l'applicazione di una sanzione accessoria interdittiva, l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto discenderà, quale conseguenza autonoma, indipendentemente dai rilievi sin qui svolti relativi alla non menzione della sentenza di applicazione della pena, tra i provvedimenti previsti dall'art. 94 del codice degli appalti.

4. La rilevanza del patteggiamento, nell'ambito delle cause di esclusione non automatica di esclusione dalla partecipazione alla procedura di appalto.

Diversamente dalle cause di *esclusione automatica*, quelle *non automatiche* non operano *ex lege*, ma impongono alla stazione appaltante di verificare, caso per caso, la gravità della condotta e la rilevanza, che essa spiega sull'affidabilità dell'operatore economico, rispetto all'esecuzione del contratto oggetto dello specifico affidamento [17].
L'art. 95 del codice degli appalti prevede, infatti, che la stazione appaltante debba escludere dalla partecipazione alla procedura, "*l'offerente che abbia commesso un illecito professionale grave tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati*", rinviando, poi, all'art. 98 del codice degli appalti, per la definizione degli illeciti di tale natura [18] .
Nell'intento di fornire una disciplina chiara e precisa al "grave illecito professionale" idoneo a determinare l'esclusione di un operatore economico dalla gara, il legislatore definisce normativamente, sia gli elementi costitutivi della fattispecie e i soggetti a

[17] Un primo riferimento è di Corso, *Intrecci (forse da chiarire) tra sistema 231 e codice degli appalti, Editoriale*, in *https://www.ipsoa.it documents quotidiano/2023/05/13.*
[18] Così, Caringella, *op. cit*., pag. 658 e ss.

ISSN 2036-7821

cui essa si riferisce, che i mezzi di prova adeguati, a dimostrare la sussistenza del grave illecito professionale.

Quanto al primo profilo, vale a dire alla individuazione dei fatti astrattamente idonei ad assumere la qualifica di "grave illecito professionale", due sono le categorie rilevanti:

(aa) la contestata commissione da parte dell'operatore economico, (ovvero dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 del codice degli appalti, fra i quali l'ente giuridico ai sensi del d. lgs. 231/2001) di taluno dei reati consumati o tentati, che determinano, nel caso di condanna con sentenza definitiva o con decreto penale di condanna irrevocabile, l'esclusione automatica dell'operatore (lettera h);

(bb) la contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico (oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94 del codice degli appalti) di una serie di reati che sia pure di minore gravità, rispetto a quelli di cui alla precedente categoria, appaiono astrattamente idonei ad incidere negativamente sull'integrità dell'operatore economico (lettera g).

Nell'ambito di tale categoria rientrano, altresì, tutti i reati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231.

Affinché una delle condotte sopra riportate possa assurgere a grave illecito professionale, il legislatore impone, che la condotta sia oggetto di prova e ne prevede, per ciascuna delle categorie, il mezzo che risulta a tale fine adeguato [19] .

L'art. 98 comma 6 del codice degli appalti prevede che:

(aa) quanto alla categoria *sub* 1, i reati *ivi* indicati si ritengono adeguatamente provati mediante provvedimenti giudiziali che determinano, in forma non ancora definitiva, la formale contestazione del reato al suo autore: in particolare, si fa riferimento agli atti di cui all'articolo 407 *bis* comma 1 c.p.p., al decreto che dispone il giudizio, ai provvedimenti cautelari reali o personali emessi dal giudice penale, alla sentenza di condanna non definitiva, al decreto penale di condanna non irrevocabile e, infine, alla sentenza non irrevocabile di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale;

(bb) quanto alla categoria *sub* 2, invece, l'illecito si ritiene adeguatamente provato da provvedimenti di natura definitiva e non, e, pertanto, dalla

[19] Sul punto Caringella, *op. cit.*, pag. 657, secondo il quale la nozione di grave illecito professionale, pur essendo di derivazione comunitaria (Corte Giust. UE, Sez., IV, 18.06.2019, n. 41/18) possiede una valenza più ampia "in quanto da un lato non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o diversa stazione appaltante, dall'altro non fa riferimento solo alla negligenza o all'errore professionale, ma più in generale all'illecito professionale, che abbraccia molteplici fattispecie anche diverse dall'errore o dalla negligenza e include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, ma anche in fase di gara".

ISSN 2036-7821

sentenza di condanna irrevocabile, dalla condanna non definitiva, da provvedimenti cautelari reali o personali, ove emessi dal giudice penale.

Come è facile rilevare, si tratta di un intervento di portata ampia finalizzato alla tipizzazione del concetto di "grave illecito professionale", che va aldilà delle stesse indicazioni contenute nelle linee-guida dell'ANAC e che impone sempre e comunque un preciso obbligo motivazionale al provvedimento di espulsione da parte della stazione appaltante.

Ne consegue, che nelle sole ipotesi di sentenza di applicazione concordata della pena per la persona fisica e per l'ente, per fatti che determinano l'esclusione automatica dell'operatore, sarà sempre configurabile il "grave illecito professionale".

In questo caso, tuttavia, trattandosi di una *causa non automatica*, l'esclusione potrà essere disposta solamente in presenza delle ulteriori condizioni previste dall'art. 98 del codice degli appalti e, cioè, da un lato dell'idoneità dell'illecito ad incidere sull'affidabilità del contraente, in relazione alla specifica procedura di appalto; e dall'altro della concreta valutazione della gravità dell'illecito alla luce del bene giuridico aggredito, dell'entità della lesione prodotta dall'attività materiale, che ha determinato la realizzazione del reato e del lasso di tempo trascorso dalla violazione, anche tenendo conto delle eventuali modifiche intervenute nella struttura organizzativa dell'ente[20].

[20] A sostegno delle nostre conclusioni vale la pena di segnalare l'orientamento del Cons. di Stato (Sez. V, n. 5862/2019 e 5967/2020), che valorizzando al massimo il ruolo del rapporto fiduciario stazione appaltante-operatore economico ha estensivamente stabilito che sarà causa di esclusione "ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui venga accertata la contrarietà ad un dovere professionale".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gli strumenti di AI nel piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Prime osservazioni

di Luigi Ferrara

(Professore associato presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

1. Premessa. L'introduzione degli strumenti di AI nei singoli settori dell'amministrazione italiana e nell'amministrazione del patrimonio culturale. – 2. Il regolamento UE 2024/1689 e l'ordinamento della cultura. – 3. Alcuni nodi problematici nel PND e nelle linee guida per la digitalizzazione del patrimonio culturale. – 4. Considerazioni conclusive. Le iniziative italiane di riforma legislativa ed il settore dei beni culturali.

Abstract

The article deals with the legal regulation of artificial intelligence tools in the cultural heritage system, currently being defined following the adoption by the MIC in 2022 of the National Plan for the Digitalisation of Cultural Heritage (PND) 2022-2026. The contribution starts from some general issues regarding the introduction of AI in individual sectors of the Italian administration, to then analyse the evolution of the European legal framework following the entry into force of EU Regulation 2024/1689 on AI. The contents of the four "guidelines" for the digitalisation of cultural heritage attached to the PND and the ministerial organisational structure IPAC, Infrastructure for digital services related to the digitalisation of cultural heritage, which will have to provide the coordinates and specific digital AI services to the various cultural institutions, are then analysed. Finally, the ongoing national legislative initiatives for the overall regulation of AI tools are analysed.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa. L'introduzione degli strumenti di AI nei singoli settori dell'amministrazione italiana e nell'amministrazione del patrimonio culturale.

Nel corso degli ultimi due anni, in attuazione delle riforme previste dal PNRR, anche nel nostro ordinamento settoriale dei beni e delle politiche culturali è possibile osservare l'introduzione di alcune fonti di disciplina giuridica degli strumenti di intelligenza artificiale da parte delle istituzioni culturali pubbliche e private. Il presente contributo si propone di analizzare, in particolare, alcune questioni giuridiche emergenti a seguito dell'adozione da parte del MIC nel 2022 del Piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale (PND) 2022-2026.

Le istituzioni culturali italiane (quelle museali in particolare) sono, da un lato, destinatarie delle previsioni del piano nazionale, ed in particolare delle *linee guida allegate* al piano, dall'altro sperimentatrici già da alcuni anni di autonome iniziative di uso dell'intelligenza artificiale nella gestione del patrimonio, nei servizi e nelle attività museali, mutuando spesso le esperienze maturate da molte istituzioni museali straniere e collaborando con esse, in ordine alle quali occorre individuare una tassonomia, in un quadro giuridico incerto, che solo faticosamente potrà essere ricondotto a unità dalle iniziative legislative e di inquadramento generale in atto, di cui si terrà conto nella parte finale di queste brevi riflessioni[1]. La riflessione non può che muovere da alcune tematiche generali in tema di introduzione dell'AI nei singoli settori dell'amministrazione italiana, per analizzare poi l'evoluzione del quadro giuridico europeo a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento UE 2024/1689 sull'AI. Vengono quindi analizzati i contenuti delle quattro "linee guida" per la digitalizzazione del patrimonio culturale allegate al PND e la struttura organizzativa ministeriale "IPAC", *Infrastruttura per i servizi digitali legati alla digitalizzazione del patrimonio culturale*, che dovrà fornire le coordinate e gli specifici servizi digitali di IA alle diverse istituzioni culturali. Infine, sono oggetto di analisi le iniziative legislative nazionali in atto di disciplina complessiva degli strumenti di AI.

L'analisi della letteratura e degli orientamenti giurisprudenziali più recenti sull'uso degli strumenti di AI da parte delle pubbliche amministrazioni, evidenzia che, quando la dottrina giuridica approccia i temi dell'intelligenza artificiale - sia che si

[1] La letteratura sull'introduzione di strumenti di intelligenza artificiale da parte di istituzioni culturali non è ancora amplissima. *Ex multis*, cfr. L. PAPI, A. PETRILLO, *L'intelligenza artificiale applicata al patrimonio culturale: Una innovazione tecnologica per la conservazione e la valorizzazione del patrimomio culturale* , in *Archeomatica*, *14*(2), 2023; G. DI MARCANTONIO, *Intelligenza artificiale, Large Language Models (LLMs) e Retrieval-Augmented Generation (RAG). Nuovi strumenti per l'accesso alle risorse archivistiche e bibliografiche*, in *Bibliothecae.it*, 13(1), 2024, 146-173; C. GRECO, C. ROSSI, S. DELLA TORRE, *Digitalizzazione e patrimonio culturale tra crisi e opportunità: l'esperienza del Museo Egizio di Torino*,in *Il capitale culturale*, Supplementi 11, 2020, 197-212; O. MURPHY, E. VILLAESPESA, *Musei e intelligenza artificiale*, IULMaiLAB, 2024; D.H.R. SPENNEMANN, *Will Artificial Intelligence Affect How Cultural Heritage Will Be Managed in the Future? Responses Generated by Four genAI Models*, in *Heritage*, 7, 2024, 1453–1471; P. NIKOLAOU, *Museums and the Post-Digital: Revisiting Challenges in the Digital Transformation of Museums*, in *Heritage*, 7, 2024, 1784–1800; J WEN, B. MA, *Enhancing museum experience through deep learning and multimedia technology*, in *Heliyon*, 10(12), 2024;

ISSN 2036-7821

muova nella prospettiva dell'ordinamento generale sia che approfondisca ordinamenti settoriali - prediliga, alternativamente o congiuntamente, tre punti di vista: quello delle situazioni giuridiche soggettive e della loro tutela, quello del procedimento e della decisione algoritmica come risultato di esso, ovvero quello organizzativo, e quindi il tema dell'infrastruttura digitale necessaria, la sua realizzazione, utilizzazione e manutenzione, i profili proprietari e i rapporti di partenariato con le imprese digitali. In questo contributo, come si evidenzierà meglio in seguito, quest'ultimo sembra l'approccio che maggiormente consenta di far emergere i profili critici del PND.

Come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento Europeo n. 1689 del 2024, anche nell'organizzazione delle attività e dei servizi delle pubbliche amministrazioni attraverso strumenti di AI si afferma la necessità dell' "approccio del rischio", declinato anche come approccio del rischio rispetto all'organizzazione e, quindi, all'infrastruttura. Occorre quindi interrogarsi se questo approccio del rischio sia adeguatamente presente nella disciplina in via di definizione dell'IA nel settore della cultura: se il PND e le sue linee guida dettino indicazioni operative per la struttura ministeriale, da un lato, e per le istituzioni culturali pubbliche e private (museali in particolare), dall'altro, coerenti con le regole e gli strumenti di prevenzione del rischio del Regolamento europeo. Ma, in prospettiva più ampia, occorre sottoporre al vaglio il PND e le linee guida anche in relazione alle evoluzioni della giurisprudenza più recente e alle altre discipline settoriali dell'AI introdotte negli anni più recenti. Innanzitutto, le indicazioni del Garante per la protezione dei dati personali, sulle implicazioni in tema di *privacy* degli strumenti di AI, ma anche la disciplina giuridica della dell'AI nei contratti pubblici, introdotta dal nuovo Codice dei contratti pubblici, D.Lgs. n. 36 del 2023, e infine quella del cd. *cybersicurezza*, rafforzata con la nascita dell'Autorità nazionale.

2. Il Regolamento UE 2024/1689 e l'ordinamento della cultura.

Come è noto il cd. *AI* Act, il Regolamento (UE) 2024/1689, dopo una lunga gestazione, è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale UE del 12.luglio 2024 ed diventerà integralmente efficace 24 mesi dopo la sua pubblicazione, a seguito della previsione di parti della disciplina ad efficacia variamente anticipata o differita (i divieti relativi a pratiche vietate; i codici di buone pratiche; le norme sui sistemi di IA per finalità generali; gli obblighi per i sistemi ad alto rischio). Il Regolamento, nei Considerando 1 e 6 e nell'art.1, definisce le sue finalità nella creazione di un quadro giuridico uniforme per lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di "sistemi di intelligenza artificiale "*antropocentrica e affidabile*, protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali. In particolare, nel Considerando 7, proprio per la necessità di garantire un livello costante ed elevato di

ISSN 2036-7821

tutela degli interessi pubblici in materia di salute, sicurezza e diritti fondamentali, viene sottolineata ancora la necessità di "*stabilire regole comuni per i sistemi di IA ad alto rischio*", coerenti con la CEDU, non discriminatorie e in linea con gli impegni commerciali internazionali. Sulla collocazione del Regolamento nel quadro delle fonti europee, il Considerando 9 definisce le regole introdotte dal Regolamento come *complementari* al quadro giuridico vigente, "*in particolare in materia di protezione dei dati, tutela dei consumatori, diritti fondamentali, occupazione e protezione dei lavoratori e sicurezza dei prodotti*", restando impregiudicati e pienamente applicabili tutti i *mezzi di ricorso* vigenti, rispetto ai quali il regolamento definisce ulteriormente "*requisiti e obblighi specifici, anche per quanto riguarda la trasparenza, la documentazione tecnica e la conservazione delle registrazioni dei sistemi di IA*". In particolare, come richiamato dal Considerando 157, restano impregiudicati "*le competenze, i compiti, i poteri e l'indipendenza delle autorità o degli organismi pubblici nazionali competenti che controllano l'applicazione del diritto dell'Unione che tutela i diritti fondamentali, compresi gli organismi per la parità e le autorità per la protezione dei dati.*" Nei Considerando 12-19, e più esaustivamente nell'art. 1, sono introdotte le definizioni fondamentali di "sistemi di AI", "deployer", "dati biometrici", identificazione e categorizzazione biometrica, "sistemi di riconoscimento delle emozioni", "spazio accessibile al pubblico", . Ai sensi dell'art. 3, i sistemi di IA sono definiti come sistemi automatizzati basati su macchine *per funzionare con diversi livelli di autonomia,* che possono avere *capacità di adattamento dopo l'installazione* e che, per obiettivi espliciti o impliciti, sono in grado di dedurre dagli input ricevuti e "*generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*", distinguendosi quindi dai sistemi software tradizionali per eseguire operazioni in modo automatico, come sottolineato nel Considerando 10. L'art. 2 introduce i settori esclusi dal campo di applicazione del Regolamento, tra cui i sistemi utilizzati per scopi militari, di difesa e di sicurezza nazionale - su cui restano impregiudicate le competenze nazionali - e di ricerca e sviluppo scientifico.

Come anticipato, ai sensi dell'art. 5 vengono definiti e vietati i sistemi di IA che rappresentano un *rischio inaccettabile* per i diritti fondamentali dei cittadini. In particolare, si tratta dei sistemi che: distorcono il comportamento attraverso tecniche subliminali o sfruttando vulnerabilità specifiche (dovute ad età, disabilità, etc.), in modo da causare o suscettibili di causare danni fisici o psicologici; consentono la valutazione e classificazione dell'affidabilità di persone fisiche mediante l'attribuzione di un "*punteggio sociale*" con finalità generali da parte di autorità pubbliche, tali da determinare trattamenti pregiudizievoli e o sfavorevoli; consentono l'*identificazione biometrica "remota"*, anche "in tempo reale" salvo casi eccezionali autorizzati dalla legge riconducibili ad attività di prevenzione e contrasto del crimine e soggetti a garanzie specifiche per il rispetto dei diritti fondamentali,

ISSN 2036-7821

come per la protezione delle vittime di reato e previa autorizzazione rilasciata da autorità amministrativa o giurisdizionale. Gli artt. 6-27, il cuore del Regolamento, definiscono poi i sistemi ad *alto rischio*, in quanto he potrebbero arrecare danni significativi alla salute, alla sicurezza, ai diritti fondamentali, all'ambiente riportati nell'Allegato III. Rientrano in questa categoria i sistemi legati alle infrastrutture critiche, istruzione e formazione professionale, occupazione, servizi pubblici e privati di base assistenza sanitaria, sistemi di contrasto e gestione delle migrazioni, sistemi legati all'amministrazione della giustizia e ai processi democratici. Per questi sistemi sono previsti obblighi rigorosi prima di essere immessi sul mercato, in modo che sia garantita la sicurezza e la trasparenza, la sorveglianza umana, la cybersicurezza, obblighi di informazione per il pubblico e di cooperazione con le autorità competenti, specifici sistemi di gestione dei rischi, tracciabilità dei risultati, etc., e obblighi di monitoraggio post implementazione, di condivisione di informazione su incidenti gravi, che consentano di elaborare una *banca dati* comune dei sistemi ad alto rischio, prevista dall'art. 71.

A partire dall'art. 50, sono poi individuati i sistemi a rischio limitato, e, più esattamente i sistemi *per finalità generali con rischio sistemico*. per i quali sono introdotti specifici obblighi di trasparenza, di introduzione di codici di comportamento, di valutazione dei rischi, di trasmissione di documenti alle autorità competenti, etc.

Le successive disposizioni del Regolamento definiscono gli *obbligo di formazione*, e, a partire dagli artt. 64ss., il sistema di *governance*, che prevede l'istituzione di un *Ufficio per l'IA*, presso la Commissione, e un *Consiglio per l'IA*, composto da un rappresentante per Stato membro, al quale partecipa anche il Garante europeo per la protezione dei dati, un *Forum consultivo* di *stakeholders*, a cui partecipano anche L'Agenzia per i diritti fondamentali, l'ENISA, il Comitato europeo di normazione (CEN), il Comitato europeo di normazione elettrotecnica (CENELEC) e l'Istituto europeo per le norme di telecomunicazione (ETSI). Viene poi prevista l'istituzione di un *Gruppo di esperti scientifici indipendenti* selezionati dalla Commissione, per sostenere il lavoro dell'Ufficio per l'IA, delle autorità di vigilanza e degli Stati membri. L'art. 70 si occupa poi delle *Autorità nazionali competenti*, che ciascuno Stato deve istituire o individuare con compiti di vigilanza, che operino in modo indipendente e imparziale per garantire l'applicazione del Regolamento.

Gli artt. 79-82 definiscono le *procedure nazionali* e presso la Commissione di indagine sui sistemi di IA che presentino rischi e gli eventuali provvedimento conclusivi inibitori o sanzionatori. Gli artt. 85-94 definiscono le regole generali sui *mezzi di ricorso*, il diritto al contraddittorio, i poteri di indagine, monitoraggio, richiesta di informazioni ed esecuzione attraverso mi sure di da parte degli organismi di governance europei nei confronti dei *deployers* dei sistemi di AI a rischio sistemico. Gli artt. 99-101 definiscono il sistema delle sanzioni, che devono essere *effettive,*

ISSN 2036-7821

proporzionate e dissuasive e possono includere anche avvertimenti e misure pecuniarie e non pecuniarie e possono essere inflitte, oltre che degli organismi nazionali, dagli organismi della Commissione e dal Garante europeo dei dati personali, e possono poi essere oggetto di ricorso alla Corte di Giustizia.
Come si è visto, l'approccio del rischio definisce molto divieti ed obblighi per i *deployers* e poteri della autorità europee e nazionali. Ai fini della presente indagine occorre sottolineare quali disposizioni possano riguardare il settore della cultura e le istituzioni culturali. Innanzitutto, occorre sottolineare che la cultura è uno dei settori in cui possono essere implementati sistemi di AI oggetto del Regolamento, come richiamato dal Considerando 4. Inoltre, la *diversità culturale*, vien richiamata dal Considerando 27 come portato del principio di "*diversità, non discriminazione ed equità*", uno dei sette *principi etici* non vincolanti per l'AI elaborati dalla Commissione nel 2019.
Più specificamente, poi, le attività e i servizi implementati dalle istituzioni culturali, di cui si è dato una sintetica rassegna nel paragrafo precedente, possono rientrare tra le attività *ad alto rischio* (ad esempio, i sistemi biometrici) o a medio rischio o *per finalità generali con rischio sistemico*. In tal caso, occorre verificare se le istituzioni nazionali, nel quadro vigente delineato dal PND, siano adeguatamente sollecitate all'applicazione del nuovo quadro di regole europee e dotate degli strumenti necessari.

3. Alcuni nodi problematici nel PND e nelle linee guida per la digitalizzazione del patrimonio culturale.

In materia di politiche culturali, il PNRR prevede la nascita di una Direzione generale per la digitalizzazione dei beni culturali, la Digital Library, e che ha approvato e ha avviato il piano per la digitalizzazione del patrimonio culturale. Una struttura organizzativa è stata istituita ed è in via di definizione operativa, la cosiddetta IPAC, infrastruttura per i servizi digitali legati alla digitalizzazione del patrimonio culturale, che dovrà fornire le coordinate e gli specifici servizi digitali di IA alle diverse istituzioni culturali, soprattutto le istituzioni museali pubbliche. Come premesso, il piano nazionale per la digitalizzazione del patrimonio culturale, poi, si struttura in quattro linee guida: una sulle tecniche di digitalizzazione; una sull'elaborazione del piano di gestione dei dati, una l'acquisizione, la circolazione e il riuso delle riproduzioni dei beni culturali in ambiente digitale, una sui servizi digitali e una sulla valutazione della maturità digitale degli istituti di cultura. Io credo, in estrema sintesi, che sia il piano sia le linee guida, sia l'infrastruttura in via di implementazione da parte di IPAC e Digital Library attraverso i cinque bandi per l'individuazione di partners privati finora adottati, sia le regole sull'implementazione di attività e servizi museali basati su algoritmi da parte delle istituzioni museali, non

ISSN 2036-7821

siano coerenti con l' approccio del rischio, ad esempio in ordine alla prevenzione e gestione dei bias nell'apprendimento o in ordine all'analisi preventiva di impatto, che sono richiesti dal regolamento europeo e, tra poco, anche dalla Convenzione. Ove il piano nazionale e le linee guida, soprattutto quelle contenute nell'allegato tecnico n.4, relative ai prodotti e servizi digitali, definiscono il ruolo della infrastruttura, a fronte di una apprezzabile prima tassonomia di questi prodotti e servizi (I servizi sono distinti in quattro categorie: servizi di gestione, servizi digitali di consumo, servizi digitali per la creazione di nuovi contenuti e servizi digitali a valore aggiunto), molto lacunosa appare: 1)l'indicazione delle modalità operative dell'infrastruttura; 2)le regole generali sui bandi; 3) quelle sui rapporti contrattuali con i privati, sia server hosts che software houses; 4) le relazioni organizzative tra Digital Library e IPAC in funzione di providers e istituzioni museali in funzione di deployers di attività, prodotti e servizi culturali basati su sistemi di AI; 5) Gli standard minimi di qualità di questi servizi digitali; 6) In tema dei bias cognitivi, appena accennati nella seconda tra le linee guida, relativa alla redazione dei piani per la gestione dei dati e assenti invece nelle altre linee guida, in particolare quelle sulla valutazione della maturità digitale, ovvero le procedure di controllo (che valutano la "maturità" delle istituzioni culturali esclusivamente con riferimento alla percentuale di utenti fruitori). Manca un riferimento alla necessità di una classificazione dei servizi sulla base del rischio, e la connessione della maturità digitale delle istituzioni culturali con l'implementazione di tecniche di governo del rischio, basate sull'elaborazione di esaustive valutazioni d'impatto.

Di cosa stiamo parlando specificamente?

Le linee guida per la classificazione di prodotti e servizi digitali, processi e modelli di gestione contenute nell'allegato tecnico n. 4 al PND, identificano quattro processi-tipo: 1) I luoghi della cultura mettono a disposizione degli utenti contenuti digitali per la consultazione e la navigazione;2) I luoghi della cultura mettono a disposizione contenuti digitali per creare ulteriori contenuti, scientifici o creativi, da parte degli utenti;3) I luoghi della cultura e/o gli utenti utilizzano i contenuti digitali e li rielaborano con un valore aggiunto per finalità espositive, educative, editoriali o commerciali; 4) I luoghi della cultura offrono esperienze di visita agli utenti, sia nella dimensione fisica che digitale.

A questi processi corrisponde la classificazione, come anticipato, dei prodotti i servizi in: servizi di gestione, servizi digitali di consumo, servizi digitali per la creazione di nuovi contenuti e servizi (e prodotti) digitali a valore aggiunto.

In particolare, nella quarta tipologia di processi (quelli legati alla visita reale o virtuale, cd. User journey) sono contemplate attività a rischio di profilazione, come controllo sicurezza, antifurto, capienza per sala, tracciamento dei flussi degli utenti, gestione emergenze, fidelizzazione degli utenti e la gestione delle attività post-visita.

ISSN 2036-7821

Tra i processi post-visita, sono esplicitamente contemplati, tra gli altri, i servizi *analytics* di profilazione attraverso AI: offerta di contenuti che ripropongono l'esperienza; offerta di suggerimenti di approfondimento dei contenuti, di acquisto di attività e di servizi extra; abilitazione dell'utente all'interazione con i contenuti (cd. *user generated content*); abilitazione alla pubblicazione di feedback utente; offerta di suggerimenti d'acquisto/prestito; offerta di scontistica su acquisti; gestione dei prestiti e analisi di prestiti e acquisti effettuati; analisi delle preferenze e delle abitudini per target; analisi dei tempi di visita e consultazione degli utenti; coinvolgimento nelle attività dell'istituzione culturale (fund raising, crowdfunding); analisi dei contenuti fruiti e consultati dagli utenti (per mezzo dell'intelligenza artificiale è possibile analizzare le preferenze e gli interessi dei visitatori di un luogo della cultura, confrontarli con comportamenti passati di turisti e fornire raccomandazioni, orientamenti e indicazioni personalizzate); analisi dell'engagement sui social media; assistenza all'utente e reclami; offerta di membership o abbonamento.

Riguardo a tutti questi prodotti e servizi, che spesso contemplano, come si è visto, attività *analytics* di profilazione, nelle linee guida contenute nell'allegato 4 sono analizzati alcuni modelli di esternalizzazione e di internalizzazione dell'infrastruttura e dei servizi. Sono così individuate quattro tipologie: Gestione internalizzata con prodotti tecnologici custom; Gestione esternalizzata con prodotti tecnologici di mercato; Gestione esternalizzata attraverso acquisto di servizi SaaS; Gestione mista attraverso accordi di partenariato pubblico-privato.

I soggetti privati sono configurati come: 1) meri fornitori di servizi (operatori di mercato), che realizzano una progettualità che rimane nel dominio dell'istituto della cultura, che avrà quindi anche l'onere della gestione del servizio in esercizio; 2) partner che co-progettano e co-realizzano i prodotti o servizi (tipicamente i concessionari di servizi) a cui spetta in genere anche la gestione del servizio in esercizio; 3) soggetti "terzi" (tipicamente il terzo settore o le industrie culturali e creative) che realizzano prodotti e servizi per finalità non riconducibili alla missione dell'istituto. In tal caso i processi "*saranno quelli dell'operatore che eroga il servizio stesso, mentre all'istituto culturale spetterà la definizione di adeguate forme di accordo o concessione per l'utilizzo dei contenuti (modello royalty-based)*".

Non c'è nessun riferimento specifico alle cautele particolari nel senso di approccio del rischio in ordine all'infrastruttura, agli algoritmi, ai dati sensibili. Ma c'è invece uno stimolo a preferire esternalizzazione molto spinte, giustificate perché laddove un'istituzione culturale pubblica preferisse server interni, tecniche di archiviazione, di manutenzione, migrazione e gestione dati interne rischierebbe di andare incontro all'obsolescenza in pochi anni in assenza di risorse per la continua reingegnerizzazione dei sistemi, mentre invece affidarsi a un grande fornitore

ISSN 2036-7821

privato, si trova scritto, evidentemente riuscirebbe a scongiurare questa obsolescenza. Ecco, l'obsolescenza è l'unico criterio individuato all'interno delle linee guida in ordine alla preferenza per l'uno o per l'altro sistema.
Ma, come si è visto, non viene sviluppato un approccio del rischio coerente con il regolamento n. 1689 del 2024. Inoltre, le linee guida non chiariscono il framework normativo per i modelli di esternalizzazione o partenariato. Colpisce che delle linee guida tecniche non menzionino gli strumenti contemplati dal codice dei contratti pubblici, in particolare le norme in tema di contratti nel settore dei beni culturali, così da analizzarne il portato in questi servizi specifici. Colpisce ancora, nell'allegato 4 sui servizi più volte menzionato, l'assenza di rinvii alla disciplina europea e nazionale in tema di privacy.

4. Considerazioni conclusive. Le iniziative italiane di riforma legislativa ed il settore dei beni culturali.

In concomitanza con il lungo procedimento che ha portato all'approvazione del nuovo Regolamento europeo, il quadro legislative nazionale generale sull'AI inizia a delinearsi dapprima con alcune fonti di *soft law*, poi con la presentazione di un ddl in materia di AI. Il Consiglio dei ministri nell'aprile 2024 ha deliberato il disegno di legge "*Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*", presentato in Senato il 20 maggio 2024, A.S. 1146. Il testo è suddiviso in sei Capi e costituito da 26 articoli, e disciplina l'uso dell'IA con riferimento a diversi settori: sanità (art. 7-9), lavoro (art. 10-11), professioni intellettuali (art. 12), pubblica amministrazione (art. 13), attività giudiziaria (art. 14), cybersicurezza (art. 16). Inoltre, nell'ambito della strategia nazionale sull'IA e delle azioni di promozione (art 17-22), il disegno di legge prevede investimenti (art. 21), la tutela del diritto d'autore con riguardo alle opere generate con l'ausilio dell'IA (art. 24), e alcune modifiche al codice di procedura civile (art. 15) e penale (art. 25). L'articolo 2, alla lettera *a)*, reca la definizione di sistema di intelligenza artificiale. Con tale termine si intende un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che puo` presentare adattabilita` dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali. La lettera *b)* introduce la definizione di dato, considerato come qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva. Infine, la lettera *c)* riporta la definizione di modelli di intelligenza artificiale. Si tratta di modelli che identificano strutture ricorrenti attraverso l'uso di collezioni di dati, che hanno la capacita` di svolgere un'ampia gamma di compiti distinti e che possono essere integrati in una varietà di sistemi o applicazioni. L'articolo 3 definisce i

ISSN 2036-7821

principi generali della disciplina: il rispetto dei diritti fondamentali e delle libertà previsti dall'ordinamento italiano ed europeo; i principi di trasparenza, proporzionalità, sicurezza, protezione dei dati personali, riservatezza, accuratezza, non discriminazione, parità dei sessi e sostenibilità; correttezza, attendibilità, sicurezza, qualità, appropriatezza e trasparenza, secondo il principio di proporzionalità, dei dati e processi su cui si sviluppa l'intelligenza artificiale; il rispetto dell'autonomia e del potere decisionale umani; la prevenzione del danno; la conoscibilità e spiegabilità. L'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale non deve recare pregiudizio allo svolgimento con metodo democratico della vita istituzionale e politica. Vien poi richiamata la cybersicurezza (protezione dagli attacchi informatici) lungo l'intero ciclo di vita dei sistemi e modelli di intelligenza artificiale, sulla base del rischio e con specifici controlli di sicurezza, con riguardo tra l'altro ai tentativi di alterarne l'utilizzo, il comportamento previsto, le prestazioni o le impostazioni di sicurezza. Infine, il comma 6 richiama l'accesso delle persone con disabilità su base di uguaglianza e senza alcuna forma di discriminazione e di pregiudizio. L'articolo 4 reca principi specifici, in materia di informazione e di riservatezza dei dati personali. Una specifica disposizione ha ad oggetto l'accesso dei **minori** alle tecnologie di intelligenza artificiale. L'art. 5 introduce poi i principi in tema di sviluppo economico, disponendo innanzitutto che le autorità pubbliche debbano promuovere l'utilizzo dell'AI facilitando la disponibilità di dati di alta qualità e favoriscano la creazione di un mercato dell'intelligenza artificiale innovativo, equo, aperto e concorrenziale, indirizzino le piattaforme di *e-procurement* delle amministrazioni pubbliche, garantiscono la localizzazione e l'elaborazione dei dati critici presso *data center* posti sul territorio nazionale. L'articolo 6 esclude dall'ambito applicativo della disciplina prevista le attività connesse ai sistemi e modelli di intelligenza artificiale, condotte dagli organismi preposti alla sicurezza nazionale, alla cybersicurezza, alla difesa nazionale. Rimangono fermi peraltro alcuni loro obblighi, anche in materia di trattamento dei dati personali. Una più analitica disciplina di rango applicativo è demandata a successivi d.P.C.M. L'articolo 7 enuncia alcuni principi volti a regolare l'uso dei sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario, con particolare riguardo al miglioramento delle condizioni di vita delle persone con disabilità, stabilendo il divieto di condizionare l'accesso alle prestazioni sanitarie a criteri discriminatori, e riaffermando la necessaria garanzia della protezione dei dati sensibili e il diritto di informazione.

In materia di attività culturali, l'art. 23 del disegno di legge e reca disposizioni a tutela degli utenti e in materia di **diritto d'autore,** introducendo procedure per consentire agli utenti di riconoscere i contenuti generati da IA. Vengono dettati i principi in materia di informazione nel settore dei servizi media audiovisivi e radiofonici e stabilito, in particolare, che la disciplina dell'informazione

ISSN 2036-7821

radiotelevisiva debba garantire, tra l'altro, il divieto di utilizzare metodologie e tecniche capaci di manipolare in maniera non riconoscibile allo spettatore il contenuto delle informazioni, mettendo al corrente dell'alterazione o creazione di contenuti informativi anche quando questo avvenga attraverso l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale. La disposizione prevede poi l'obbligo dei fornitori di piattaforme per la condivisione di *video* soggetti alla giurisdizione italiana di adottare misure adeguate volte a tutelare i minori e il grande pubblico da taluni programmi o video considerati lesivi per la persona. La novella estende tale obbligo, prevedendo che le suddette misure debbano essere adottate anche al fine di tutelare il grande pubblico da contenuti informativi che siano stati, attraverso l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, completamente generati ovvero, anche parzialmente, modificati o alterati in modo da presentare come reali dati, fatti e informazioni che non lo sono. L'**articolo 24** disciplina la **tutela del diritto d'autore** con riguardo alle opere generate con l'ausilio dell'**intelligenza artificiale**. In particolare, tramite novelle alla legge sul diritto d'autore, si precisa che le "opere dell'ingegno" protette devono essere di **origine "umana"** e, in secondo luogo, che **anche le opere create con l'ausilio di strumenti di intelligenza artificiale** sono protette dal diritto d'autore, a condizione che la loro creazione derivi del lavoro intellettuale dell'autore.
Viene inoltre consentita la **riproduzione** e **l'estrazione**, effettuata **tramite l'utilizzo di modelli e sistemi di intelligenza artificiale**, compresi quelli generativi, **di opere o altri materiali**, in conformità alla disciplina del diritto d'autore.
Come si può osservare, anche il ddl non introduce principi generali specifici per il settore della cultura e del patrimonio culturale, ad eccezione delle disposizioni da ultime contemplate. Restano quindi ferme le perplessità sottolineate, in attesa dei successivi sviluppi attesi, con l'approvazione del ddl, l'adozione dei decreti legislativi e, si auspica, la revisione/integrazione delle linee guida allegate al PND.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La disciplina riformulata del trattamento fiscale dei plusvalori generati dalle società sportive professionistiche

di Laura Letizia

(Professoressa associata di Diritto tributario, Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli)

e Ottavio Nocerino

(Professore associato di Diritto tributario, Università degli Studi della Campania "L. Vanvitelli)

Sommario

1. Delimitazione del tema d'indagine. – 2. Un'opportuna precisazione preliminare: il distinguo tra plusvalenze e ricavi. – 3. Le modalità di determinazione della plusvalenza. – 4. Il momento realizzativo. – 5. Il meccanismo del frazionamento. – 6. La cessione anticipata e onerosa del contratto di un atleta professionista. – 7. I conseguenti effetti fiscali. – 8. Il nuovo trattamento impositivo delle plusvalenze da "cessione". – 9. La ragione sottesa. – 10. Considerazioni conclusive.

Abstract

The new tax regime of capital gains realized by professional sports clubs following the onerous transfer of the rights to the exclusive use of the performances of their athletes provides for the possibility of paying them in installments into five tax periods. However, the reformulated TUIR rule does not appear effective due to negative management results which determine the absence of taxable income to be subjected to taxation.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Delimitazione del tema d'indagine.

Il d.l. n. 75/2023 recante "Disposizioni urgenti in materia di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, di agricoltura, di sport, di lavoro e per l'organizzazione del Giubileo della Chiesa cattolica per l'anno 2025", è intervenuto, tra l'altro, sul co. 4 dell'art. 86 Tuir.

Infatti, il suo art. 33, posto nel Capo III - "Disposizioni in materia di sport"[1], ha introdotto una disciplina fiscale rinnovata per le plusvalenze patrimoniali realizzate dalle società sportive professionistiche quando trasferiscono a titolo oneroso i diritti all'utilizzo esclusivo delle prestazioni di propri atleti. Nella specie, il termine di minimo possesso del "bene", da cui gli indicati plusvalori conseguono, risulta incrementato di un anno (passando da uno a due) al fine di essere ammessa alla imputazione frazionata per quote costanti fino ad un quinquennio. La stessa disposizione ha previsto poi alla lett. *b)* del co. 1 un trattamento tributario riservato alle cessioni in questione, differenziandolo riguardo alla natura del corrispettivo e all'esercizio in cui si realizzano.

Il regime delle plusvalenze indicate è, pertanto, il tema affrontato nell'indagine, apparendo meritevole di considerazioni, sebbene sia trascorso un po' di tempo da quando, nell'agosto del 2023, il "decreto P.A. *bis*", con modifiche, è stato convertito dalla l. n. 112/2023.

In particolare, l'aspetto critico da cui le riflessioni muovono è che l'intervento modificativo sul comma della norma del d.P.R. n. 917/1986 determina un'operazione, quella di frazionamento delle plusvalenze, che non appare significativa qualora una

---

* Pur nell'elaborazione comune, i paragrafi 1, 6, 7, 8, 9, 10 sono di Laura Letizia e i paragrafi 2, 3, 4, di Ottavio Nocerino.

[1] Il decreto ha apportato innovazioni ulteriori riguardanti il contesto sportivo. L'art. 36-*bis*, infatti, ha modificato l'art. 10, co. 1, n. 20), del "decreto Iva" ricomprendendo tra le attività esenti dall'imposta le prestazioni di servizi strettamente connesse con la pratica dello sport e dell'educazione fisica, incluse quelle didattiche e formative, purché rese a persone che le esercitano e sempreché provengano (anche) dagli enti dilettantistici di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 36/2021. Ancora, l'art. 37 è intervenuto sull'art. 9 del d.l. n. 4/2022, prorogando il credito d'imposta al 50 per cento volto a compensare le spese sostenute da società e associazioni dello sport, iscritte al registro Coni e operanti nei settori giovanili nell'ambito delle discipline ammesse ai Giochi olimpici. Questa misura, prorogata dall'art. 4 del d.l. n. 113/2024, riguarda gli investimenti compiuti dal 10 agosto al 15 novembre di quest'anno in campagne pubblicitarie, anche sotto forma di sponsorizzazioni, a favore di leghe che organizzano campionati nazionali a squadre per le discipline olimpiche o di enti sportivi. Tali investimenti, oltre a dover rispettare prefissati limiti quantitativo-dimensionali, devono essere compiuti da lavoratori autonomi, imprese ed enti non commerciali. Il d.lgs. n. 75 cit. prevedeva, inoltre, l'applicazione dell'aliquota Iva al 5 al cento per i corsi rivolti all'attività sportiva invernale, erogati da soggetti iscritti in appositi albi, regionali o nazionali, svolti anche in forma organizzata in base all'individuazione operata dalle Federazioni di riferimento, riconosciute dal Coni. Tuttavia, l'aliquota ridotta dell'imposta non è stata confermata in sede di conversione in legge del decreto, bensì dall'art. 3 del d.l. n. 113 cit. e purché le prestazioni non siano interessate dall'esenzione che opererà fino al 31 dicembre 2024, in ragione delle modifiche di cui all'art. 5, co. 15-*quater*, del d.l. n. 146/2021. Dopo la data indicata, le prestazioni rese dagli enti sportivi a favore di soci, associati e tesserati rientreranno nel regime di esclusione. In merito L. LETIZIA, *Dall'esclusione all'esenzione dall'imposta sul valore aggiunto per le attività non commerciali degli enti associativi*, in *Giur. imp.*, 2021, 4, p. 50 ss.

ISSN 2036-7821

società del professionismo non presenti materia imponibile a fronte di risultati negativi di gestione.
In effetti, la suddivisione di plusvalori nell'esercizio in cui l'indicata contribuente li abbia conseguiti e nei successivi, purché non oltre il quarto, ammessa nel caso in cui possegga il bene da più di tre anni, non sembra conveniente, quantomeno sul piano finanziario in caso di risultati negativi di bilancio e, piuttosto, parrebbe più utile l'operazione di assorbire, attraverso compensazioni, le perdite fiscali[2].
Al proposito, l'art. 84, co. 1, del Tuir dispone che lo scomputo delle perdite pregresse avviene in diminuzione del reddito per l'intero importo che può trovare capienza nei redditi dei periodi di imposta successivi. A sua volta, il co. 3 della stessa norma individua definiti limiti per il relativo utilizzo, dato che tali perdite possono essere compensate dal reddito eccedente quello minimo, senza limiti temporali, sempreché entro l'80 per cento del reddito imponibile in ciascun periodo d'imposta[3].

2. Un'opportuna precisazione preliminare: il distinguo tra plusvalenze e ricavi.

Prima di entrare in *medias res*, appare necessario segnalare che le plusvalenze costituiscono una fattispecie reddittualmente rilevante, la cui *ratio* può essere sovrapponibile a quella sottesa ai ricavi.
Entrambe esprimono, infatti, componenti positive reddituali attraverso cui far concorrere alla determinazione del reddito d'impresa fiscalmente significativo la variazione di valore maturato dai beni entrati a far parte nel complesso patrimoniale ascrivibile all'imprenditore nel corso del periodo di permanenza nella sua struttura organizzata.
La differenza sostanziale tra i ricavi e le plusvalenze promana, in effetti, dalla non coincidente tipologia di beni da cui le due componenti promanano.
Difatti, mentre i ricavi conseguono dalla dismissione dei "beni merce", le plusvalenze si realizzano in concomitanza alla fuoriuscita di tutti i restanti beni relativi all'impresa, ossia quelli strumentali e meramente patrimoniali.
Al riguardo, l'art. 86, co. 1, del Tuir dispone, con formula inequivoca, che le plusvalenze originano da vicende che concernono, per l'appunto, «beni […] diversi da quelli la cui cessione determina il conseguimento di un ricavo».

3. Le modalità di determinazione della plusvalenza.

[2] Cfr. A. GERMANI - F. ROSCINI VITALI, *Plusvalenze sui calciatori frazionate soltanto per la parte in denaro*, 6 luglio 2023, in *gdctax.it*.
[3] Specifica il principio contabile OIC 25 - "Imposte sul Reddito" che il beneficio connesso a una perdita fiscale ha natura di beneficio futuro d'incerta realizzazione, non di credito verso l'Erario, in quanto per utilizzarlo occorrono redditi imponibili a venire.

ISSN 2036-7821

Una plusvalenza realizzata mediante una cessione a titolo oneroso[4] si determina contrapponendo il corrispettivo pattuito, in denaro o in ragione del valore normale riferibile a manifestazioni differenti di utilità economiche pervenute nel patrimonio del soggetto alienante in sostituzione e a reintegro del bene fuoriuscito, e il suo valore fiscalmente riconosciuto.

Il valore della controprestazione ricevuta in ragione di accordi pattuiti non va assunto nella sua intera misura ma preventivamente decurtato dalle spese di carattere accessorio sostenute in connessione allo svolgimento di attività direttamente connesse alla dismissione del bene o alla percezione dell'indennizzo.

L'identificazione di queste spese avviene in virtù di nessi aventi una correlazione diretta con l'evento realizzativo della plusvalenza e tra questi, a titolo indicativo, si annoverano le spese per perizie e intermediazioni, quelle legali in ragione di attività di assistenza contrattuale oppure relative ad arbitrati od oneri tributari. Dette spese non costituiscono, dunque, componenti negativi autonomi, bensì in forza del rapporto di connessione intima con l'evento realizzativo, sono attratte all'interno della componente reddituale principale con cui, inevitabilmente, ne condivideranno il trattamento fiscale.

In particolare, il coinvolgimento delle stesse nel computo della plusvalenza si estrinseca con la relativa imputazione diretta sul corrispettivo pattuito, la qual cosa conduce alla riduzione, per compensazione, dell'ammontare di riferimento da impiegare ai fini del suo computo[5].

Tralasciando, in quanto poco pertinenti al tema in disamina, le ipotesi peculiari di realizzo da risarcimento o autoconsumo, dall'assegnazione ai soci e, più in generale, da destinazioni aventi finalità estranee all'esercizio d'impresa, l'evento da cui usualmente consegue il realizzo di una plusvalenza è rappresentato dalla cessione onerosa di un bene, a seguito della quale l'alienante percepisce, appunto, un corrispettivo, in denaro o in natura, tale da controbilanciare il sacrificio economico subito a seguito dell'avvenuto trasferimento[6].

La controprestazione tipicamente consiste nel versare una determinata somma di denaro, il cui ammontare deve essere espressamente documentato nell'accordo negoziale intercorso tra le parti. Ciò avvenendo, la determinazione del valore di

[4] Sui profili tributari delle categorie corrispettività, onerosità, liberalità e gratuità, cfr. V. FICARI, *Corrispettività, onerosità e gratuità nella fiscalità di impresa*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2018, 2, 247 ss.

[5] L'attrazione degli oneri accessori direttamente imputabili all'operazione realizzativa determina, in caso di esenzione della plusvalenza, che tali spese concorreranno a ridurre l'ammontare del provento, in tutto o in parte esente, e non saranno deducibili autonomamente. Similmente, in presenza di imputazione frazionata della plusvalenza, anche tali spese non autonomamente deducibili, esplicheranno i connessi effetti riduttivi sull'imponibile per quote annuali costanti.

[6] Sul concetto, di recente, F. PAPARELLA, *Il contributo di Augusto Fantozzi e di Andrea Fedele in tema di plusvalenze nel reddito d'impresa*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, 2, p. 49 ss. Si veda, anche e da tempo, A. FANTOZZI, *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, in *Riv. dir. fin.*, 1965, I, p. 462 ss.

ISSN 2036-7821

realizzo non pone difficoltà particolari, trattandosi di una mera presa d'atto dell'ammontare oggettivo della somma pattuita, quale corrispettivo, a fronte di un dato trasferimento.
Nel caso poi che il corrispettivo sia stato pattuito in valuta estera, l'art. 110, co. 2, del Tuir rinvia al co. 2 dell'art. 9, parte prima, disponendo che lo stesso va tradotto in unità di conto nazionale secondo il cambio del giorno di percezione o, in alternativa, in quello del giorno antecedente più prossimo. Qualora non siano disponibili gli indicati cambi giornalieri, la traduzione avverrà considerando i cambi medi del mese di percezione (di sostenimento per le spese accessorie di diretta imputazione).
Infine, ricorrendo l'ipotesi che il corrispettivo contrattualmente pattuito a fronte del trasferimento di un bene non preveda il pagamento di una determinata somma di denaro, bensì una prestazione consistente nel trasferimento di un altro bene o diritto, lo schema negoziale del rapporto subirà una modifica incisiva denotando un'operazione permutativa che, al di là della sostituzione del prezzo in denaro con il reciproco trasferimento della cosa o del diritto, condivide con la compravendita l'appartenenza alle operazioni di trasferimento a titolo oneroso.
L'art. 1552 c.c. definisce efficacemente il negozio permutativo, un contratto tipico di alienazione «avente per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o di altri diritti, da un contraente all'altro», ben evidenziando il tratto che lo tipizza rispetto all'altro e consistente nel fatto che lo scambio non avviene dietro il corrispettivo di un prezzo.
Attesa la natura di tale contratto e tenuto conto altresì che non costituisce un suo elemento necessario l'assoluta equipollenza di valore dei beni o diritti reciprocamente scambiati da un contraente all'altro, è possibile che l'operazione preveda la corresponsione di un conguaglio in denaro da parte di uno dei contraenti al fine di assicurare un equilibrato assetto dei rapporti tra gli stessi intercorrenti.
Le caratteristiche brevemente descritte del contratto traslativo, consensuale e a effetti reali, consentono di ricondurlo a pieno titolo all'interno della fattispecie realizzativa delle cessioni a titolo oneroso. Questa conclusione è avvalorata, implicitamente, dalla circostanza che il legislatore tributario in sede di disciplina della quantificazione dell'ammontare della plusvalenza realizzata, di cui all'art. 86, co. 3, Tuir ha impiegato, in luogo del termine "prezzo", quello di "corrispettivo", suscettibile di ricomprendere ogni possibile operazione di trasferimento oneroso, ancorché la controprestazione ricevuta non abbia assunto o abbia assunto solo in parte una connotazione monetaria, come tipicamente si riscontra nel prezzo. Pertanto, mentre l'operazione permutativa viene appieno inquadrata, la struttura unitaria dell'operazione lasciata in secondo piano e, in effetti, la disciplina del reddito d'impresa la scompone in due cessioni distinte, entrambe rilevanti sul piano fiscale.

ISSN 2036-7821

Quanto alla possibile e, anzi, piuttosto ricorrente ipotesi in cui la controprestazione ottenuta assuma una configurazione mista, cioè costituita dall'attribuzione di un bene o un diritto e dalla corresponsione di una somma di denaro a titolo di conguaglio per ristabilire l'equilibrio patrimoniale, la presenza di una componente monetaria nella controprestazione non determina alterazioni alla meccanica del computo del valore di realizzo del bene fuoriuscito. Difatti, ricorrendo la circostanza, indipendentemente dall'incidenza e dal rilievo assunto dalla componente monetaria della prestazione, occorre incrementare (o decrementare) *sic et simpliciter* al valore normale attribuito al bene o al diritto ottenuto, l'ammontare della somma di denaro ricevuto o riconosciuto a titolo di conguaglio.
Sostanzialmente, l'inquadramento autonomo delle due prestazioni, in base alla disciplina recata al co. 2 dell'art. 86 Tuir, lascia in ombra il nesso funzionale tra le stesse intercorrente che caratterizza, invece, un negozio giuridico unitario sul piano della disciplina civilistica.
Dalla visione disgiunta discende l'astratta idoneità di ambedue le disposizioni a ingenerare effetti realizzativi di plusvalori fiscalmente significativi, là dove il valore normale di ciascuno dei beni pervenuti alle controparti risultasse superiore al valore fiscalmente riconosciuto ai beni da ciascuna di esse trasferiti.
La portata della considerazione legislativa separata delle prestazioni correlate risulta ancor più evidente alla luce del regime di favore in punto di determinazione delle plusvalenze patrimoniali realizzate attraverso operazioni permutative, indicato nell'ultima parte del co. 2 dell'art. 86 Tuir, il cui ambito applicativo non subisce alcun restringimento pur se, all'interno di una delle due prestazioni, dovesse riscontrarsi una componente monetaria di entità tale da indurre a una riqualificazione della fattispecie quale contratto di compravendita.
Il mancato richiamo, quantomeno esplicito, al negozio permutativo da parte del legislatore tributario consente altresì di ricondurre nel suo perimetro alcune operazioni atipiche, quali lo scambio di beni contro prestazioni di servizi fuoriuscenti dal paradigma civilistico del particolare negozio, in quanto non avente tipicamente a oggetto lo scambio di beni (effetto reale del contratto)[7].
La disposizione agevolativa cui ci riferiva consiste in un regime di sostanziale neutralità per le operazioni permutative riguardanti beni suscettibili d'ingenerare plusvalenze contro beni ammortizzabili, disposto nell'ultima parte del co. 2 dell'art. cit.
Più nello specifico, qualora il corrispettivo della cessione di un bene sia costituito esclusivamente da beni ammortizzabili e questi, a loro volta, siano complessivamente iscritti in bilancio al medesimo valore a cui risultava iscritto il bene ceduto, la disciplina positiva fornisce la possibilità di rinviare il realizzo della plusvalenza, al

[7] Art. 1376 c.c.

ISSN 2036-7821

punto da rendere sostanzialmente neutrale in punto di determinazione del reddito d'impresa, assegnando al computo della plusvalenza unicamente la corresponsione del conguaglio monetario, se pattuito[8].

Al ricorrere dei presupposti per beneficiare della sospensione degli effetti realizzativi connessi alla dismissione del bene, la permuta fornisce il veicolo giuridico mediante il quale si consente di trasferire i beni in regime di neutralità, la qual cosa comporta - da un lato - la mancata emersione con consequenziale sottoposizione al prelievo delle plusvalenze latenti del bene - da un altro - l'intervento del connesso principio di continuità dei valori che richiede di assegnare al bene (ammortizzabile) pervenuto a seguito dell'operazione di scambio, il valore fiscalmente riconosciuto al bene trasferito.

L'elemento logico sottostante la richiamata misura è quello di favorire il reinvestimento delle risorse economiche, sprigionatesi con la realizzazione del plusvalore del bene estromesso dal patrimonio, in fattori della produzione destinati ad assumere un ruolo strumentale nello svolgimento dell'attività caratteristica dell'impresa. La stessa, pertanto, configura una disposizione funzionale a promuovere operazioni di rafforzamento del tessuto produttivo, nel rispetto di un fondamentale canone direttivo indicato dal legislatore delegante della precedente riforma tributaria[9].

L'indicata misura opera ancorché il bene trasferito non sia concretamente impiegato nello svolgimento dell'attività caratteristica, prescrivendo, quale condizione per la neutralità dell'operazione, il carattere di bene ammortizzabile solo a quello ricevuto a titolo di controprestazione.

Come premesso, la norma di *favor* è stata introdotta senza il richiamo al contratto di permuta e, più genericamente, sull'assunto che la controprestazione del trasferimento di un bene patrimoniale consista in altro bene da impiegare quale fattore strumentale della produzione caratteristica.

Questa modalità d'inquadramento dei presupposti per beneficiare della misura agevolativa consente di ricondurre nell'alveo della disposizione qualsiasi operazione di scambio con riferimento alle quali sussista il richiamato elemento rilevante. Sicché, l'eventuale pattuizione di un conguaglio monetario in misura tale da pregiudicarne l'inquadramento nello schema civilistico della permuta, non preclude al regime di continuità dei valori di ricevere piena e incondizionata applicazione.

La disposizione in esame, nello specifico, consente il godimento del trattamento "neutrale", anche se all'operatore economico permutante siano stati corrisposti una

[8] Essenzialmente, ai fini determinazione della plusvalenza, la richiamata disposizione fa sì che al bene ottenuto a titolo di corrispettivo possa essere assegnato il valore in precedenza assegnato al bene trasferito.

[9] Art. 2, n. 16, l. n. 825/1971.

ISSN 2036-7821

pluralità di beni, purché il corrispettivo conseguito a fronte del bene ceduto sia costituito «esclusivamente da beni ammortizzabili».
Al di fuori dell'ipotesi in questione, la determinazione delle plusvalenze scaturenti da operazioni permutative che produce una dismissione di beni diversi dai "beni merce" rientra nei criteri ordinari del raffronto del corrispettivo pattuito, da stabilire sulla base del valore normale ex art. 9 del Tuir riferito al bene ricevuto, e il costo non ammortizzato del bene trasferito[10].

4. Il momento realizzativo.

Il co. 4 dell'art. 86 Tuir dispone in materia d'imputazione temporale delle plusvalenze e, al riguardo, prevede una disciplina duplice.
Una ordinaria, stante la quale l'imputazione al periodo delle plusvalenze segue i criteri usuali stabiliti per la generalità dei componenti di reddito, un'altra agevolativa volta a disporre, al ricorrere di una serie di presupposti e a seguito dell'esercizio di un'opzione operata dal contribuente, la possibilità d'imputare in quote costanti nel tempo la componente reddituale nell'esercizio di realizzo e nei successivi ma non oltre il quarto.
In sostanza, la disposizione di carattere generale non ha indicato alcun criterio specifico di attribuzione temporale delle plusvalenze limitandosi, piuttosto, al riferimento del periodo del loro assoggettamento ad imposizione.
Al proposito, l'ultima parte del comma uno dell'art. 83 del Tuir rinvia ai criteri di qualificazione, imputazione temporale e classificazione previsti nei principi contabili nazionali e internazionali in concreto adottati dall'imprenditore, anche in deroga alle disposizioni successive in materia di reddito d'impresa, comprese quelle racchiuse nei primi due commi dell'art. 109 Tuir[11].
Tanto precisato, per le imprese diverse dalle microimprese, al fine d'individuare il momento di avvenuto realizzo delle plusvalenze ottenute a seguito della cessione di beni occorre considerare i criteri d'imputazione temporale definiti dai pertinenti principi contabili adottati.
In particolare, il documento OIC 34 dispone per i soggetti che adottano i principi contabili nazionali al par. 23 ("Rilevazione dei ricavi per la vendita di beni") che l'operazione di dismissione deve essere temporalmente riferita al momento in cui si verifica l'avvenuto trasferimento sostanziale di rischi e benefici connessi

[10] L'amministrazione finanziaria nella circ. n. 32 del 22 settembre 1980, avendo riscontrato una convergenza sostanziale della connotazione legislativa del valore normale fornita dall'art. 9, co. 3, del Tuir, al principio di libera concorrenza indicato dall'OCSE in materia di prezzi di trasferimento, già suggeriva il ricorso ai criteri dell'Organismo internazionale, pur mancando una norma interna per il riferibile recepimento.
[11] Per più ampie considerazioni in ordine al rapporto di dipendenza rafforzata, cfr. O. NOCERINO, *Riflessioni sul rapporto tra il bilancio di esercizio e la determinazione del reddito d'impresa fiscalmente significativo*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, I, 1465 ss.

ISSN 2036-7821

all'operazione di vendita e risulta attendibilmente determinabile l'ammontare del corrispettivo[12]. Invece, per quanto concerne i soggetti che adottano nella redazione dei propri bilanci il documento IAS 18 al par. 14 ("Vendita di merci") fornisce il criterio d'imputazione temporale per la cessione di beni, disponendo che lo stesso debba essere ascritto al periodo in cui l'impresa abbia trasferito rischi significativi e benefici connessi alla loro proprietà all'acquirente e non eserciti più il livello continuativo e usuale di attività associate con la proprietà, nonché il controllo effettivo sulla merce venduta. Inoltre, è necessario che l'ammontare dei ricavi possa essere valutato attendibilmente e risulti probabile che i benefici economici derivanti dall'operazione verranno fruiti dall'impresa. Quanto ai costi, sostenuti o da sostenere con riguardo all'operazione, occorre che siano anch'essi attendibilmente determinati.
In merito poi all'individuazione del momento realizzativo connesso al trasferimento di beni immateriali (diritti di brevetto industriale o di utilizzazione delle opere dell'ingegno, concessioni, licenze e simili), la soluzione viene offerta dal principio guida di redazione del bilancio di competenza, come specificato nei riferibili principi contabili nazionali[13] o internazionali[14], occorrendo imputare il realizzarsi di queste operazioni traslative al periodo in cui, secondo l'assetto degli accordi intervenuti, l'operazione si è perfezionata.
Da ultimo, potrebbero insorgere qualche problematicità in presenza di accordi negoziali che prevedano clausole di aggiustamento del prezzo, stante le quali quota parte del corrispettivo per la cessione di un determinato bene risulti "condizionato" al verificarsi di accadimenti futuri quali, ad es., i risultati aziendali conseguiti dal cessionario per effetto del suo impiego economico[15].
Appare evidente che, qualora la definizione puntuale del corrispettivo dovesse avvenire nell'ambito dello stesso periodo d'imposta in cui si registra il trasferimento, che tale vicenda non prospetti particolari complicanze poiché da immettere nel solco della disciplina generale.
Al contrario, se la determinazione in questione viene definita in un periodo d'imposta successivo a quello di trasferimento del bene, occorrerà un esame attento

[12] Queste condizioni vanno desunte sulla base degli accordi negoziali intercorsi tra le parti. Significativamente, il par. 25 del medesimo documento individua l'avveramento del trasferimento dei benefici quando «la società trasferisce alla controparte la capacità di decidere dell'uso del bene e di ottenerne i relativi benefici in via definitiva. I benefici sono intesi come i possibili flussi di cassa che si possono ottenere direttamente o indirettamente dal bene. Quindi i benefici sono trasferiti al cliente quando lo stesso può disporre liberamente, rivendendoli in totale e completa autonomia, concedendoli in affitto o utilizzandoli nella propria produzione».

[13] **Cfr. OIC 11, *Bilancio d'esercizio - Finalità e postulati*, 30 maggio 2005.**

[14] Il par. 14 del documento IAS 18 ("Ricavi") prevede i criteri d'imputazione temporale dei ricavi per vendita merci ed è richiamato dai documenti IAS 16 ("Immobili, impianti e macchinari"), 38 ("Attività immateriali") e 40 ("Investimenti immobiliari").

[15] Tali clausole contrattuali intervengono di frequente in materia di trasferimento di beni produttivi complessi, quali aziende, diritti di brevetto, marchi e simili.

ISSN 2036-7821

dei contenuti dell'accordo che a ciò ha dato luogo per poter individuare il momento in cui la plusvalenza possa considerarsi realizzata.
Come è stato prospettato, nell'eventualità che l'intera misura del corrispettivo della cessione risulti parametrata sulla base di circostanze quali-quantitative che assumeranno fenomeni a venire, l'imputazione della plusvalenza deve essere temporalmente riferita al periodo nel corso del quale il corrispettivo assuma i connotati dell'oggettiva determinabilità[16].
Diversamente, laddove l'accordo negoziale preveda tanto la determinazione di un corrispettivo base a fronte del bene trasferito, quanto la possibilità, al verificarsi di accadimenti futuri, di procedere a suoi aggiustamenti (per effetto d'incentivi, di premi di risultato e clausole similari) - fermo restando una verifica specifica rispetto a ciascun caso concreto - quello provvisoriamente quantificato può fornire un parametro sufficientemente obiettivo, tale da consentire l'imputazione della plusvalenza nel periodo in cui può assumersi di competenza in ragione delle regole di imputazione temporale richiamate. Naturalmente, potranno intervenire integrazioni successive riguardanti la determinazione del corrispettivo che daranno luogo a sopravvenienze attive, se incrementative, oppure passive, se decrementative.

5. Il meccanismo del frazionamento.

Come segnalato, il co. 4 dell'art. 86 Tuir in presenza di plusvalenze realizzatesi a seguito di atti di cessione onerosi e indennizzi risarcitori, consente - sempreché i beni trasferiti siano stati posseduti per un periodo non inferiore a tre anni - di ripartirne l'imputazione per quote costanti nell'esercizio di avvenuto realizzo e nei successivi, purché non oltre il quarto.
Le ragioni che hanno indotto il legislatore tributario a prevedere una simile disposizione sottendono alla considerazione che i plusvalori assumono rilievo fiscale o, meglio, le variazioni di valore del bene trasferito, la cui formazione abbia interessato un prolungato arco temporale.
Ciò premesso, l'insorgenza di variazioni maturate nel tempo e in un istante puntuale, oltre che il confluire conseguente di esse nella determinazione di un unico periodo d'imposta (quello di avvenuto realizzo), implica un aggravio della misura del prelievo ovvero, seppur in presenza di un prelievo proporzionale, un impegno finanziario significativo per far fronte alla misura complessiva del tributo.
Rispetto poi al funzionamento del meccanismo, occorre precisare che la condizione della durata minima triennale del possesso - ridotto a un biennio per le società sportive professionistiche, come si evidenzierà di qui a poco - va intesa letteralmente,

[16] Cfr. E. ZANETTI, *La tassazione della plusvalenza da cessione d'azienda. Disciplina generale e casi particolari*, in *Il fisco*, 2010, 1, 1625 ss.

ISSN 2036-7821

ossia quale "arco di tempo", il cui computo, sul piano della prescrizione, implica di considerare l'art. 2963 c.c.

6. La cessione anticipata e onerosa del contratto di un atleta professionista.

Delineate le linee essenziali della tassazione delle plusvalenze nell'ambito della disciplina del reddito d'impresa, si compiono di seguito specifiche considerazioni per quelle realizzate a seguito della cessione dietro corrispettivo del diritto all'utilizzo esclusivo delle prestazioni di un atleta da parte di una società professionistica a un'altra del medesimo contesto[17].

Si tratta della "cessione del cartellino"[18] che avviene tipicamente nel calcio e che implica, prima della scadenza naturale di un contratto di lavoro sportivo, il trasferimento di un tesserato a un altro datore dell'ambito, fermo il rispetto, quale fonte integrativa, delle modalità indicate dalla Federazione di riferimento della disciplina praticata.

Nella specie, il trasferimento in questione per realizzarsi richiede una serie di "adempimenti", in ossequio a moduli federali che, sinteticamente, richiedono la stipula, per iscritto e a pena di nullità, del contratto di cessione tra la società di provenienza e quella di destinazione dell'atleta che, facendo riferimento sempre allo sport indicato, viene denominato "Variazione di tesseramento per calciatori professionisti"[19]. Ancora, è necessario che cedente e cessionaria redigano e alleghino un documento assoggettato all'imposta di bollo, in cui si evidenzino sia l'importo che le modalità concordate del prezzo dell'operazione ("Documento di variazione di tesseramento"). In ultimo, occorre che la società d'arrivo e l'atleta redigano un modulo specifico nel quale si indica la misura del compenso, quello che l'atleta deve corrispondere al proprio agente e il termine di scadenza del rapporto contrattuale, ferma restando la possibile presenza di clausole accessorie.

Il negozio plurilaterale in questione rientra nello schema classico della cessione del contratto, disciplinata dagli artt. 1406 ss. del c.c.[20], in quanto si tratta di una

[17] Per il trattamento fiscale dei corrispettivi in questione relativamente al settore dilettantisco, cfr. L. LETIZIA, *La tassazione delle attività sportive dilettantistiche*, Torino, 2023, 160 ss.

[18] Il trasferimento in questione, prima del d.lgs. n. 36/2021, come integrato dal d.lgs. n. 163/2022, trovava disciplina all'art. 5, co. 2, l. n. 91/1981. La norma, rubricata "Cessione del contratto", prevedeva che le parti potessero apporre un termine risolutivo al rapporto di lavoro fissando, quale limite di tempo massimo, un quinquennio e tale periodo temporale è tutt'ora rimasto invariato. Si ricorda che le limitazioni alla libertà contrattuale degli atleti del professionismo sono state abrogate dall'art. 16 della l. n. 91 cit. e poi, in via definitiva, dal d.l. n. 485/1996. Invece, l'art. 31 della "Riforma dello sport", ha abrogato il vincolo sportivo (e il premio di formazione tecnica) ancora presente nel dilettantismo, sebbene sia stato prorogato di un ulteriore anno dal d.l n. 89/2024 per i tesseramenti sottoscritti prima della sua entrata in vigore.

[19] Da ultimo, la F.I.G.C. nel *Comunicato ufficiale n. 226/A del 24 maggio 2024* ha indicato i termini e le disposizioni regolamentari in materia di tesseramento relativi alla stagione sportiva in corso e alle società di Serie A, B e C.

[20] Per una ricognizione storica dell'istituto, cfr. R. CLARIZIA, *La cessione del contratto. Artt. 1406-1410*, Milano, 2005. Con specifico riferimento al calcio si veda, in particolare, E. MINERVINI, *Il trasferimento del giocatore di calcio*, in

ISSN 2036-7821

successione, a titolo derivativo, della cedente nella posizione giuridica della cessionaria.

Nella specie, la società originaria cede alla nuova, con l'adesione dello sportivo[21], la propria posizione contrattuale e, in particolare, le trasferisce il diritto ad avvalersi delle sue *performance* agonistiche. Ciò trovava espressa confermava nell'art. 5, co. 3, della l. n. 91/1981, non più in vigore, laddove era ammessa tale cessione, prima della scadenza del contratto, da una società sportiva a un'altra. Dunque, non si è di fronte a una novazione dell'obbligazione precedente, pur se è possibile apportare modifiche al contratto rispetto a quello precedente[22].

In ambito calcistico, le N.O.I.F. individuano limiti dettagliati alla cessione di che trattasi e uno di questi preclude che un giocatore possa trasferirsi più di tre volte in altri *club* durante la stessa stagione sportiva. Le norme federali indicano, ancora e tra l'altro, che il trasferimento può essere a titolo definitivo oppure temporaneo e che deve avvenire in periodi prestabiliti annualmente dal Consiglio federale.

Il contratto di cessione, in ogni caso, può essere anche temporaneo[23]. Ricorrendo la fattispecie, un atleta della società cedente viene "prestato" a un'altra per una stagione sportiva e, una volta conclusa, ne implicherà il ritorno a svolgere le prestazioni nella squadra originaria, a meno che il contratto con la cessionaria non sia rinnovato.

Il prestito in questione, inoltre, può essere oneroso o gratuito, nonché prevedere il diritto o obbligo di riscatto del cartellino[24].

Vi è, peraltro, un'ulteriore opzione utilizzata, di solito, per i trasferimenti dei giovani giocatori provenienti da squadre non nazionali, e che determina - da un lato - l'esercizio del diritto di riscatto a opera del *club* d'arrivo che intenda trattenerli a fronte del versamento di una somma di danaro precedentemente concordata - d'altro lato - l'esercizio del contro-riscatto a opera del *club* originario per far ritornare presso di sè l'atleta, ugualmente corrispondendo una cifra previamente pattuita.

Ancora, il diritto di *recompra* determina che due società si accordino e una di esse ceda all'altra un proprio giocatore riservandosi il diritto di riacquistarlo in seguito a titolo definitivo, a fronte del versamento di un corrispettivo[25]. L'operazione è intesa a favorire i giovani e talentuosi giocatori a cui non possono essere offerte immediate opportunità di competere come titolari nella prima squadra della cedente; se poi

---

Rass. civ., 1984, p. 1067 ss. Sui riverberi di natura tributaria della cessione del contratto, tra i primi, S. SAMMARTINO, *La cessione del contratto (diritto tributario)*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1993, 425 ss. Cfr. altresì G. FRANSONI, *La cessione del contratto*, in *Riv. dir. trib.*, 161 ss.

[21] Art. 102 N.O.I.F.

[22] Consiglio di Stato, parere n. 5285/2012, 11 dicembre 2012.

[23] Art. 103 N.O.I.F.

[24] Art. 103, co. 3-*bis*, N.O.I.F.

[25] Art. 102, co. 4, N.O.I.F. In merito S. TRETTEL - S. VERNA, ***Il nuovo diritto di recompra nel calcio italiano: aspetti fiscali e contabili***, il ***fisco***, 2019, 25, p. 2465.

ISSN 2036-7821

questi atleti continuano a dimostrare le proprie capacità agonistiche, il *club* originario può esercitare l'opzione.
A ogni modo, tutte le operazioni segnalate sono suscettibili di generare componenti positivi dei redditi societari[26] trattandosi di plusvalenze patrimoniali realizzate a titolo oneroso.

7. *I conseguenti effetti fiscali.*
Sul versante tributario, la cessione di cui si sta argomentando implica l'intervento dell'art. 86, co. 1, lett. *a*), del Tuir. Si tratta, infatti, di un'operazione che genera una plusvalenza patrimoniale per la cedente[27] determinata dal corrispettivo versatole dalla cessionaria per acquisire il diritto a utilizzare le prestazioni dell'atleta ceduto, succedendogli in ogni ulteriore diritto e obbligo connesso.
L'operazione è equiparabile alla cessione di un bene, è dotata di un'autonoma utilità economica ed è idonea – come premesso – a generare un plusvalore rilevante ai fini Ires e Irap, ai sensi dell'art. 56 del d.P.R. n. 917/1986 e degli artt. 5, co. 1 e 11, co. 3, del d.lgs. n. 446/1997[28].

---

[26] Agenzia delle Entrate, risol. 19 dicembre 2001, n. 213/E, nonché circ. 20 dicembre 2013, n. 37/E. In dottrina, F. GALGANO, *La compravendita dei calciatori*, il *fisco*, 2011, 2, p. 311 ss.

[27] Ai sensi dell'art. 85 del d.P.R. n. 917/1985, le plusvalenze patrimoniali fanno riferimento ai ricavi ottenuti dai beni di proprietà dell'impresa diversi da quelli attraverso cui si generano ricavi e le stesse sono determinate dalla differenza positiva tra il corrispettivo di vendita e il costo non ancora ammortizzato. Nel caso di una cessione del rapporto contrattuale con un atleta, la società di appartenenza realizza una plusvalenza laddove l'ammontare riconosciuto dalla società acquirente risulti superiore al valore iscritto in bilancio. In linea di principio, si genera una plusvalenza quando il prezzo di vendita di un bene risulta andar oltre il valore netto contabile, calcolato quale differenza tra costo storico e fondo di ammortamento alla data del trasferimento. Dunque, la plusvalenza è una componente positiva del reddito. In tema G. FALSITTA, *Studi sulla tassazione delle plusvalenze*, Milano, 1991, *passim*; M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993, *passim*.

[28] Cass., sez. trib., n. 5068/2024. Il caso affrontato era relativo a un ricorso presentato da una società calcistica fondato su due motivi, dei quali si basava sulla circostanza che la cessione di un calciatore non costituiva per la cessionaria né il realizzo di un plusvalore riferito a beni strumentali né una fattispecie qualificabile cessione del contratto. La contribuente, infatti, era subentrata in un preesistente contratto dell'atleta, acquisendo solo i diritti a risolverlo e a stipulare uno nuovo. Dunque, non si generava una plusvalenza rilevante ai fini della determinazione della base imponibile Irap (artt. 5 e 11, co. 3, d.lgs. n. 446/1997), bensì un provento straordinario, da indicare alla voce E del conto economico (art. 2425 c.c.). In sostanza, la ricorrente reputava che le somme versate al *club* originario rappresentassero il corrispettivo della conclusione *ante tempus* del contratto d'ingaggio, a cui ne seguiva un altro diverso. Il secondo motivo riguardava la circostanza che il provento era da attrarre nella gestione straordinaria e, quindi, non incidente sulla base imponibile Irap. La Corte, richiamando la decisione della Corte di giustizia europea 15 dicembre 1995, proc. C-415/93 ("sentenza Bosman") e l'evoluzione dei rapporti società calcistiche/giocatori, ha segnalato che gli stessi terminano nel periodo indicato nei riferibili contratti conseguendo che, una volta conclusi, la società originaria non può vantare alcun diritto. Diversamente per le cessioni riguardanti calciatori "non svincolati", si configura un'operazione economica, il cui oggetto è il diritto all'utilizzo esclusivo delle loro prestazioni, da inquadrare tra i beni immateriali strumentali e ammortizzabili ex art. 68, co. 2, d.P.R. n. 917/1986 e, pertanto, idonei a produrre plusvalenze (o minusvalenze) rilevanti ai fini delle menzionate imposte. Per ogni approfondimento si rinvia ad A. CONTRINO, *Sull'imponibilità ai fini Irap dei plusvalori derivanti dalla cessione onerosa del "cartellino" dei giocatori*, in *Riv. dir. trib. on line*., 4 luglio 2024.

ISSN 2036-7821

L'oggetto del contratto, nel dettaglio, va fatto rientrare nel novero dei beni immateriali "atipici" sul piano patrimoniale[29], strumentali all'esercizio dell'attività d'impresa, ammortizzabili e suscettibili di un trasferimento che può determinare, appunto, plusvalenze[30].

Ancora più puntualmente, l'oggetto in questione va incluso nella categoria residuale "beni diversi dai beni-merce"[31], non esaurendo istantaneamente la propria utilità[32] e, in specie, tra i beni strumentali a svolgere l'attività imprenditoriale[33].

Dal negozio delineato occorre distinguere la cessione a "parametro zero" che configura, comunque, un'alienazione sinallagmatica e non meramente gratuita, poiché le contraenti conseguono vicendevolmente costi e benefici. Sul piano fiscale, questo contratto determina la possibile deduzione delle minusvalenze generate ex 101 Tuir[34], mentre per la cessionaria la possibilità di detrarre l'Iva assolta a monte. Il corrispettivo pattuito tra le parti può essere rappresentato, ad es., dall'accollo ad opera dell'acquirente del pagamento di retribuzioni pregresse che la venditrice deve all'atleta ceduto, quale controprestazione, esprimendo il contratto in tal modo un carattere oneroso e di utilità economica da sottoporre a tassazione[35].

Sempre in tema di compravendita, occorre ricordare che sebbene il prezzo rappresenti un elemento essenziale del negozio, la dottrina ha evidenziare che

---

[29] Sulla configurazione che la compravendita di un atleta determina l'immissione nel patrimonio dell'impresa di un bene immateriale "atipico", si rinvia ad A. CONTRINO, *Rilevazioni nel bilancio d'esercizio e ricadute sul reddito imponibile delle società sportive dei trasferimenti (onerosi, gratuiti e a parametro zero) di calciatori professionisti*, in *Riv. dir. sport.*, 2019, p. 278 ss.

[30] *Ex multis*, Cass., nn. 24588/2015, 9433/2019, 50658/2024, 2376/2023 e 5068/2024. Per gli interventi della dottrina, cfr. G. LUSCHI - G. STANCATI, *Aspetti fiscali della "cessione dei calciatori", con particolare riguardo al regime Irap*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 1742 ss.; G. INGRAO, *L'imponibilità ai fini dell'Irap dei proventi connessi alla cessione degli atleti da parte delle società sportive*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, 9, p. 527 ss.; M. PROCOPIO, *Irap e società calcistiche professionistiche: la rilevanza delle plusvalenze e minusvalenze derivanti dalla cessione dei diritti sportivi*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, 2, p. 20331 ss.; G. PIZZONIA, *Le immobilizzazioni immateriali nelle imposte dirette: il caso dei diritti alle prestazioni sportive dei calciatori*, in *Rass. trib.*, 2011, 5, p. 1217 ss.; C. SOTTORIVA, *Considerazioni in merito al trattamento fiscale ai fini Irap delle plusvalenze nell'ambito delle società di calcio professionistiche*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 4, p. 637 ss.

[31] Per una lettura diversa P. BORIA, *Irrilevanti le minusvalenze per cessione senza corrispettivo del contratto di calciatori*, in *GT- Riv. giur. trib.*, 2019, p. 405. La natura di bene strumentale del diritto di utilizzazione della prestazione sportiva e, in particolare, di quella calcistica, quale "funzione servente" dell'atleta a raggiungere gli obiettivi aziendali, determina l'impossibilità di qualificare il "cartellino" come bene-merce, oggetto tipico dell'attività d'impresa. Per tale profilo, tuttavia, occorrerebbe considerare l'arco temporale di utilizzazione dell'atleta. E, invero, se l'acquisto è avvenuto «a cavallo di due esercizi al fine di valorizzarlo e cederlo a breve», il bene potrebbe trovare corretta configurazione nell'ambito dei beni-merci e produrre ricavi. Nel caso, invece, che il trasferimento rappresenti un investimento durevole e servente l'attività d'impresa, il diritto deve essere collocato tra i beni strumentali immateriali idonei a generare plusvalenze e minusvalenze rilevanti fiscalmente. Per queste considerazioni A. CONTRINO, *La rilevanza impositiva di "proventi" e "oneri" generati da operazioni di calciomercato*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 3, p. 213.

[32] Sul punto E. FANTOZZI - F. PAPARELLA, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Padova, 2019, p. 186.

[33] Al riguardo, per tutti, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2008, p. 122.

[34] Cass. civ., sez. V, n. 2146/2019.

[35] Corte giust. trib., Il grado, Liguria, sez. 2, n. 546/2023.

ISSN 2036-7821

l'assente previsione del corrispettivo della cessione di un bene non riconduce necessariamente l'operazione al di fuori di essa e si fa riferimento, in particolare, alle alienazioni delle *discommodities*, per le quali, negandosi la causa donativa e, più in generale la gratuità della cessione, l'attenzione è posta al "diverso" vantaggio che l'alienante consegue dalla cessione di un determinato bene[36].

8. Il nuovo trattamento impositivo delle plusvalenze da "cessione".

Composti gli aspetti di maggior rilievo rispetto all'argomento in trattazione, si passa all'analisi dell'art. 33. d.l. "P.A-bis", nella versione definitiva contenuta nel Tuir.

A una prima lettura, la norma denota profili d'interesse contenendo la nuova disciplina fiscale del provento che una compagine professionistica può ritrarre cedendo a un'altra un proprio atleta e da cui va sottratta, quantomeno per il settore calcistico, la quota di ammortamento[37] del cartellino, iscritto nello Stato patrimoniale del bilancio d'esercizio, quale voce dell'attivo, tra i "Diritti pluriennali alle prestazioni di un professionista"[38]. Tali diritti, perciò, coincidono con il valore d'acquisto del cartellino e si contabilizzano con ulteriori costi, quali i premi e bonus, sussistenti anche per gli acquisti di atleti il cui contratto sia in scadenza.

---

[36] Così F. PAPARELLA, *Il regime fiscale della cessione del contratto dei calciatori senza corrispettivo e la deducibilità delle minusvalenze*, in *Riv. dir. sport*., 2021, 1, 149. In merito anche D. STEFANI, *Profili fiscali della cessione del "cartellino" del calciatore: il concetto di onerosità nelle cessioni a "costo zero"* (*nota a Cass., sez. trib., 8 ottobre 2020, n. 21701*), in *Riv. trim. dir. trib*., 2021, 2, 423 ss.

[37] Si tratta del procedimento contabile con il quale il costo pluriennale di un calciatore, formato, appunto, dal prezzo del cartellino e dai compensi corrisposti agli agenti, è ripartito considerando il termine di durata del contratto. La F.I.G.C. ha recepito le modifiche intervenute sul *Club Licensing and Financial Sustainability Regulations*, in vigore dalla stagione sportiva in corso, nel *Manuale delle Licenze UEFA* del 2023. Tra queste, le quote ammortamento del cartellino di un professionista vanno calcolate «in misura sistematica in relazione alla durata del contratto originario, fino a un massimo di 5 anni». Tale novità, indicata nell'*Appendice VII*, è stata intesa a circoscrivere gli artifizi contabili che possono alterare le competizioni sportive, laddove le società stipulano contratti di durata superiore al periodo indicato per ammortizzare il valore del cartellino su più esercizi e ridurne l'incidenza complessiva sugli ammortamenti. Per ciò che concerne le svalutazioni, il regolamento ha precisato che il valore netto contabile di un calciatore va «ad *impairment*, per la stima del valore recuperabile nel periodo di riferimento», qualora la società lo abbia ceduto temporaneamente per un importo inferiore alle quote di ammortamento del periodo. Relativamente a operazioni di scambio di calciatori tra società con trasferimenti "in direzioni opposte" e determinanti plusvalenze «il richiedente la licenza deve valutare se […] vanno considerati come operazioni […] ai sensi del presente regolamento» e, in tal caso, per il calcolo del ricavo derivante da una cessione in uscita e dai costi di acquisto per quello in entrata, occorre l'applicazione dei principi dell'*International Accounting Standard* 38, di cui ai par. 45 - 47. Per di più, nel calcolare il profitto da cessione dei diritti pluriennali dell'atleta in uscita, «il ricavo non può superare il valore netto contabile del costo di acquisizione nel bilancio del richiedente la licenza, rettificato per tenere conto dell'eventuale esborso netto pagato nel contesto dell'operazione di scambio». Ancora, i costi di acquisizione dell'atleta entrante vanno capitalizzati «al massimo al valore contabile del calciatore uscente, rettificato per tenere conto dell'eventuale esborso netto pagato nel contesto dell'operazione di scambio».

[38] Nelle immobilizzazioni immateriali vanno anche indicati i marchi (colori sociali; stemma; loghi; denominazione del *club*), ogni altro diritto di proprietà, registrato e protetto (segni distintivi) o, ad es., le concessioni di servizi comunali per usufruire dell'impiantistica sportiva.

ISSN 2036-7821

Nel conto economico, invece, va riportata la quota d'ingaggio riferita ai costi di produzione che, per la società acquirente, in relazione alla durata del contratto, costituisce un costo di gestione.
Un'operazione di trasferimento avviene, usualmente, nel corso dell'apertura di apposite "finestre" temporali ove la società cedente prova a individuare il momento più opportuno affinché lo realizzi alle migliori condizioni economiche possibili sul mercato (*player trading*); la stessa, peraltro, può produrre ovviamente minusvalenze, da determinare ex art. 101, co. 1, Tuir, seguendo gli stessi criteri indicati per le plusvalenze.
A ogni modo, la riformulata previsione tributaria dispone che il termine minimo di possesso del bene, oggetto di cessione, necessario alle società professionistica per usufruire della rateizzazione dei plusvalori maturati in un dato periodo d'imposta, è biennale. Diversamente, la disciplina previgente disponeva che le società potessero ripartire l'imposizione fiscale sino a (massimo) cinque periodi d'imposta relativamente alle plusvalenze riferite a beni posseduti almeno da un anno.
Ne consegue che, a seguito della modifica normativa, il periodo temporale suddetto è stato aumentato affinché la cedente, ai fini della determinazione del reddito, possa distribuire le plusvalenze conseguite in quote costanti nell'esercizio in cui li ha realizzati e fino ai quattro successivi.
L'opzione per questa ripartizione viene rimessa al contribuente e occorre che la stessa risulti dalla dichiarazione dei redditi, purché presentata; in carenza, la plusvalenza concorrerà a formare il reddito societario per l'intero ammontare nell'esercizio in cui realizzata.
Da quanto detto emerge, pertanto, la permanenza di un trattamento fiscale espressamente riservato agli incrementi di valore in commento, così come previsto del resto per altre tipologie di società e, più ampiamente, per gli enti commerciali, laddove l'art. 86, co. 4, del Tuir dispone che il periodo minimo di possesso di un bene non debba essere, in questi casi, inferiore a un triennio.
Inoltre, la norma nell'ultimo capoverso prevede un nuovo periodo: le società professionistiche che cedono i diritti all'utilizzo esclusivo delle prestazioni dei propri atleti e realizzano plusvalenze possono beneficiare del meccanismo agevolativo consistente nella ripartizione in quote costanti nel corso (massimo) di un quinquennio. Ciò, tuttavia, opera solo per la parte corrispondente in modo proporzionale al corrispettivo conseguito in denaro. La parte residua, invece, concorrerà a formare il reddito societario nell'esercizio in cui realizzata.
In definitiva, la possibilità di diluire l'ammontare della plusvalenza nel periodo segnalato è stata circoscritta dal legislatore.

9. La ragione sottesa.

ISSN 2036-7821

L'obiettivo sottostante questa parte aggiunta al co. 4 cit. è rivolto a escludere dalla disposizione di favore operazioni "sviate" e finanziariamente "fittizie", vale a dire rivolte a generare plusvalenze in modo artefatto nel momento in cui una società del professionismo ceda propri atleti *a* o li scambi *con* un'altra società professionistica.
In particolare, attraverso la c.d. ipervalutazione dei cartellini, dolosamente si alterano i risultati di bilancio, dato che le plusvalenze patrimoniali di beni relativi all'impresa – come evidenziato – concorrono a incrementare l'utile di esercizio, ovvero a ridurre la perdita, per l'intero ammontare nell'esercizio in cui si realizzano.
Attraverso le plusvalenze richiamate, quindi, una società sportiva in modo simulato cede a un'altra il diritto alle prestazioni di un proprio atleta a corrispettivi particolarmente elevati. Una volta, poi, che il contratto con l'altra società si conclude, la cedente contabilizza un provento artefatto.
Peraltro, vi è anche la tecnica delle plusvalenze incrociate o a specchio che avviene quando due società sportive l'una all'altra e viceversa si cedono atleti a "prezzi" uguali ma superiori a quelli di mercato. I due *club*, dunque, attribuiscono al cartellino dei loro tesserati un valore maggiore per conseguire introiti significativi nei conti economici. Una volta avvenute le cessioni, le società registrano le plusvalenze a bilancio innalzando la componente attiva del conto economico, senza (o con minimi) spostamenti di liquidità[39]. Se poi il valore attribuito da ciascuna ai propri sportivi non risulta coincidente, le differenze sono regolate da conguagli in denaro.
La pratica in questione, piuttosto diffusa e facilitata dalla clausola di *recompra*, di cui si è accennato, è stata oggetto, tra l'altro, di un accertamento da parte della Consob[40] che, valutando alcune poste di bilancio di una squadra di calcio di serie A, ha ritenuto, in base alla disciplina IAS 38 (par. 45 - 47), che gli scambi di giocatori devono essere intesi come permute, non quali operazioni indipendenti, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma[41].
Senza entrare nel merito della questione, va evidenziato come svariate vicende giudiziarie balzate agli onori della cronaca e non solo recente[42], abbiano fatto emergere la non marginalità del fenomeno laddove diverse squadre, cedendo i diritti in questione a cifre considerevoli, ne hanno sfruttato il valore ridotto in bilancio, facendo risultare un artificioso realizzo di plusvalenze. Il tutto, peraltro, con mancato rispetto delle clausole generali di chiarezza, veridicità e correttezza del bilancio indicate, a livello nazionale, dal co. 2 dell'art. 2423 c.c.

---

[39] F. CRIMI - S. CRIMI, ***Gestione delle società sportive e profili penalistici: reati societari, fallimentari e tributari***, in A. GUARDAMAGNA (*a cura di*), *Diritto dello Sport. Profili Penali*, Milano, 2009, p. 332. In merito altresì F. BAVA, *Plusvalenze a specchio nel calcio da porre in essere alle condizioni di mercato*, 1° giugno 2024, in *eutekne.info*.

[40] Del. n. 22858/2022.

[41] Sempre il *Manuale Licenze* 2023 della UEFA, proprio per evitar plusvalenze incrociate, è stato interessato da modifiche, recepite poi alla F.I.G.C. il 30 ottobre dello stesso anno. Cfr. *Comunicato ufficiale* n. 11/A.

[42] Infatti, sin dalla fine degli anni '90 le società ricorrevano a tale prassi, rendendo necessario l'intervento del legislatore con "il decreto Salva calcio".

ISSN 2036-7821

Al fine di arginare il fenomeno, la F.I.G.C. nelle *Raccomandazioni contabili* e in osservanza alle N.O.I.F., ha definito un sistema di controlli articolato sulle gestioni societarie per vigilare sulla redazione corretta dei bilanci delle società, oltre che su ulteriori comunicazioni sociali e, in particolare, ha delegato al Co.Vi.So.C. il controllo sull'equilibrio economico-finanziario e sull'osservanza dei principi di "corretta gestione"[43]. Al controllo interno, si aggiungono una serie di requisiti che le stesse devono possedere sulla base del *Financial Fair Play Regulation*, tra i quali emerge il *Break-Even Requirement* (equilibrio ricavi/spese nel corso di un triennio), introdotto nel 2010 e, di recente, arricchito dal *Football Earnings Rule*, sì da fargli conseguire "sostenibilità finanziaria" mediante verifiche maggiormente adeguate (anche) sui costi che sostengono per trasferire giocatori.

10. Considerazioni conclusive.

Si è evidenziato come i bilanci di esercizio delle società sportive prevedano la voce "Diritti alle prestazioni pluriennali di un calciatore professionista"[44], acquistabili da una società diversa dall'originaria stipulando un contratto di cessione del rapporto in essere, eventualmente anche con atleti appartenenti al vivaio o a una squadra dilettantistica, nel caso in cui gli stessi sottoscrivano il primo contratto da professionisti. Una società, dunque, può reperire la risorsa economica ingaggiando calciatori "svincolati" o acquistando il diritto alle loro *performance* dal *club* a cui risultano legati sulla base di un contratto di lavoro in atto.

Le operazioni in questione per la cedente determinano prima della scadenza del contratto una plusvalenza se il valore della cessione sia superiore a quello contabile; a livello finanziario, ogni operazione genera un credito e un'entrata successiva. Diversamente, per la cessionaria un debito con successiva uscita.

L'istituto della cessione del contratto, inoltre, determina per la società acquirente l'immediato utilizzo del diritto alle prestazioni sportive di un'atleta nel caso in cui si tratti di un trasferimento a titolo definitivo; inoltre, il "diritto" va considerato un bene immateriale di natura patrimoniale, dato che attribuisce alla nuova società la possibilità di utilizzarne le prestazioni in via esclusiva lungo l'intera durata del contratto[45] e in quanto trattasi di un bene connotato da un utilizzo durevole.

La cessione può anche essere temporanea e, se ciò accade, il periodo temporale deve essere esattamente predeterminato, così come le relative condizioni economiche, in un accordo scritto tra la cedente e la cessionaria[46]. La FIFA, al riguardo. ha definito che la durata minima di una cessione (l'intervallo di tempo tra due finestre di calciomercato) e quella massima (un anno), precisando pure che la data di scadenza

[43] Art. 80 N.O.I.F.
[44] Voce *B.I.8.*
[45] M. MANCIN, ***Il bilancio delle società professionistiche***, Padova, 2009, p. 148.
[46] Art. 10, co, 1, *Regulations on the Status and Transfer of Players*,

ISSN 2036-7821

deve cadere in una "finestra" indicata dalla Federazione del *club* cedente. Nulla osta a una possibile estensione del termine di durata di un contratto, purché si osservi quella minima e massima e l'atleta vi acconsenta per iscritto[47].

Ancora, il costo sostenuto per l'acquisto da parte della cessionaria, oltre agli oneri accessori[48], va iscritto nell'Attivo dello Stato patrimoniale alla voce B.1 "Immobilizzazioni immateriali"[49], da ammortizzare in ogni esercizio rispetto alle residue possibilità di utilizzazione[50].

Il criterio di ammortamento di questi diritti, nel rispetto del principio di prudenza, è quello della ripartizione del costo «[…] in quote costanti ovvero in quote decrescenti, per l'intera durata del contratto che vincola il calciatore alla società»[51].

In effetti, la possibilità di cedere i diritti alle prestazioni sportive di determinati atleti ad altre società, italiane o meno, è un *asset* patrimoniale importante per le società professionistiche, sebbene gli incrementi nei ricavi che esse realizzano siano dati, tra l'altro, dagli introiti da gare (proventi da cessione di biglietti e abbonamenti), da quelli pubblicitari e da sponsorizzazioni, nonché da diritti televisivi e dalla capitalizzazione dei costi del vivaio[52].

In ogni caso, la plusvalenza in disamina genera un artificioso incremento dei proventi e, come osservato, neutralizza le eventuali perdite d'esercizio, evitando procedure di liquidazione giudiziale, o altre di carattere concorsuale o che regolano uno stato di crisi, oltre agli interventi della giustizia, non solo sportiva.

Tuttavia, se le operazioni di cessione si compiono a valori economicamente incongrui, il prezzo dello scambio viene sovrastimato: la cedente ottiene una maggiore plusvalenza, parzialmente o del tutto fittizia, e migliora il patrimonio netto, mentre la cessionaria iscrive nell'attivo patrimoniale un valore sovrastimato con maggiori costi nel futuro, cioè un maggiore impatto negativo (minori utili o maggiori perdite) sul periodo di durata del contratto. L'originaria cessionaria provvederà poi ad una successiva dismissione ad un corrispettivo tale da generare, a

---

[47] Cfr. F.R. FIMMANÒ, *L'abuso di player trading: il caso delle "plusvalenze fittizie" nelle società di calcio professionistico*, in cortedeiconti.it, 2022, 5, p. 85.

[48] Si pensi, ad es., alla commissione che viene data all'agente sportivo coinvolto nell'operazione.

[49] Art. 2423-***ter*** c.c. Al riguardo, cfr. altresì la *Raccomandazione contabile F.I.G.C. n. 1 - Diritti pluriennali alle prestazioni dei calciatori*. La voce, nella specie, è la 4 - "Concessioni, licenze, marchi e diritti simili" o, se l'ammontare è significativo, occorre una voce specifica.

[50] Art. 2426, n. 2, c.c. Il criterio di ammortamento è rivolto alla «ripartizione del costo del diritto […] in quote costanti per l'intera durata del contratto che vincola il calciatore alla società cessionaria e comunque per un tempo non superiore a cinque anni». La raccomandazione contabile n. 10 della F.I.G.C. in tema, conformemente al principio contabile n. 24 dell'OIC, afferma l'impossibilità di procedere ad ammortizzazioni per periodi che vadano oltre la durata massima del contratto, mentre ciò è possibile "prudenzialmente" per periodi inferiori.

[51] *CII-Ammortamento*, Raccomandazione contabile n. 10 della F.I.G.C.

[52] Gli introiti da gare, ex art. 74-*quater*, co. 1, "decreto Iva" sono incisi all'imposta in modo ordinario, ricomprendendo la Tabella C allegata, gli spettacoli sportivi di ogni genere, ovunque eseguiti; lo stesso avviene per il trasferimento di atleti, e per i diritti televisivi, in quanto equiparati ai diritti d'autore dall'art. 3, co. 2, n. 2, del medesimo d.P.R. n. 633/1972, oltre che per proventi di natura pubblicitaria e da sponsorizzazione.

ISSN 2036-7821

sua volta, una nuova plusvalenza. In tal modo, entrambe le società aumentano l'utile (o riducono la perdita)[53].

Il ricorso alle plusvalenze fittizie determina, in effetti, una sorta di spirale: il diritto alle prestazioni sportive di un giocatore acquistato dalla cessionaria viene iscritto in bilancio tra le immobilizzazioni al costo (elevato) di acquisto e, come tale, sottoposto ad ammortamento in quote costanti nel corso della durata del contratto, pur se rappresenta un costo per la società[54], la quale si troverà costretta a realizzarne nuove per ripianare le perdite di fine esercizio[55].

Il tutto, ovviamente, determina comportamenti antigiuridici e l'emersione di reati di natura penal-tributaria**,** quali la dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, l'emissione di fatture false o l'omesso versamento di imposte sui redditi o Iva[56], presupposti per la responsabilità da reato degli enti[57].

Disvelare le condotte irregolari descritte non è però agevole, dato che il "valore" di ciascun atleta non viene definito in parametri predeterminati, trattandosi di una contrattazione compiuta in un libero mercato. La FIFA, in ogni caso, sta pensando d'introdurre un algoritmo con cui attribuire a ciascun calciatore a livello mondiale un "valore equo"[58], il più possibile oggettivo[59].

Per concludere, i due interventi sul co. 4 dell'art. 86 Tuir hanno limitato la possibilità di frazionare su più esercizi le plusvalenze maturate dalle società sportive, per cui: *i*) solo quelle biennali contribuiscono a formarne il reddito per godere della tassazione diluita in cinque esercizi; *ii*) il periodo di possesso minimo dell'*asset* viene ampliato.

Quanto alle plusvalenze fittizie, per evitarle, la norma dispone che quelle realizzate attraverso la cessione dei diritti all'utilizzo esclusivo della prestazione dell'atleta

---

[53] M. RUBINO DE RITIS, *Società di calcio: plusvalenze fittizie e contratti U.F.O. (Unidentified Footballer Object)*, in *Giust.civ.com*, 2023, 3, 12.

[54] Art. 2425, lett. *b*), c.c.

[55] P. BUSARDÒ, *Il bilancio delle società di calcio professionistiche: trattamento contabile del parco giocatori***, in** *Riv. dott. comm***.**, 2004, 6, p. 1313.

[56] Artt. 2, 8, 10-*ter*, d.lgs. n. 74/2000.

[57] Art. 25-*quinquiesdecies*, l. n. 517/2019. La norma, introdotta nel d.lgs. n. 231/2001, ha ampliato la categoria dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti a quelli tributari, estesa ulteriormente dal d.lgs. n. 75/2020 in osservanza della direttiva UE n. 2017/1371. Va comunque segnalato il recente d.lgs. n. 87/2024 di revisione del sistema sanzionatorio tributario che vede quale principio cardine quello di proporzionalità. Sul canone, cfr. C. BUCCICO, *L'applicazione del principio di proporzionalità alle sanzioni tributarie*, in *Dir. prat. trib. int*. 2020, 3, 933 ss.

[58] L'IFRS 13, par. 9, definisce il *fair value* «come il prezzo che si percepirebbe per la vendita di un'attività ovvero che si pagherebbe per il trasferimento di una passività in una regolare operazione tra operatori di mercato alla data di valutazione».

[59] Invero, sin dal 2013, il *Centre International d'Etude du Sport* per determinare i valori di mercato dei trasferimenti dei calciatori professionisti utilizza un metodo statistico con conseguente "modello", tenendo conto di diverse variabili riferite a *club*, giocatori e stagioni sportive. In merito, cfr. R. POLI - R. BESSON - L. RAVENEL, *Statistical Modeling of Football Players' Transfer Fees Worldwide*, in I*nt. J. Financial Stud.*, 2024, *12*(3), 93.

ISSN 2036-7821

«concorrono a formare il reddito in quote costanti ai sensi del primo periodo e alle condizioni indicate nel secondo periodo, nei limiti della parte proporzionalmente corrispondente al corrispettivo eventualmente conseguito in denaro; la residua parte della plusvalenza concorre a formare il reddito nell'esercizio in cui è stata realizzata».
Ne consegue che le somme percepite dalle società professionistiche vanno suddivise in due quote: quella relativa al corrispettivo conseguito in denaro è da sottoporre alla tipica rateizzazione in quote costanti; quella restante formerà il reddito nell'esercizio in cui la plusvalenza viene realizzata.
Eppure, non pare che il distinguo tra le plusvalenze realizzate in denaro o attraverso uno scambio di atleti, penalizzando quest'ultime sul versante fiscale, riesca a comporre la problematica evidenziata o, meglio, non pare che il legislatore sia riuscito a prevedere una norma efficace a contrastare le plusvalenze fittizie. Probabilmente, occorreva prima rimediare alla perdurante problematica della sostenibilità dei conti delle società professionistiche[60]. Per arginare questi incrementi "gonfiati" di valori, quanto meno a livello dell'ordinamento sportivo, si dovrebbero individuare criteri che individuino dei *range* di valore per i corrispettivi da cessione e acquisizione[61].

[60] Cfr. A. GERMANI - S. ROSCINI VITALI, *Plusvalenze nel calcio: la correzione non va al cuore del problema*, in *ntplusfisco ilsole24ore*, 4 luglio 2023.
[61] CR. F. R. FIMMANÒ, *L'abuso di player trading: il caso delle "plusvalenze fittizie" nelle società di calcio professionistico*, cit., p. 95.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata tra diritto vigente e prospettive di modifica in attuazione della Direttiva UE 2024/1260

di Alberto de Chiara

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa; 2. Soggetti coinvolti e relative funzioni; 2.1. In fase di sequestro; 2.2. In fase di confisca non definitiva; 2.3. In fase di confisca definitiva; 3. Disciplina della gestione e della destinazione; 3.1. Gestione (ed eventuali destinazione anticipata o vendita) dei beni sequestrati; 3.1.1. Gestione (ed eventuali destinazione anticipata o vendita) dei beni mobili sequestrati; 3.1.2. Gestione (ed eventuali destinazione anticipata) dei beni immobili sequestrati; 3.1.3. Gestione (ed eventuali destinazione anticipata) delle aziende sequestrate; 3.2. Gestione e destinazione dei beni (mobili, immobili ed aziende) confiscati non definitivamente; 3.3. Gestione e destinazione dei beni mobili di terzi rinvenuti in beni immobili confiscati; 3.4. Gestione e destinazione dei beni confiscati definitivamente; 3.4.1. Gestione e destinazione delle somme confiscate definitivamente; 3.4.2. Gestione e destinazione dei beni mobili confiscati definitivamente; 3.4.3. Gestione e destinazione dei beni immobili confiscati definitivamente; 3.4.4. Gestione e destinazione dei beni immobili confiscati facenti parte del patrimonio aziendale di società; 3.4.5. Gestione e destinazione dei beni immobili definitivamente confiscati non utilmente destinabili a fini di interesse pubblico; 3.4.6. Gestione e destinazione delle aziende confiscate definitivamente; 4. Statuto giuridico dei beni sequestrati e confiscati; 5. Trasparenza e accessibilità dei dati relativi alla gestione dei beni oggetto di un provvedimento di sequestro o confisca; 6. La gestione e la destinazione dei beni nella Direttiva UE 2024/1260; 6.1. Le finalità della disciplina; 6.2. Efficacia ed efficienza dell'azione pubblica; 6.2.1. La salvaguardia del valore dei beni tra efficienza ed efficacia; 6.3. L'ufficio per la gestione dei beni; 7. Prospettive di modifica della disciplina italiana sulla gestione e destinazione dei beni in attuazione della Direttiva UE 2024/1260; 7.1. A proposito della tutela delle vittime dei reati; 7.2. A proposito delle misure rivolte a garantire l'efficacia e l'efficienza dell'azione pubblica; 7.2.1. In particolare, con riguardo all'uso per finalità sociali o istituzionali; 7.2.2. In particolare riguardo alle possibili destinazione anticipata e vendita dei beni sequestrati o confiscati non definitivamente; 7.3. Possibili modifiche rivolte a risolvere oscurità e difetti di organicità e sistematicità del testo normativo

Abstract

The discipline regarding the management and destination of assets seized and confiscated from organized crime, despite the codified nature of the reference legislative text, appears particularly disordered and at times affected by a significant disorganization, being contained in various articles of the 'Anti-Mafia Code' which have been the subject of repeated amendments. Sometimes, moreover, the legislative text does not appear particularly clear.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

La disciplina in materia di gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, malgrado il carattere codicistico del testo normativo di riferimento[1], si presenta particolarmente disordinata ed a tratti affetta da una significativa disorganicità, essendo contenuta in diversi articoli del 'Codice Antimafia'[2] che sono stati oggetto di ripetute novelle. Talora, inoltre, il dettato normativo non appare particolarmente perspicuo[3].

Sembra quindi utile provare a ricostruirne più sistematicamente il quadro, e ciò viepiù a seguito dell'approvazione della Direttiva UE 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il recupero e la confisca dei beni[4], che, entrata in vigore il 3 maggio 2024, impone la sua attuazione entro la scadenza del 23 novembre 2026. Quest'ultima, infatti, dispone, tra l'altro, anche in materia di gestione e destinazione dei beni[5].

Per illustrare il quadro normativo è necessario operare alcuni distinguo. Vanno infatti considerate, quanto meno, la distinzione – di tutta evidenza – tra beni sequestrati e confiscati (tra questi ultimi dovendosi distinguere, ulteriormente, i beni confiscati definitivamente e non definitivamente) e quella, che con la precedente si interseca, tra beni mobili, beni immobili ed aziende.

2. Soggetti coinvolti e relative funzioni.

2.1. In fase di sequestro.

In via generale, l'amministrazione dei beni sequestrati coinvolge gli organi giudiziari, l'amministratore giudiziario, eventuali coadiutori, nonché l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ANBSC), che può essere chiamata a fornire ausilio e supporto agli organi giudiziari per impartire le direttive generali della gestione dei beni.

In particolare, con riguardo alle misure di prevenzione adottate al di fuori del processo penale, l'organo giudiziario competente è il Tribunale, che delega alcune delle competenze ad un singolo giudice.

Nell'ambito del processo penale, invece, l'organo che adotta la misura (e che continua ad essere competente, anche durante le successive fasi processuali ed i

[1] D.lgs. 06 settembre 2011, n. 159, recante il «*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*».

[2] In particolare, gli articoli da 41 a 48.

[3] Cfr. *infra*, nt. 91 e par. 7.3.

[4] Dir. 2024/1260/UE del 24 aprile 2024 (GU L, 2024/1260, 2.5.2024, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1260/oj).

[5] In particolare, agli artt. 1, co. 1, 11, co. 1 e 2, 18, co. 1, 19, co. 1, 20, co. 1, 3 e 4, 21, 22, col 1 e 2 lett. a), 25, co. 1 e 2, e 27.

ISSN 2036-7821

successivi gradi di giudizio, per l'esercizio dei poteri correlati alla gestione del bene), può essere il GIP/GUP, il Tribunale o la Corte d'appello. Anche in tale ambito, in tutti i casi in cui l'organo coinvolto sia collegiale (Tribunale o Corte d'appello), si devono distinguere, poi, le competenze del Collegio da quelle del giudice da esso delegato.
Più in particolare, il Tribunale o la Corte d'appello (o il GIP/GUP) sono competenti:

- a disporre, su proposta del giudice delegato (ove esistente), lo sgombero dei beni immobili ovvero, con riguardo alla casa di proprietà del soggetto sottoposto al sequestro, il differimento dell'esecuzione (fino al decreto di confisca definitiva) e la concessione al soggetto medesimo ed alla sua famiglia[6];
- ad affidare i beni mobili, anche iscritti in pubblici registri, in custodia giudiziale[7];
- a destinare alla vendita i beni mobili che non possano essere amministrati senza pericolo di deterioramento o di rilevanti diseconomie[8];
- a disporre la distruzione o demolizione dei beni privi di valore, improduttivi, oggettivamente inutilizzabili e non alienabili[9];
- a decidere sulla prosecuzione o ripresa dell'attività delle aziende sequestrate e, in caso di approvazione, ad impartire le direttive per la gestione dell'azienda, ovvero a disporne la messa in liquidazione[10];
- qualora il sequestro abbia a oggetto partecipazioni societarie:

• ove le partecipazioni assicurino le maggioranze previste dall'articolo 2359 del Codice civile, ad impartire le direttive su eventuali revoche e nomine dell'amministratore della società, o, qualora non sia prevista l'assunzione della qualità di amministratore della società, a determinare le modalità di controllo e di esercizio dei poteri da parte dell'amministratore giudiziario[11];
• ove, invece, le partecipazioni non assicurino le maggioranze previste dall'articolo 2359 c.c., ad impartire le opportune direttive all'amministratore giudiziario[12].

Il giudice delegato (o il GIP/GUP), dal canto suo:

- impartisce le direttive generali sulla gestione dei beni[13];
- può indicare (tenendo conto dell'attività economica svolta dall'azienda, della forza lavoro da essa occupata, della sua capacità produttiva e del suo

[6] L'art. 40, co. 2-*bis*, D.lgs. n. 159/2011. Cfr. *infra*, testo e nt. 44.
[7] Art. 40, co. 5-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.
[8] Art. 40, co. 5-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.
[9] Art. 40, co. 5-*ter*, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[10] Art. 41, D.lgs. n. 159/2011.
[11] Art. 41, co. 1-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.
[12] Art. 41, co. 1-*septies*, D.lgs. n. 159/2011.
[13] Art. 40, co. 1, D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

mercato di riferimento) il limite di valore entro il quale gli atti di amministrazione si ritengono di ordinaria amministrazione e rientrano nelle competenze dell'amministratore giudiziario[14];

- autorizza:

• il compimento, da parte dell'amministratore giudiziario, degli atti di straordinaria amministrazione (quali, ad esempio, agire o resistere in lite, contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi o fideiussioni, concedere ipoteche o alienare immobili)[15];

• la locazione o la concessione in comodato dei beni immobili, fino alla pronuncia della confisca definitiva[16];

• il compimento degli atti necessari per ottenere la cessazione, alla scadenza naturale, dell'eventuale contratto di locazione o comodato di beni immobili in corso alla data del sequestro e sulla scorta di titolo di data certa anteriore alla stessa[17];

• la richiesta, da parte dell'amministratore giudiziario, al giudice civile competente di essere nominato amministratore della comunione *pro indiviso* dei beni sequestrati aventi tale condizione[18];

• l'incarico, da parte dell'amministratore giudiziario, ad un professionista affinché che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del programma in caso di proposta di prosecuzione o ripresa dell'attività da parte delle aziende sequestrate[19];

• il conferimento, da parte dell'amministratore giudiziario, della manutenzione ordinaria o straordinaria degli immobili e dei beni aziendali[20];

• l'affitto dell'azienda confiscata o di un suo ramo fino alla confisca definitiva[21];

• l'avvalimento, da parte dell'amministratore giudiziario, del supporto tecnico, a titolo gratuito, di imprenditori attivi nel medesimo settore o in settori affini[22].

All'amministratore giudiziario spettano gli atti di ordinaria amministrazione, con particolare riguardo a quelli funzionali all'attività economica delle aziende, eventualmente entro il limite di valore definito dall'autorità giudiziaria[23].

Infine, nella gestione delle aziende l'amministratore giudiziario può avvalersi di coadiutori[24], nonché del supporto tecnico:

---

[14] Art. 41, co. 2, D.lgs. n. 159/2011.
[15] Art. 40, co. 3, D.lgs. n. 159/2011.
[16] Art. 40, co. 3-*bis*, D.lgs. n. 159/2011. Cfr. *infra*, testo e nt. 45.
[17] Art. 40, co. 3-*quater*, D.lgs. n. 159/2011. Cfr. *infra*, testo e nt. 46
[18] Art. 40, co. 5, D.lgs. n. 159/2011.
[19] Art. 41, co. 1, lett. c), D.lgs. n. 159/2011.
[20] Art. 41, co. 1-*quater*, D.lgs. n. 159/2011, ai sensi del quale il conferimento deve avvenire «*di preferenza alle imprese fornitrici di lavoro, beni e servizi già sequestrate ovvero confiscate*». Cfr. *infra*, testo e nt. 47.
[21] Art. 41, co. 2-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.
[22] Art. 41-*quater*, co. 1, D.lgs. n. 159/2011.
[23] Art. 40, D.lgs. n. 159/2011.
[24] Art-35, co. 2, D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

- a titolo gratuito, di imprenditori attivi nel medesimo settore o in settori affini a quelli in cui opera l'azienda sequestrata[25];
- delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIAA) per favorire il collegamento dell'azienda sequestrata o confiscata in raggruppamenti e in reti d'impresa[26].

2.2. In fase di confisca non definitiva.

Fino alla confisca definitiva gli organi giudiziari continuano ad esercitare i poteri già loro spettanti durante il sequestro.

Anche l'amministratore giudiziario continua a svolgere il medesimo ruolo esercitato durante il sequestro, ma solo fino alla confisca (anche non definitiva) di secondo grado.

L'ANBSC interviene in sostituzione dell'amministratore giudiziario, a partire dalla confisca - anche non definitiva – di secondo grado, assumendo la gestione dei beni ed esercitando i poteri di ordinaria e (col nulla-osta dell'autorità giudiziaria) straordinaria amministrazione[27].

2.3. In fase di confisca definitiva.

Successivamente alla confisca definitiva l'organo giudiziario resta competente per la divisione dei beni confiscati indivisi[28]. Il soggetto protagonista è l'ANBSC, competente per la destinazione dei beni e per la vigilanza sui beni destinati. I soggetti possibili destinatari di beni immobili e mobili (cui passano le relative amministrazione e gestione) sono:

- Amministrazioni statali, cui i beni possono essere affidati per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile, o per altri usi governativi o pubblici connessi allo svolgimento delle rispettive attività istituzionali[29];
- Università statali;
- Enti pubblici;
- istituzioni culturali di rilevante interesse;
- la medesima ANBSC (che, previa autorizzazione del Ministro dell'interno, può utilizzarli per finalità economiche)[30];
- Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, i quali, - anche consorziandosi o attraverso associazioni - possono amministrarli

[25] Art. 41-*quater*, co. 1, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[26] Art. 41-*quater*, co. 3, D.lgs. n. 159/2011.
[27] Art. 44, co. 1, D.lgs. n. 159/2011.
[28] Art. 48, co. 7-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.
[29] Art. 48, co. 3, lett. a), D.lgs. n. 159/2011.
[30] Art. 48, co. 3, lett. b), D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

direttamente per finalità istituzionali o sociali ovvero economiche (ma con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali), ovvero possono, a loro volta, sulla base di apposita convenzione, assegnarli in concessione, a titolo gratuito, ad altri soggetti, di cui la legge prevede un articolato elenco[31]:

- comunità, anche giovanili;
- enti;
- associazioni maggiormente rappresentative degli Enti locali;
- organizzazioni del Terzo settore[32];
- cooperative sociali[33];
- comunità terapeutiche e centri di recupero e cura di tossicodipendenti;
- associazioni di protezione ambientale[34];
- altre tipologie di cooperative, purché a mutualità prevalente, fermo restando il requisito della mancanza dello scopo di lucro;
- operatori dell'agricoltura sociale riconosciuti ai sensi delle disposizioni vigenti;
- Enti parco nazionali e regionali.

Il carattere, tassativo o esemplificativo, di tale elencazione è dubbio[35].

Quanto alle Aziende, i soggetti assegnatari possono essere[36]:

- in affitto, a titolo oneroso, società od imprese pubbliche o private;
- in concessione, a titolo gratuito, e senza oneri per lo Stato:
  - cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata
  - «*agli enti e alle associazioni*» individuati quali possibili concessionari di beni immobili[37].

3. Disciplina della gestione e della destinazione.

3.1. Gestione (ed eventuali destinazione anticipata o vendita) dei beni sequestrati.

3.1.1.Gestione (ed eventuali destinazione anticipata o vendita) dei beni mobili sequestrati.

I beni mobili, anche iscritti in pubblici registri, possono essere temporaneamente

[31] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011.

[32] L'art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011, fa riferimento alle associazioni di volontariato di cui alla L. n. 266/1991, abrogata dal D.lgs. n. 117/2017, recante il «*Codice del Terzo settore*».

[33] Di cui alla L. n. 381/1991, recante «*Disciplina delle cooperative sociali*».

[34] Riconosciute ai sensi dell'art. 13 della L. n. 349/1986, di «*Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale*».

[35] Cfr. *infra*, al par. 7.3.

[36] Art. 48, co. 8-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.

[37] Individuati dall'art. 48, co. 3, lett. c), del D.lgs. n. 159/2011 cit., cui il co. 8-*ter* del medesimo art. 48 rinvia.

ISSN 2036-7821

affidati in custodia giudiziale[38]:

- agli organi di polizia che ne facciano richiesta, per l'impiego nelle attività istituzionali o per esigenze di polizia giudiziaria;
- agli organi del Corpo nazionale dei vigili del fuoco che ne facciano richiesta, per l'impiego nelle attività istituzionali;
- all'ANBSC;
- per finalità di giustizia, di soccorso pubblico, di protezione civile o di tutela ambientale:
    - ad altri organi dello Stato;
    - ad Enti pubblici non economici;
    - ad Enti territoriali;
- agli stessi soggetti cui potranno essere affidati in concessione dopo la confisca definitiva[39].

Ove non possano essere amministrati senza pericolo di deterioramento o di rilevanti diseconomie, su richiesta dell'amministratore giudiziario o dell'Agenzia, decorsi trenta giorni dal deposito della relazione che l'amministratore giudiziario deve presentare al giudice delegato (entro trenta giorni dalla sua nomina), possono essere destinati dall'autorità giudiziaria alla vendita, fatta salva la restituzione agli aventi diritto dei proventi, oltre agli interessi maturati, della vendita dei beni di cui il Tribunale non provveda alla confisca[40].

I proventi affluiscono, al netto delle spese sostenute, al Fondo unico giustizia (FUG) per essere versati all'apposito capitolo di entrata del bilancio dello Stato e riassegnati. Il 50% è assegnato allo stato di previsione della spesa del Ministero dell'interno per le esigenze dell'ANBSC, che li destina «*prioritariamente a finalità sociali e produttive*»[41].

Ove si tratti di beni privi di valore, improduttivi, oggettivamente inutilizzabili e non alienabili, l'autorità giudiziaria ne può disporre la distruzione o demolizione[42].

3.1.2. Gestione (ed eventuale destinazione anticipata) dei beni immobili sequestrati.

Successivamente al sequestro, viene disposto dall'autorità giudiziaria lo sgombero dei beni immobili, a meno che, con riguardo alla casa di proprietà del soggetto sottoposto alla misura, ne sia differita l'esecuzione (fino al decreto di confisca definitiva), concedendola al soggetto medesimo ed alla sua famiglia nei limiti in cui sia necessaria alla loro abitazione e qualora vengano loro a mancare i mezzi di sussistenza, salva la possibilità, per l'organo giudiziario stesso, di determinare

[38] Art. 40, co. 5-*bis*, D.lgs. n. 159/2011 cit.

[39] I soggetti indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c), D.lgs. n. 159/2011, già elencati precedentemente (testo e ntt. 32-35).

[40] Artt. 40, co. 5-*ter* e 5-*quinquies*, D.lgs. n. 159/2011.

[41] Artt. 40, co. 5-*quater*, D.lgs. n. 159/2011.

[42] Artt. 40, co. 5-ter, D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

un'indennità da corrispondersi (oltre gli oneri e alle spese inerenti l'unità immobiliare cui provvedere a propria cura in ogni caso)[43].
Gli immobili per i quali è eseguito lo sgombero vengono prioritariamente locati o concessi in comodato, fino alla pronuncia della confisca definitiva, ai medesimi soggetti indicati dalla legge quali possibili concessionari di beni confiscati[44].
Nel caso in cui alla data del sequestro sussistano, sulla scorta di titolo di data certa anteriore, rapporti contrattuali di locazione o comodato in corso, l'amministratore giudiziario, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, procede al compimento degli atti necessari per ottenere la cessazione, alla scadenza naturale[45].
La manutenzione ordinaria e/o straordinaria dei beni immobili è conferita da parte dell'amministratore giudiziario, su autorizzazione del giudice, preferenzialmente alle imprese fornitrici di lavoro, beni e servizi già sequestrate o confiscate[46].
Per i beni in regime di comunione *pro indiviso*, l'amministratore giudiziario, su autorizzazione giudiziaria, richiede al giudice civile competente di essere nominato amministratore della comunione[47].

3.1.3. Gestione (ed eventuali destinazione anticipata) delle aziende sequestrate.
Entro trenta giorni entro dall'immissione in possesso, l'amministratore giudiziario è autorizzato dall'autorità giudiziaria a proseguire l'attività dell'impresa o a sospenderla, con riserva di rivalutare tali determinazioni dopo il deposito della relazione semestrale prevista dalla legge. Se il giudice autorizza la prosecuzione, conservano efficacia provvisoriamente le autorizzazioni, le concessioni e i titoli abilitativi necessari allo svolgimento dell'attività già rilasciati ai titolari delle aziende[48], ed inoltre non operano le cause di scioglimento per riduzione o perdita del capitale sociale[49].
L'Amministratore giudiziario, sulla base di una dettagliata analisi (da presentarsi entro tre messi dalla nomina) che tenga conto del grado di caratterizzazione dell'azienda con il proposto e i suoi familiari, della natura dell'attività, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata e di quella necessaria per

[43] Art. 40, co. 2-*bis*, D.lgs. n. 159/2011 cit., che rinvia alla disciplina contenuta nella Legge fallimentare (R.D. 16 marzo 1942, n. 267), ed in particolare all'art. 47, co. 2-*bis*, ai sensi del quale «*la casa di proprietà del fallito, nei limiti in cui è necessaria all'abitazione di lui e della sua famiglia, non può essere distratta da tale uso fino alla liquidazione delle attività*». La disposizione prevede inoltre che il giudice, «*ove ricorrano le condizioni ivi previste*», «*può adottare*» il provvedimento di differimento. Il comma 1 dell'art. 40 D.lgs. n. 159/2011, rinviando al comma 1 dell'art. 47 R.D. n. 267/1942, prevede altresì che il giudice possa concedere alla persona sottoposta alla procedura ed alla sua famiglia «*un sussidio a titolo di alimenti*», *qualora a costoro vengano «a mancare i mezzi di sussistenza*».
[44] Art. 40, co. 3-*ter*, D.lgs. n. 159/2011 cit. I soggetti sono quelli già precedentemente elencati (testo e nt. 32-35).
[45] Art. 40, co. 3-*quater*, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[46] Art. 41, co. 1-*quater*, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[47] Art. 40, co. 5, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[48] Art. 41, co. 1-*quinques*, D.lgs. n. 159/2011.
[49] Art. 41, co. 1-*octies*, D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

il regolare esercizio dell'impresa, nonché della capacità produttiva, del mercato di riferimento e degli oneri correlati al processo di legalizzazione dell'azienda, può proporre la prosecuzione o la ripresa dell'attività aziendale, secondo un programma contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta[50]. Analoghe proposte possono essere avanzate anche dalle organizzazioni sindacali esistenti all'interno dell'azienda alla data del sequestro[51].

L'azienda sequestrata o un suo ramo possono essere affittate o concesse in comodato ad Enti, associazioni e ad altri soggetti indicati dalla legge come possibili concessionari di beni confiscati[52], alle cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata, (salvo che taluno dei relativi soci sia parente, coniuge, affine o convivente con il destinatario del sequestro, ovvero nel caso in cui nei suoi confronti sia stato adottato taluno dei provvedimenti penali indicati dall'articolo 15, co. 1 e 2, della L. 55/1990[53]), o agli imprenditori attivi nel medesimo settore o settori affini. Tali affitti dell'azienda o di un suo ramo sono modalità di gestione da considerarsi, per espressa previsione di legge, «*in via prioritaria*»[54].

L'effettivo e utile svolgimento dell'attività di supporto tecnico, per un periodo non inferiore a dodici mesi, da parte di imprenditori attivi nel medesimo settore o in settori affini a quelli in cui opera l'azienda sequestrata, risultante dalla relazione dell'amministratore giudiziario, determina l'attribuzione agli imprenditori del diritto di prelazione da esercitare, a parità di condizioni, al momento dell'affitto dell'azienda[55].

Anche la manutenzione ordinaria e/o straordinaria dei beni aziendali (analogamente a quelle dei beni immobili) è conferita, da parte dell'amministratore giudiziario, su autorizzazione dell'autorità giudiziaria, preferenzialmente alle imprese fornitrici di lavoro, beni e servizi già sequestrate o confiscate[56].

È importante evidenziare che sono previste apposite misure finanziarie cui poter accedere per la gestione e la valorizzazione delle aziende sequestrate e confiscate cui possono attingere, dopo l'adozione dei provvedimenti di prosecuzione o di ripresa dell'attività dell'impresa, l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, o l'Agenzia[57].

Se, tuttavia, mancano concrete possibilità di prosecuzione o di ripresa dell'attività, l'autorità giudiziaria, acquisito il parere del pubblico ministero, dei difensori delle parti e dell'amministratore giudiziario, dispone la messa in liquidazione

[50] Art. 41.co. 1, D.lgs. n. 159/2011.
[51] Art. 41, co. 1-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.
[52] I soggetti già precedentemente elencati *retro*, testo e ntt. 32-35.
[53] Cfr. *infra* nt. 107.
[54] Art. 41, co. 2-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.
[55] Art. 41, co. 2-*ter*, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[56] Art. 41, co. 1-*quater*, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[57] Art. 42-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

dell'impresa[58].
Nel caso di sequestro di partecipazioni societarie, l'amministratore giudiziario esercita i poteri che spettano al socio nei limiti della quota sequestrata, provvedendo, ove necessario e previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, a convocare l'assemblea per la sostituzione degli amministratori, ad impugnare le delibere societarie di trasferimento della sede sociale e di trasformazione, fusione, incorporazione o estinzione della società, nonché ad approvare ogni altra modifica dello statuto utile al perseguimento degli scopi dell'impresa in stato di sequestro[59].
Ove le partecipazioni assicurino le maggioranze previste dall'articolo 2359 del Codice civile, sulla base delle direttive impartire dall'autorità giudiziaria può essere revocato l'amministratore della società e sostituito dall'amministratore giudiziario. Qualora non sia prevista l'assunzione della qualità di amministratore della società, l'Autorità giudiziaria determina le modalità di controllo e di esercizio dei poteri da parte dell'amministratore giudiziario[60].

3.2. Gestione e destinazione dei beni (mobili, immobili ed aziende) confiscati non definitivamente.

Per l'amministrazione dei beni sottoposti a confisca non definitiva, salva la sostituzione dell'ANBSC all'amministratore giudiziario a seguito della confisca di secondo grado, volgono i medesimi criteri e modalità dei beni sequestrati.
È rilevante segnalare che laddove si debba procedere alla restituzione dei beni confiscati è prevista la possibilità di procedere anche per equivalente monetario[61], se essi sono stati assegnati per finalità istituzionali o sociali, per fini di giustizia o di ordine pubblico o di protezione civile[62] e la restituzione possa pregiudicare l'interesse pubblico, ovvero se il bene sia stato nel frattempo venduto. Il pagamento dell'equivalente monetario, nel caso in cui il bene sia stato venduto, è a carico del Fondo Unico Giustizia, in tutti gli altri casi, è a carico dell'amministrazione

[58] Art. 41, co. 5, D.lgs. n. 159/2011.
[59] Art. 41, co. 6, D.lgs. n. 159/2011.
[60] Art. 41, co. 1-*ter*, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[61] Ai sensi dell'art. 46, co. 1, Dlgs. n. 159/2011 «*In tal caso l'interessato nei cui confronti venga a qualunque titolo dichiarato il diritto alla restituzione del bene ha diritto alla restituzione di una somma equivalente al valore del bene confiscato come risultante dal rendiconto di gestione, al netto delle migliorie, rivalutato sulla base del tasso di inflazione annua. In caso di beni immobili, si tiene conto dell'eventuale rivalutazione delle rendite catastali*».
[62] Più precisamente, ai sensi degli artt. 46, co. 1, e 40, co. 3, lett. a), b) e c), D.lgs. 159/2011, qualora siano stati assegnati per «*finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile*», ovvero per «*altri usi governativi o pubblici connessi allo svolgimento delle attività istituzionali di amministrazioni statali, agenzie fiscali, università statali, enti pubblici e istituzioni culturali di rilevante interesse*», ovvero ancora siano «*utilizzati dall'Agenzia per finalità economiche*», ovvero, infine, siano stati assegnati «*per finalità istituzionali o sociali ovvero economiche, con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali, in via prioritaria, al patrimonio indisponibile del comune ove l'immobile è sito, ovvero al patrimonio indisponibile della provincia, della città metropolitana o della regione*».

ISSN 2036-7821

assegnataria del bene[63].
È da segnalarsi che nella gestione delle aziende confiscate anche l'ANBSC (come l'amministratore giudiziario durante il sequestro) può avvalersi del supporto tecnico:

- a titolo gratuito, di imprenditori attivi nel medesimo settore o in settori affini a quelli in cui opera l'azienda sequestrata;
- delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura (CCIAA) per favorire il collegamento dell'azienda sequestrata o confiscata in raggruppamenti e in reti d'impresa[64].

3.3. Gestione e destinazione dei beni mobili di terzi rinvenuti in beni immobili confiscati.

I beni mobili di terzi rinvenuti in immobili confiscati, qualora non vengano ritirati dal proprietario nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'invito al ritiro da parte dell'Agenzia, sono assegnati a titolo gratuito alle amministrazioni statali o agli Enti territoriali individuati dalla legge come possibili destinatari dei beni confiscati[65] che ne facciano richiesta entro 10 giorni dalla pubblicazione sul sito dell'Agenzia; i beni non richiesti sono venduti, ed i relativi proventi sono destinati:

- al Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive;
- al Fondo di rotazione per la solidarietà delle vittime dei reati di tipo mafioso;
- al Ministero dell'interno per la tutela della sicurezza pubblica e del soccorso pubblico;
- al Ministero della giustizia per assicurare il funzionamento e il potenziamento degli uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali;
- la restante parte all'entrata del bilancio dello Stato[66].

Dopo il secondo esperimento negativo della procedura di vendita, l'Agenzia può procedere all'assegnazione dei beni a titolo gratuito ai soggetti indicati dalla legge come possibili assegnatari e concessionari di beni immobili confiscati[67], ovvero, in via residuale, alla loro distruzione[68].

3.4. Gestione e destinazione dei beni confiscati definitivamente.

3.4.1. Gestione e destinazione delle somme confiscate definitivamente.

[63] Ai sensi dell'art. 46, co. 3, D.lgs. n. 159/2011.
[64] Art. 44, co. 1, D.lgs. n. 159/2011.
[65] I soggetti sono quelli già precedentemente elencati (testo e ntt. 32-35).
[66] Art. 48, co. 7-*bis* e 9, D.lgs. n. 159/2011.
[67] I soggetti possibili assegnatari di beni immobili indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c), elencati precedentemente (testo e ntt. 32-35).
[68] Art. 48, co. 7-*bis*, D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

L'Agenzia utilizza le somme di danaro confiscate per il risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso e per la gestione di altri beni confiscati, versando al Fondo unico giustizia (FUG) la parte che non debba essere utilizzata per tali scopi. Analogamente opera anche con le somme ricavate dalla vendita dei beni mobili confiscati, compresi i titoli e le partecipazioni societarie e con quelle derivanti dal recupero dei crediti personali[69].
Il 3% del totale delle somme è versato dall'Agenzia ad un fondo integrativo statale per la concessione di borse di studio agli studenti capaci, meritevoli e privi di mezzi[70].
Le destinazioni che precedono non si applicano alle somme di denaro e ai proventi derivanti o comunque connessi ai beni aziendali confiscati[71], per i quali è prevista una speciale disciplina[72].

3.4.2. Gestione e destinazione dei beni mobili confiscati definitivamente.
Dopo la definitività della confisca, i beni mobili, anche iscritti in pubblici registri, possono essere utilizzati dall'Agenzia per l'impiego in attività istituzionali ovvero destinati ad altri organi dello Stato, agli Enti territoriali o ai soggetti indicati dalla legge come possibili concessionari o assegnatari dei beni immobili[73].
Sono destinati in via prioritaria al Corpo nazionale dei vigili del fuoco autocarri, mezzi d'opera, macchine operatrici, carrelli elevatori e ogni altro mezzo per uso speciale, funzionali alle esigenze del soccorso pubblico[74].
I beni di cui non si possa procedere alla destinazione possono essere venduti, con divieto di ulteriore cessione per un periodo non inferiore a un anno, al miglior offerente, con esclusione del proposto o di colui che risultava proprietario all'atto dell'adozione della misura penale o di prevenzione, se diverso dal proposto, di soggetti condannati, anche in primo grado, o sottoposti ad indagini connesse o pertinenti al reato di associazione mafiosa o a quello di cui all'articolo 416-*bis*.1 del codice penale, nonché dei relativi coniugi o parti dell'unione civile, parenti e affini entro il terzo grado, nonché persone con essi conviventi[75].
I beni di cui non sia possibile procedere alla destinazione o alla vendita sono distrutti[76].

[69] Art. 48, co. 1, D.lgs. n. 159/2011.
[70] Art. 48, co. 1-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.
[71] Lo dispone espressamente l'art. 48, co. 2, D.lgs. n. 159/2011.
[72] Contenuta nei commi 8, 8-*bis*, 8-*ter* e 9 dell'art. 48, Dlgs. n. 159/2011, sui quali si v. *infra* i parr. 3.4.4. e 3.4.6.
[73] Art. 48, co. 12, D.lgs. n. 159/2011. I soggetti possibili assegnatari di beni immobili, indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c), sono quelli già precedentemente elencati (testo e ntt. 32-35).
[74] Art. 48, co. 12-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.
[75] Art. 48, co. 12-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.
[76] Art. 48, co. 12-*ter*, D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

3.4.3. Gestione e destinazione dei beni immobili confiscati definitivamente.

Anche dopo la definitività della confisca, l'Agenzia può differire l'esecuzione dello sgombero o dell'allontanamento dei beni immobili ancora occupati in quanto già concessi in comodato ai soggetti possibili concessionari[77], ovvero qualora lo ritenga opportuno in vista dei provvedimenti di destinazione da adottare. Il differimento è revocabile in ogni momento[78].

Quanto alla destinazione dei beni immobili, essi sono:

- venduti, se necessario, al fine del risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso[79];
- se confiscati per il reato di associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti e qualora richiesti per destinarli a centri di cura e recupero di tossicodipendenti, nonché per realizzare centri e case di lavoro per i riabilitati, trasferiti prioritariamente al patrimonio indisponibile dell'Ente locale o della Regione ove l'immobile è sito[80];
- mantenuti al patrimonio dello Stato:
    - per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile;
    - ove idonei, per altri usi governativi o pubblici connessi allo svolgimento delle attività istituzionali di:
        - Amministrazioni statali;
        - Agenzie fiscali;
        - Università statali;
        - Enti pubblici;
        - istituzioni culturali di rilevante interesse[81];
            - previa autorizzazione del Ministro dell'interno, utilizzati dall'Agenzia per finalità economiche, con utilizzo dei relativi proventi al fine di assicurare il potenziamento dell'Agenzia, nonché, mediante incentivi al personale, l'efficacia e l'efficienza della sua

[77] I soggetti possibili assegnatari di beni immobili indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c) (elencati *retro*, testo e ntt. 32-35), che siano stati già provvisoriamente assegnatari in comodato dei beni ai sensi dell'art. 40, co. 3-*ter*, D.lgs. 159/2011.

[78] Art. 45-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.

[79] Art. 48, co. 3, lett. a), D.lgs. n. 159/2011.

[80] Art. 48, co. 3, lett. d), D.lgs. n. 159/2011, prevedendo che «*Se entro un anno l'ente territoriale destinatario non ha provveduto alla destinazione del bene, l'Agenzia dispone la revoca del trasferimento ovvero la nomina di un commissario con poteri sostitutivi*».

[81] Art. 48, co. 3, lett. a), D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

azione[82];

- trasferiti per finalità istituzionali o sociali ovvero economiche, con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali in via prioritaria, al patrimonio indisponibile del Comune ove l'immobile è sito ovvero al patrimonio indisponibile della Provincia, della Città metropolitana o della Regione[83], i quali, anche consorziandosi o attraverso associazioni, possono:
  - amministrare direttamente il bene;
  - ovvero, sulla base di apposita convenzione[84], assegnarlo in concessione, a titolo gratuito e nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento[85];
- assegnati, a titolo gratuito, direttamente dall'Agenzia, ai medesimi soggetti possibili concessionari da parte degli Enti territoriali, sulla base di apposita convenzione nel rispetto dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità e parità di trattamento, ove risulti evidente la loro destinazione sociale secondo criteri stabiliti dal Consiglio direttivo dell'Agenzia[86].

Con riguardo ai beni trasferiti agli Enti territoriali al fine della assegnazione in concessione a terzi, è previsto che i beni non assegnati a seguito di procedure di evidenza pubblica possono essere utilizzati dagli Enti medesimi per finalità di lucro e i relativi proventi devono essere reimpiegati esclusivamente per finalità sociali ovvero per il sostenimento delle spese di manutenzione straordinaria inerenti ai beni confiscati utilizzati per le medesime finalità. Inoltre, se entro due anni l'Ente territoriale non ha provveduto all'assegnazione o all'utilizzazione del bene, l'Agenzia dispone la revoca del trasferimento ovvero la nomina di un commissario con poteri sostitutivi[87].

---

[82] Art. 48, co. 3, lett. b), e co. 4, Dlgs. n. 159/2011.

[83] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011. Il successivo co. 4-*bis*, prevede espressamente che nell'ambito delle finalità istituzionali rientra l'impiego degli immobili, tramite procedure ad evidenza pubblica, per incrementare l'offerta di alloggi da cedere in locazione a soggetti in particolare condizione di disagio economico e sociale anche qualora l'ente territoriale ne affidi la gestione all'ente pubblico a ciò preposto.

[84] La legge espressamente prevede che la convenzione debba disciplinare la durata, l'uso del bene, le modalità di controllo sulla sua utilizzazione, le cause di risoluzione del rapporto e le modalità del rinnovo.

[85] Sono espressamente indicati quai possibili assegnatari: comunità, anche giovanili; Enti; associazioni maggiormente rappresentative degli Enti locali; organizzazioni del Terzo settore, cooperative sociali; comunità terapeutiche e centri di recupero e cura di tossicodipendenti; associazioni di protezione ambientale; altre tipologie di cooperative, purché a mutualità prevalente, fermo restando il requisito della mancanza dello scopo di lucro; operatori dell'agricoltura sociale riconosciuti ai sensi delle disposizioni vigenti (in precedenza già richiamati illustrando le altre disposizioni che ad essi fanno rinvio).

[86] Art. 48, co. 3, lett. c-*bis*), D.lgs. n. 159/2011.

[87] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

Per la destinazione dei beni indivisi l'Agenzia o il partecipante alla comunione promuove incidente di esecuzione ai sensi del codice di procedura penale per ottenere dal Tribunale la divisione del bene. Qualora il bene risulti indivisibile, i partecipanti in buona fede possono chiedere l'assegnazione dell'immobile oggetto di divisione, previa corresponsione del conguaglio dovuto in favore degli aventi diritto, in conformità al valore determinato dal perito nominato dal tribunale. Quando l'assegnazione è richiesta da più partecipanti alla comunione, si fa luogo alla stessa in favore del partecipante titolare della quota maggiore o anche in favore di più partecipanti, se questi la chiedono congiuntamente. Se non è chiesta l'assegnazione, si fa luogo alla vendita, a cura dell'Agenzia, o, in alternativa, all'acquisizione del bene per intero al patrimonio dello Stato, e gli altri partecipanti alla comunione hanno diritto alla corresponsione di una somma equivalente al valore determinato dal perito nominato dal tribunale (con salvezza dei diritti dei creditori iscritti e dei cessionari), a carico del Fondo Unico Giustizia. Qualora il partecipante alla comunione non dimostri la propria buona fede, la relativa quota viene acquisita a titolo gratuito al patrimonio dello Stato[88].

3.4.4. Gestione e destinazione dei beni immobili confiscati facenti parte del patrimonio aziendale di società.

Per la destinazione dei beni immobili confiscati già facenti parte del patrimonio aziendale di società le cui partecipazioni sociali siano state confiscate in via totalitaria o siano comunque tali da assicurare il controllo della società, valgono i criteri e le modalità previste, in generale, per la destinazione dei beni immobili confiscati, salvo che l'Agenzia ne dichiari la natura aziendale[89].

I medesimi beni immobili possono essere trasferiti al patrimonio degli Enti territoriali che ne facciano richiesta, qualora si tratti di beni che gli Enti medesimi già utilizzano a qualsiasi titolo per finalità istituzionali[90].

Gli immobili facenti capo a società immobiliari, qualora ciò non pregiudichi la prosecuzione dell'attività d'impresa o i diritti dei creditori dell'impresa stessa, possono essere anche trasferiti, in via prioritaria al patrimonio del Comune ove il bene è sito, ovvero al patrimonio della Provincia o della Regione, per le medesime finalità istituzionali o sociali ovvero economiche, con vincolo di reimpiego dei

[88] Art. 48, co. 7-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.

[89] Art. 48, co. 15-*ter*, D.lgs. n. 159/2011.

[90] L'esatto ambito di applicazione della disposizione – comma 15-*bis* dell'art. 48, D.lgs. 159/2011 –, invero, è oscuro. Essa, infatti, fa espresso riferimento ai «*medesimi beni*», ma non è chiaro a quali beni si riferisce esattamente, dal momento che al comma precedente è disciplinata la sorte dei beni che beni confiscati che «*dopo l'assegnazione o la destinazione sono rientrati, anche per interposta persona, nella disponibilità o sotto il controllo del soggetto sottoposto al provvedimento di confisca*». L'ultimo periodo della disposizione, ai sensi del quale «*La delibera del Consiglio direttivo è adottata fatti salvi i diritti dei creditori dell'azienda confiscata*», induce a ritenere che il legislatore si stia riferendo a beni aziendali.

ISSN 2036-7821

proventi per finalità sociali, per le quali è possibile trasferire ai medesimi Enti territoriali i beni immobili confiscati, nonché per destinarli a centri di cura e recupero di tossicodipendenti o per realizzare centri e case di lavoro per i riabilitati[91].

3.4.5. Gestione e destinazione dei beni immobili definitivamente confiscati non utilmente destinabili a fini di interesse pubblico.

I beni immobili di cui non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le predette finalità di pubblico interesse ivi contemplate, sono destinati con provvedimento dell'Agenzia alla vendita, al miglior offerente, osservando, in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura civile, con avviso di vendita pubblicato nel sito internet dell'ANBSC e notizia nel sito internet dell'Agenzia del Demanio, ovvero, per i beni di valore superiore a 400.000 €, secondo le procedure previste dalle norme di contabilità dello Stato.

La vendita è effettuata per un corrispettivo non inferiore a quello determinato dalla stima formulata dall'amministratore giudiziario ovvero dalla stima successiva effettuata dall'Agenzia. Qualora, entro novanta giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso di vendita, non pervengano proposte di acquisto per il corrispettivo indicato al precedente del periodo, il prezzo minimo della vendita non può comunque, essere determinato in misura inferiore all'80% del valore di stima[92].

È escluso l'acquisto da parte del proposto o di colui che risultava proprietario all'atto dell'adozione della misura penale o di prevenzione, se diverso dal proposto, di soggetti condannati, anche in primo grado, o sottoposti ad indagini connesse o pertinenti al reato di associazione mafiosa o a quello di cui all'articolo 416-bis.1 del Codice penale, nonché dei relativi coniugi o parti dell'unione civile, parenti e affini entro il terzo grado, nonché persone con essi conviventi. Quando risulti che i beni confiscati dopo la vendita siano rientrati, anche per interposta persona, nella disponibilità o sotto il controllo di uno ti tali soggetti, può essere disposta la revoca della vendita[93].

Possono esercitare la prelazione all'acquisto:

- cooperative edilizie costituite da personale delle Forze armate o delle Forze di polizia;
- gli Enti pubblici aventi, tra le altre finalità istituzionali, anche quella dell'investimento nel settore immobiliare;
- le associazioni di categoria che assicurano, nello specifico progetto, maggiori garanzie e utilità per il perseguimento dell'interesse pubblico;
- le fondazioni bancarie;

[91] Art. 48, co. 8-*bis*, D.lgs. n. 159/2011. Le finalità sono indicate dall'art. 48, co. 3, lett. c) e d), D.lgs. 159/2011, elencate già precedentemente (testo e ntt. 81 e 84).

[92] Art. 48, co. 5, D.lgs. n. 159/2011.

[93] Art. 48, co. 5, D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

- gli Enti territoriali[94].

Qualora l'immobile si trovi nelle condizioni previste per il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, l'acquirente dovrà presentare la relativa domanda entro centoventi giorni dal perfezionamento dell'atto di vendita[95].

I beni acquistati non possono essere alienati, nemmeno parzialmente, per cinque anni dalla data di trascrizione del contratto di vendita e quelli diversi dai fabbricati sono assoggettati allo stesso obbligo, previsto per questi ultimi, di comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza della cessione in proprietà o in godimento o a qualunque altro titolo[96].

I proventi della vendita dei beni, al netto delle spese per la loro gestione e per la vendita, sono destinati:

- per il 10%, per le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria dei beni immobili confiscati trasferiti agli Enti territoriali[97];
- per il 36%, al Ministero dell'interno, per la tutela della sicurezza pubblica e per il soccorso pubblico;
- per il 36%, al Ministero della giustizia, per assicurare il funzionamento ed il potenziamento degli uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali;
- per il 18%, all'Agenzia, per assicurare lo sviluppo delle proprie attività istituzionali; nonché al Ministero dell'interno, per le spese di manutenzione ordinaria e straordinaria dei beni immobili confiscati[98].

I beni che rimangono invenduti, decorsi tre anni dall'avvio della relativa procedura, sono mantenuti al patrimonio dello Stato, e la loro gestione è affidata all'Agenzia del demanio[99].

3.4.6. Gestione e destinazione delle aziende confiscate definitivamente.

Anche dopo la definitività della confisca, l'Agenzia può differire l'esecuzione dello sgombero o dell'allontanamento dei beni già provvisoriamente concessi in affitto o in comodato[100] ovvero qualora lo ritenga opportuno in vista dei provvedimenti di destinazione da adottare. Il differimento è revocabile in ogni momento[101].

Le aziende sono mantenute al patrimonio dello Stato e destinate:

---

[94] Art. 48, co. 6, D.lgs. n. 159/2011. La prelazione deve essere esercitata, a pena di decadenza, nei termini stabiliti dall'avviso pubblico, salvo recesso qualora la migliore offerta pervenuta non sia ritenuta di interesse da parte del prelazionario.

[95] Art. 48, co. 5, D.lgs. n. 159/2011 cit.

[96] Art. 48, co. 5, D.lgs. n. 159/2011 cit.

[97] Art. 48, co. 10-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.

[98] Art. 48, co. 10, D.lgs. n. 159/2011.

[99] Art. 48, co. 15-*quater*, D.lgs. n. 159/2011.

[100] Ai sensi dell'art. 41, co. 2-*ter*, D.lgs. 159/2011, ad Enti, associazioni, soggetti possibili assegnatari di beni immobili indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c), elencati precedentemente (testo e ntt. 32-35), nonché alle cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata.

[101] Art. 45-*bis*, D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

- qualora vi sia una maggiore utilità per l'interesse pubblico o qualora siano finalizzate al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso:
  - alla vendita, per un corrispettivo non inferiore a quello determinato dalla stima eseguita dall'Agenzia, a soggetti che ne abbiano fatto richiesta[102];
  - ovvero alla liquidazione, con le medesime modalità previste per la vendita[103];
- quando vi siano fondate prospettive di continuazione o di ripresa dell'attività produttiva[104]:
  - all'affitto a società e ad imprese pubbliche o private;
  - in comodato, senza oneri a carico dello Stato, a cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata;
- qualora si ravvisi un prevalente interesse pubblico, anche con riferimento all'opportunità della prosecuzione dell'attività, al trasferimento per finalità istituzionali agli Enti territoriali o alle associazioni individuati, quali possibili assegnatari in concessione dei beni immobili confiscati, con le modalità previste per tali beni[105].

Nella scelta dell'affittuario o del comodatario sono privilegiate le soluzioni che garantiscono il mantenimento dei livelli occupazionali. Non è possibile l'affitto o il comodato alle cooperative di lavoratori dipendenti dell'impresa confiscata se taluno dei relativi soci è parente, coniuge, affine o convivente con il destinatario della confisca, ovvero nel caso in cui nei suoi confronti sia state adottate, per talune fattispecie indicate dalla legge, sentenze definitive di condanna o provvedimenti definitivi di applicazione di misure di prevenzione[106].

---

[102] Art. 48, co. 8, lett. b), D.lgs. n. 159/2011.

[103] Art. 48, co. 8, lett. c), D.lgs. n. 159/2011.

[104] Art. 48, co. 8, lett. a), D.lgs. n. 159/2011.

[105] Art. 48, co. 8-*ter*, D.lgs. n. 159/2011. I soggetti possibili assegnatari di beni immobili sono quelli indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c), già elencati precedentemente (testo e ntt. 32-35).

[106] Art. 48, co. 8, lett. a), D.lgs. 159/2011 cit., che richiama «*taluno dei provvedimenti indicati nell'articolo 15, commi 1 e 2, della legge 19 marzo 1990, n. 55*», e cioè, segnatamente: «*condanna definitiva per il delitto previsto dall'art. 416- bis del codice penale o per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, o per un delitto di cui all'art. 73 del citato testo unico, concernente la produzione o il traffico di dette sostanze, o per un delitto concernente la fabbricazione, l'importazione, l'esportazione, la vendita o cessione, nonché, nei casi in cui sia inflitta la pena della reclusione non inferiore ad un anno, il porto, il trasporto e la detenzione di armi, munizioni o materie esplodenti, o per il delitto di favoreggiamento personale o reale commesso in relazione a taluno dei predetti reati*»; «*condanna definitiva per i delitti previsti dagli articoli 314 (peculato), 316 (peculato mediante profitto dell'errore altrui), 316- bis (malversazione a danno dello Stato), 317 (concussione), 318 (corruzione per un atto d'ufficio), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319- ter (corruzione in atti giudiziari), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio) del codice*

ISSN 2036-7821

Nella scelta del cessionario o dell'affittuario l'Agenzia procede mediante licitazione privata ovvero, qualora ragioni di necessità o di convenienza, specificatamente indicate e motivate, lo richiedano, mediante trattativa privata[107].
Nel caso di vendita disposta alla scadenza del contratto di affitto dei beni, l'affittuario può esercitare il diritto di prelazione entro trenta giorni dalla comunicazione della vendita del bene da parte dell'Agenzia[108].
Infine, la vendita delle partecipazioni societarie maggioritarie o totalitarie è consentita esclusivamente se la società è priva di beni costituiti in azienda ai sensi del Codice civile o di beni immobili e, comunque, dopo aver assunto le determinazioni previste dai commi seguenti. In ogni caso la vendita delle partecipazioni societarie viene effettuata con modalità tali da garantire la tutela dei livelli occupazionali preesistenti[109].
I proventi derivanti dall'affitto, dalla vendita o dalla liquidazione sono destinati: al fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive; al Fondo di rotazione per la solidarietà delle vittime dei reati di tipo mafioso; al Ministero dell'interno per la tutela della sicurezza pubblica e del soccorso pubblico; al Ministero della giustizia per assicurare il funzionamento e il potenziamento degli uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali; e, per la restante parte, all'entrata del bilancio dello Stato[110].

4. Statuto giuridico dei beni sequestrati e confiscati.

I beni sequestrati non cambiano natura né assumono un peculiare statuto giuridico, salvi i vincoli derivanti dal sequestro stesso.
Solo a seguito della confisca definitiva i beni sono acquisiti, liberi da oneri e pesi (salvi i diritti dei terzi garantiti nelle forme e nei limiti previsti dalla legge) al patrimonio dello Stato[111], entrando a far parte dei cc.dd. beni pubblici.
Il mutamento della condizione giuridica del bene, da bene di proprietà privata a bene di proprietà pubblica, è evidentemente caratterizzato dal vincolo di destinazione, da cui discende l'impronta pubblicistica del regime giuridico in numerosi aspetti.
Siffatto vincolo di destinazione, nonché l'espressa previsione legislativa secondo cui, in caso di trasferimento a Comuni, Province, Città metropolitane o Regioni, i beni

---

penale»; «*condannati con sentenza definitiva alla pena della reclusione complessivamente superiore a sei mesi per uno o più delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio*»; «*condannati con sentenza definitiva ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per delitto non colposo*»; «*coloro che nei confronti il tribunale ha applicato, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione, in quanto indiziati di appartenere ad una delle associazioni di cui all'art. 1 della legge 31 maggio 1965, n. 575*».

[107] Art. 48, co. 11, D.lgs. n. 159/2011.

[108] Art. 48, co. 8, lett. b), D.lgs. n. 159/2011 cit.

[109] Art. 48, co. 1, lett. b), D.lgs. n. 159/2011.

[110] Art. 48, co. 9, D.lgs. n. 159/2011, mediante rinvio all'art. 2, co. 7, D.L. n. 143/2008, che, a sua volta, disciplina la destinazione delle risorse del «*Fondo unico giustizia*».

[111] Art. 45, co. 1, D.lgs. n. 159/2011.

ISSN 2036-7821

confiscati entrano a far parte del loro «*patrimonio indisponibile*» (art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. 159/2011), depongono per la qualificazione come beni patrimoniali indisponibili.

Per questi ultimi la giurisprudenza ritiene che, di regola, il mutamente della natura dei beni e l'applicazione del conseguente regime pubblicistico conseguono esclusivamente a seguito della loro effettiva destinazione, e non soltanto con l'adozione del relativo provvedimento[112]. Con particolare riguardo ai beni confiscati, tuttavia, dopo un iniziale orientamento ispirato a siffatto principio generale[113], la giurisprudenza è pervenuta, nel tempo, a ritenere che «*il bene acquisito allo Stato*», già «*per effetto della confisca*», acquisisca «*un'impronta rigidamente pubblicistica, che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche che determinano l'assimilabilità del regime giuridico del bene confiscato a quello dei beni facenti parte del patrimonio indisponibile*»[114].

Il Codice in proposito dispone espressamente che «*Anche prima dell'adozione del provvedimento di destinazione, per la tutela dei beni confiscati si applica il secondo comma dell'articolo 823 del codice civile*» (che disciplina la tutela pubblicistica dei beni pubblici, mediante l'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'Amministrazione).

Tra gli altri privilegi previsti a tutela dei beni e dell'interesse pubblico loro sotteso, la legge prevede che, laddove risulti che essi, dopo l'assegnazione o la destinazione sono rientrati, anche per interposta persona, nella disponibilità o sotto il controllo del soggetto sottoposto al provvedimento di confisca, può essere disposta la revoca dell'assegnazione o della destinazione da parte dello stesso organo che ha disposto il relativo provvedimento. In caso di revoca della destinazione, il bene rientra nella disponibilità dell'Agenzia, che lo destina nuovamente, ovvero, qualora una nuova destinazione non sia possibile, il bene è mantenuto al patrimonio dello Stato e ne è affidata la gestione all'Agenzia del demanio, che provvede, se necessario, alla sua regolarizzazione urbanistica, nonché alla rifunzionalizzazione e valorizzazione, anche per la successiva assegnazione, a titolo gratuito, agli Enti e ai soggetti indicati

[112] La giurisprudenza sul punto è consolidata. Si v., per tutte, Cass. civ., sez. un., 23 giugno 1993, n. 6950, per la quale «*un bene, in tanto può considerarsi appartenente al patrimonio indisponibile per essere destinato ad un servizio pubblico, a norma del comma 3, ultima previsione, dell'art. 826 c.c., in quanto abbia un'effettiva e attuale destinazione a quel servizio, non essendo, pertanto, sufficiente la determinazione dell'ente pubblico ad imprimere al bene il carattere di patrimonio indisponibile (v. sent. 12 marzo 1974 n. 652; 18 ottobre 1961 n. 2226)*».

[113] Cfr. TAR Calabria – Reggio Calabria, 12 marzo 1998, n. 282, secondo cui «*Risulta illegittima l'intimazione di sfratto operata nei confronti degli attuali occupanti di un bene nel caso in cui mancasse un esplicito provvedimento di destinazione pubblica dei beni confiscati in base al disposto della l. 31 maggio 1965, n. 575*»; nonché Id., 25 agosto 1998, n. 1085, secondo cui «*I contratti di locazione stipulati dall'amministratore giudiziario su beni confiscati ed il conseguente ordine di sgombero risultano illegittimi nel caso in cui manchi un definitivo atto di destinazione di tali beni sul quale possa fondatamente basarsi lo sfratto amministrativo così disposto*».

[114] *Ex multis* Cass. civ., sez. lav., 11 giugno 2018, n. 15085. Cfr. già Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6169; Id., sez. III, 23 giugno 2014, n. 3169.

ISSN 2036-7821

dalla legge come possibili assegnatari e concessionari[115].

5. Trasparenza e accessibilità dei dati relativi alla gestione dei beni oggetto di un provvedimento di sequestro o confisca.

La destinazione, l'assegnazione «e l'utilizzazione dei beni trasferiti agli Enti territoriali, nonché il reimpiego per finalità sociali dei proventi derivanti dall'utilizzazione per finalità economiche, sono soggetti a pubblicità nei siti internet dell'ANBSC e dell'Ente utilizzatore o assegnatario, ai sensi della disciplina nazionale sulla trasparenza amministrativa, ed è prevista la revoca, da parte dell'Agenzia, della destinazione del bene qualora l'Ente destinatario ovvero il soggetto assegnatario non trasmettano i dati[116].

Gli Enti territoriali, in particolare, devono pubblicare un apposito elenco dei beni confiscati ad essi trasferiti, aggiornato con cadenza mensile, e contenente i dati concernenti la consistenza, la destinazione e l'utilizzazione, nonché, in caso di assegnazione a terzi, i dati identificativi del concessionario e gli estremi, l'oggetto e la durata dell'atto di concessione. La mancata pubblicazione comporta responsabilità dirigenziale[117].

6. La gestione e la destinazione dei beni nella Direttiva UE 2024/1260.

Come anticipato in premessa, la Direttiva UE 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni, «*stabilisce norme minime riguardanti*», oltre che «*il reperimento e l'identificazione, il congelamento, la confisca*», anche «*la gestione dei beni*»[118].

In merito è possibile estrapolare da essa i seguenti indirizzi.

6.1. Le finalità della disciplina.

Nella direttiva sono contenuti espliciti riferimenti alle finalità della disciplina, che, com'è ben evidente, influiscono sulle scelte relative alla destinazione dei beni.

In proposito rilevano, in primo luogo, le considerazioni dalle quali è possibile ricavare gli scopi, per così dire, di 'prevenzione 'speciale' delle misure, e segnatamente:

- che una opportuna strategia diretta ad affrontare i problemi posti dalla criminalità organizzata debba contemplare, tra l'altro, la eliminazione dei «*proventi delle attività criminali*», giacché la

[115] Art. 48, co. 15-*quinquies*, D.lgs. n. 159/2011. I soggetti possibili assegnatari di beni immobili indicati dall'articolo 48, comma 3, lettera c), già precedentemente richiamati (testo e ntt. 32-35).

[116] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011 cit.

[117] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011 cit., che rinvia espressamente all'art. 46, relativo alla responsabilità derivante dalla violazione delle disposizioni in materia di obblighi di pubblicazione.

[118] Art. 1 Dir. UE 2024/1260.

ISSN 2036-7821

disponibilità di proventi di attività criminali rappresenta una «*minaccia significativa per l'integrità dell'economia e della società, che erode lo Stato di diritto e i diritti fondamentali*»[119];

- che, «*Privare i criminali dei profitti illeciti è essenziale per smantellare le loro attività e impedire loro di infiltrarsi nelle economie legali*», tenendo conto che le organizzazioni criminali «*incidono negativamente sulla libertà di concorrenza o influenzano le decisioni delle autorità pubbliche, minacciando lo Stato di diritto e la democrazia*», in quanto:
  - «*generalmente reinvestono parte dei profitti derivanti da attività criminali per creare una base finanziaria che consenta loro di proseguire tali attività*»;
  - «*ricorrono spesso alla violenza, alle minacce, all'intimidazione o alla corruzione, per acquisire il controllo di imprese, ottenere concessioni e autorizzazioni, aggiudicarsi appalti o sovvenzioni, realizzare profitti o vantaggi illeciti o infiltrarsi in infrastrutture chiave come i centri logistici*»[120].

Ma ancor più rilevanti appaiono, altresì, le considerazioni e le disposizioni che indicano finalità incidenti sulla destinazione dei beni.

In particolare, una notevole attenzione è riservata, in primo luogo, alle vittime di reati, a tutela delle quali la disciplina orienta la destinazione dei beni assumendo, quanto alle finalità, sfumature di tipo, per così dire, 'retributivo'. Segnatamente, sulla base della espressa considerazione «*che le attività criminali possono arrecare gravi danni alle vittime*», si ritiene «*essenziale tutelare i diritti di queste ultime, compresi i diritti al risarcimento e alla restituzione*», e che gli Stati «*dovrebbero pertanto adottare le misure adeguate affinché i diritti delle vittime in materia di risarcimento e restituzione nei confronti della persona oggetto di una misura di confisca a seguito di un reato siano presi in considerazione*»[121].

In tal senso, si dispone, per un verso, che gli Stati devono adottare «*misure adeguate affinché qualora, a seguito di un reato, sussistano diritti di risarcimento delle vittime nei confronti della persona oggetto di una misura di confisca*», questi ultimi debbano essere «*presi in considerazione nell'ambito del pertinente procedimento*»[122], dovendo essere adottate, segnatamente, «*misure necessarie affinché l'esecuzione delle misure di confisca*

[119] Punto (1) del considerando Dir. UE 2024/1260, facendo riferimento alla Comunicazione della Commissione del 14 aprile 2021 sulla strategia dell'UE per la lotta alla criminalità organizzata 2021-2025.

[120] Punto (3) del considerando Dir. UE 2024/1260.

[121] Punto (37) del considerando Dir. UE 2024/1260. Cfr. altresì i punti (5) e (25)

[122] Art. 18, par. 1, Dir. UE 2024/1260.

ISSN 2036-7821

[…] *non pregiudichi il diritto delle vittime di ottenere un risarcimento*», peraltro precisando che sia possibile «*decidere di limitare tali misure alle situazioni in cui i beni legittimi dell'autore del reato non siano sufficienti a coprire l'importo totale del risarcimento*»[123]. Per altro verso, ed in modo ancor più stringente, si dispone altresì che «*se la vittima ha diritto alla restituzione di beni che sono o potrebbero diventare oggetto di una misura di confisca*» devono essere adottate «*le misure necessarie per restituire alla vittima i beni in questione*»[124].

Altro e diverso ordine di considerazioni, sulla base delle quali pure si esprimono orientamenti incidenti, in qualche misura, sulla destinazione dei beni, muove dal presupposto che «*il riutilizzo sociale dei beni confiscati invia alla società in generale un chiaro messaggio sull'importanza di valori quali la giustizia e la legalità, riafferma il prevalere dello Stato di diritto nelle comunità più direttamente colpite dalla criminalità organizzata e rafforza la resilienza di tali comunità contro l'infiltrazione criminale nel loro tessuto sociale ed economico, come osservato negli Stati membri che hanno già adottato tali misure di riutilizzo sociale*». Sulla base di ciò si ritiene che gli Stati debbano essere «*incoraggiati ad adottare le misure necessarie per consentire che i beni confiscati siano utilizzati per scopi di interesse pubblico o sociali, in modo che sia possibile mantenere i beni confiscati come beni dello Stato a fini di giustizia, applicazione della legge o servizio pubblico o per scopi sociali o economici, o trasferire tali beni confiscati alle autorità del comune o della regione in cui si trovano in modo che tali autorità possano utilizzarli per siffatte finalità, compresa la loro assegnazione a organizzazioni che svolgono attività di interesse sociale*»[125]. Conseguentemente, nella parte più propriamente dispositiva della Direttiva, gli Stati «*sono incoraggiati ad adottare le misure necessarie per consentire la possibilità di utilizzare, se del caso, i beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociali*»[126], nonché si dispone che nella «*strategia nazionale per i recupero dei beni*», da elaborarsi obbligatoriamente da parte degli Stati, debbano essere indicate, tra l'altro, «*le misure da adottare, se del caso, sull'utilizzo dei beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociali*»[127].

Infine, altro orientamento relativo alla possibile destinazione dei beni deriva dalla considerazione che gli Stati dovrebbero anche «*poter utilizzare i beni confiscati per contribuire a meccanismi volti a sostenere i paesi terzi colpiti da situazioni in risposta alle quali sono state adottate misure restrittive dell'Unione nella misura in cui il reato commesso sia direttamente o indirettamente connesso a tale situazione*»[128], prevedendosi, nella parte dispositiva, che gli Stati, «*fatto salvo il diritto internazionale applicabile* […] *possono utilizzare i beni strumentali, i proventi o i beni confiscati in relazione ai reati di cui alla*

[123] Art. 18, par. 5, Dir. UE 2024/1260.
[124] Art. 18, par. 4, Dir. UE 2024/1260.
[125] Punto (38) del considerando Dir. UE 2024/1260.
[126] Art. 19, par. 1, Dir. UE 2024/1260.
[127] Art. 25, par. 1, lett. e), Dir. UE 2024/1260. Cfr. più ampiamente *infra,* al par. successivo, testo e nt. 145.
[128] Punto (39) del considerando Dir. UE 2024/1260.

ISSN 2036-7821

direttiva (UE) 2024/1226 per contribuire ai meccanismi a sostegno di paesi terzi colpiti da situazioni per rispondere alle quali sono state adottate misure restrittive dell'Unione, in particolare in caso di guerra di aggressione»[129].

6.2. Efficacia ed efficienza dell'azione pubblica.

Sono numerosi i riferimenti contenuti nella direttiva all'efficacia ed all'efficienza dell'azione pubblica in materia di beni sequestrati e confiscati, sin dal punto (2) del considerando, ove si sottolinea che «*è importante*», non solo, reperire e identificare, congelare e confiscare, ma anche gestire «*in modo efficace*» i beni[130].

È nota la distinzione, già fuori dall'ambito giuridico, tra i concetti di efficacia ed efficienza, ed altrettanto nota è la distinzione tra le due nozioni giuridiche, che nell'ordinamento giuridico italiano rileva *in apicibus*, a partire dal principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost.

In proposito deve segnalarsi che, mentre nel testo in lingua italiana della direttiva ci sono riferimenti all'efficacia in 21 punti[131] ed all'efficienza in 10[132], confrontando, ad esempio, il testo in lingua inglese, non si ritrova una perfetta corrispondenza, giacché, invece, i riferimenti all'efficacia si rintracciano in 28 punti [133] e quelli all'efficienza in 8[134].

Nel complesso si può dire la direttiva, pur con un utilizzo non sempre appropriato dei relativi termini, indirizza l'azione degli Stati al perseguimento non solo dell'efficacia dell'azione pubblica riguardane il sequestro e la confisca dei beni, ma anche dell'efficienza.

Con particolare riferimento ai profili della gestione e della destinazione dei beni, rilevano, segnatamente, le espresse considerazioni:

- che «*un sistema efficace di recupero dei beni*» richiede, tra l'altro, «*una gestione efficiente dei beni congelati e confiscati per mantenere il valore di tali beni, per lo Stato o ai fini della restituzione alle vittime*»[135];
- che, data la necessità di «*rafforzare la capacità delle autorità competenti di privare i criminali dei proventi delle loro attività criminose*»,

[129] Art. 19, par. 2, Dir. UE 2024/1260, riferendosi alla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024, «*relativa alla definizione dei reati e delle sanzioni per la violazione delle misure restrittive dell'Unione e che modifica la direttiva (UE) 2018/1673*» (GU L, 2024/1226, 29.4.2024, ELI: http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1226/oj).

[130] Punto (2) del considerando Dir. UE 2024/1260.

[131] Cfr. i punti (2), (5), (7), (8), (11), (14), (15), (16), (18), (22), (29), (39) (41), (44), (54), e (56) del considerando, nonché gli artt. 7, par. 2, 17, rubrica e par. 2, 24, par. 2, 26 e 28, Dir. UE 2024/1260.

[132] Ai punti (5), (7), (8), (9), (41), (55) e (56) del considerando, nonché gli artt. 20, parr. 1 e 3, 22, par. 2 lett. a), e 27, rubrica e par.1, Dir. UE 2024/1260.

[133] Cfr. i punti (1), (2), (5), (7), (8), (9), (11), (14), (15), (16), (18), (22), (25), (28), (29), (39), (41), (44), (46), (48), (54), (56) del considerando e gli artt. 7, par. 2, 13, par 1 lett. b), 17, rubrica e par. 2, 24, parr. 1-6, 26 e 28, Dir. UE 2024/1260.

[134] Ai punti (7), (8), (41), (55), (56), 20, parr. 1 e 3, 22, par. 2 lett. a), e 27, rubrica e par. 1, Dir. UE 2024/1260.

[135] Punto (5) del considerando, Dir. UE 2024/1260.

ISSN 2036-7821

dovrebbero essere stabilite norme volte, tra l'altro, «*a migliorare la gestione dei beni congelati e confiscati fino alla loro destinazione* […], *e a migliorare l'efficienza generale del sistema*»[136];

- che, nella prospettiva di «*agevolare la cooperazione transfrontaliera*», anche le «*disposizioni che stabiliscono le norme riguardanti* […] *una gestione efficiente*» (oltre a quelle riguardanti il reperimento e l'identificazione precoci, nonché l'adozione di azioni urgenti di congelamento) contribuiscono a «*migliorare le possibilità di recupero transfrontaliero dei beni*»[137];
- che «*onde garantire che i beni che sono o che potrebbero essere sottoposti a un provvedimento di congelamento o di confisca mantengano il proprio valore economico, gli Stati membri dovrebbero predisporre misure di gestione efficaci*», e che «*tali misure comprendono la gestione efficiente delle entità, come le imprese, di cui dovrebbe essere preservata la continuità aziendale*»[138];
- che «*gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché gli uffici per la gestione dei beni e, ove opportuno, gli uffici per il recupero dei beni, nonché le altre autorità competenti che svolgono i compiti di cui alla presente direttiva, siano in grado di ottenere rapidamente le informazioni necessarie per la gestione efficiente dei beni congelati e confiscati*», e che «*A tal fine* […] *dovrebbero creare strumenti efficienti, come ad esempio uno o più registri dei beni congelati e confiscati*»[139];
- che sia importante «*valutare l'efficacia e l'efficienza del quadro di recupero dei beni, di gestione dei beni e di confisca*», è a tal fine sia «*necessario raccogliere e pubblicare una serie minima comparabile di dati statistici adeguati sul congelamento, la gestione e la confisca dei beni*»[140].

Al medesimo riguardo, inoltre, rilevano ancor più le disposizioni secondo cui:

- gli Stati devono adottare «*misure adeguate per garantire una gestione efficiente delle entità ad esempio le imprese, che devono essere conservate in attività*»[141], e devono provvedere «*a una gestione efficiente dei beni congelati e confiscati fino alla loro destinazione a seguito di un provvedimento definitivo di confisca*»[142];
- è compito dell'«*ufficio per la gestione dei beni*», che ogni Stato deve istituire o designare, «*provvedere all'efficiente gestione dei beni congelati e confiscati*»;

[136] Punto (7) del considerando Dir. UE 2024/1260.
[137] Punto (8) del considerando Dir. UE 2024/1260.
[138] Punto (41) del considerando Dir. UE 2024/1260.
[139] Punto (55) del considerando Dir. UE 2024/1260.
[140] Punto (56) del considerando Dir. UE 2024/1260.
[141] Art. 20, par. 1, Dir. UE 2024/1260.
[142] Art. 20, par. 3, Dir. UE 2024/1260.

ISSN 2036-7821

- gli Stati devono predisporre «*efficienti strumenti di gestione dei beni congelati e confiscati, come ad esempio un registro centrale o altri registri dei beni*», al fine di perseguire la «*gestione efficiente*» dei beni[143];
- evidentemente al fine di perseguire l'efficienza dell'azione pubblica, gli Stati sono tenuti ad elaborare, e ad aggiornare almeno ogni quinquennio, una specifica pianificazione - la «*strategia nazionale per il recupero dei beni*» - contenente: priorità della politica nazionale in materia, relativi obiettivi e misure per raggiungerli; ruolo e responsabilità delle autorità competenti, nonché modalità di coordinamento e cooperazione; risorse; formazione; specifiche misure da adottare per favorire l'utilizzo dei beni per scopi di interesse pubblico o sociali; attività di cooperazione con i paesi terzi; modalità di valutazione periodica dei risultati[144].

6.2.1. La salvaguardia del valore dei beni tra efficienza ed efficacia.

Tra le diverse possibili declinazioni dell'efficienza dell'azione pubblica assume con ogni evidenza un ruolo centrale la salvaguardia del valore dei beni, che è espressamente presa in considerazione della Direttiva.

In proposito si prescrive che «*ove ciò sia giustificato dalla natura dei beni*» debbano essere tempestivamente valutate, se possibile già durante il procedimento che prelude al sequestro e comunque al più presto dopo la sua adozione o esecuzione, «*le circostanze specifiche dei beni*», allo scopo di «*fornire alle autorità competenti le considerazioni pertinenti di cui tenere conto prima, durante o dopo l'adozione o l'esecuzione del provvedimento*» in vista dell'obiettivo di «*ridurre al minimo i relativi costi di gestione stimati e di preservare il valore di tali beni fino alla loro destinazione*»[145].

L'obiettivo di ridurre i costi di gestione e/o di preservare il valore dei beni può comportare anche la necessità o la opportunità, già in fase di sequestro, di una destinazione anticipata ovvero addirittura di una vendita.

In proposito la direttiva dispone espressamente che ciò possa avvenire laddove:

- si tratti di beni «*deteriorabili*» o che «*perdono rapidamente di valore*»;
- i costi di conservazione o manutenzione siano «*sproporzionati rispetto al loro valore di mercato*»;
- la loro gestione richieda «*condizioni particolari e competenze che non sono facilmente disponibili*»[146].

[143] Art. 27, rubrica e par. 1, Dir. UE 2024/1260.

[144] Art. 25, parr. 1 e 2, Dir. UE 2024/1260. Ai sensi del successivo par. 3, gli Stati sono tenuti a comunicare le pianificazioni adottate ed i relativi aggiornamenti entro tre mesi dalla loro adozione.

[145] Art. 20, par. 4, e punto (42) del considerando della Dir. UE 2024/1260, chiarendosi altresì che nella «*natura dei beni*» che può giustificarne la necessità della tempestiva valutazione delle circostanze specifiche in grad di influire sui costi di gestione e sulla salvaguardia del valore dei beni rientrano, tra l'altro, «*il loro valore o la necessità di condizioni di gestione specifiche*».

[146] Art. 21, par. 1, Dir. UE 2024/1260. Con riguardo alla vendita, cfr. altresì il punto (43) del considerando.

ISSN 2036-7821

Con riferimento all'ipotesi della vendita anticipata, è prescritto che il ricavato debba essere accantonato «*fino al momento in cui non viene emessa una decisione giudiziaria sulla confisca*»[147].

La delicatezza delle decisioni relative alla vendita, inoltre, comporta che il titolare del bene debba essere informato preventivamente e – salvo i casi di urgenza – debba essergli consentito di essere sentito. È prescritto, in ogni caso, che nella decisione si debba tenere conto dei suoi interessi, «*anche valutando se i beni da vendere siano facilmente sostituibili*». Al titolare medesimo, d'altro canto, è riconosciuta la facoltà di chiedere la vendita dei beni[148].

Con particolare riguardo all'ipotesi in cui la ragione di valutazione relativa alla vendita abbia a che fare con i costi relativi alla conservazione o manutenzione del bene, il contemperamento con gli interessi del titolare del bene medesimo deve essere operato tenendo conto, altresì, della possibilità, prevista dalla Direttiva in via generale, che i costi della gestione dei beni sequestrati «*siano, almeno in parte, posti a carico del titolare effettivo*»[149].

È opportuno sottolineare che la disciplina che precede assume particolare rilievo per le aziende, con riguardo alle quali non a caso la direttiva, nel prescrivere, come si è già segnalato in precedenza[150], che gli Stati debbano adottare misure adeguate a garantire una gestione efficiente «*delle entità* […] *che devono essere conservate in attività*», espressamente richiama, a titolo esemplificativo, «*le imprese*»[151].

---

[147] Art. 21, par. 3, Dir. UE 2024/1260.

[148] Art. 21, par. 2, Dir. UE 2024/1260. La disposizione, invero, piuttosto che al titolare del bene, fa riferimento all'«*interessato*». Al numero 10) dell'art. 3 della Direttiva l'«*interessato*» è definito: «*a) una persona fisica o giuridica nei confronti della quale è stato emesso un provvedimento di congelamento o confisca; b) una persona fisica o giuridica che possiede beni oggetto di un provvedimento di congelamento o di confisca; c) un soggetto terzo i cui diritti in relazione ai beni oggetto di un provvedimento di congelamento o di confisca siano pregiudicati direttamente da tale provvedimento; oppure d) una persona fisica o giuridica i cui beni sono oggetto di una vendita pre-confisca a norma dell'articolo 21 della presente direttiva*». Poiché la indicazione contenuta alla lettera d), ove interpretata estensivamente, dovrebbe essere ritenuta già compresa nelle indicazioni di cui alle lettere a) e b), sembra di potersi interpretare che le garanzie e la facoltà riconosciute dall'art. 21 riguardino solo il soggetto titolare, «*i cui beni*» sono oggetto di vendita anticipata, escludendo non solo quello «*i cui diritti in relazione al bene siano pregiudicati*», di cui alla lettera c), ma anche quello «*che possiede*» i beni medesimi, di cui alla lettera b). Al punto (43) del considerando della Direttiva, inoltre, si prevede che «*Conformemente al diritto nazionale, la decisione sulla vendita di un bene di natura specifica potrebbe essere soggetta all'approvazione preventiva di un'autorità competente nazionale.* […] *Gli Stati membri dovrebbero prevedere la possibilità di impugnare un provvedimento di vendita pre-confisca. Gli Stati membri dovrebbero prevedere la possibilità per l'organo giurisdizionale di sospendere l'esecuzione del provvedimento, ad esempio ove ciò sia necessario per salvaguardare i legittimi interessi dell'interessato, in particolare quando sussiste il rischio di danno irreparabile. Gli Stati membri possono anche prevedere la possibilità di attribuire all'impugnazione effetto sospensivo per legge*».

[149] Art. 20, par. 5, Dir. UE 2024/1260.

[150] *Retro* al par. 6.2., testo e nt. 140.

[151] Art. 20, par. 1, Dir. UE 2024/1260. Conformemente, al punto (41) del considerando la Direttiva evidenzia che «*Onde garantire che i beni che sono o che potrebbero essere sottoposti a un provvedimento di congelamento o di confisca mantengano il proprio valore economico, gli Stati membri dovrebbero predisporre misure di gestione efficaci. Tali misure comprendono la gestione efficiente delle entità, come le imprese, di cui dovrebbe essere preservata la continuità aziendale*»

ISSN 2036-7821

6.3. L'ufficio per la gestione dei beni.

Un ruolo centrale nel sistema, secondo la direttiva, spetta ad «*almeno un'autorità competente che funga da ufficio per la gestione dei beni incaricato di gestire i beni congelati e confiscati fino alla loro destinazione*», e che gli Stati devono istituire o designare[152].

Tra gli altri compiti spettanti a tale soggetto rientra quello di «*provvedere all'efficiente gestione dei beni congelati e confiscati, o gestendoli direttamente o fornendo sostegno e competenze alle altre autorità competenti responsabili della loro gestione e della pianificazione a norma dell'articolo 20, paragrafo 4*»[153].

Gli uffici in parola devono avere caratteristiche di specializzazione[154] e disporre di «*di personale adeguatamente qualificato e delle appropriate risorse finanziarie, tecniche e tecnologiche necessarie per l'efficace svolgimento delle loro funzioni*»[155].

Più in particolare, essi, mediante «*efficienti strumenti di gestione dei beni congelati e confiscati, come ad esempio un registro centrale o altri registri dei beni sottoposti a congelamento e a confisca*», devono essere «*in grado di ottenere rapidamente informazioni sui beni congelati e confiscati da gestire*», e segnatamente, tra le altre, «*i dettagli che ne consentono l'identificazione*» ed il «*valore stimato o effettivo, se del caso, dei beni al momento del congelamento, della confisca e della destinazione*»[156].

7. Prospettive di modifica della disciplina italiana sulla gestione e destinazione dei beni in attuazione della Direttiva UE 2024/1260.

La necessità di attuare la Direttiva – come anticipato in premessa – entro il 23 novembre 2026, costituisce al contempo un'opportunità per effettuare una revisione complessiva, non solo al fine di adempiere all'obbligo di conformare la disciplina nazionale nelle parti che risultano in contrasto con le nuove disposizioni europee, ma anche per intervenire su quelle parti della disciplina che, pur se non in conflitto con il quadro normativo dell'UE, presentano criticità sotto il profilo della organicità e della sistematicità, caratteri che, invece, per un verso, appaiono necessari più che mai, nonché, per altro verso, dovrebbero naturalmente appartenere alla disciplina contenuta in testo normativo codicistico.

7.1. A proposito della tutela delle vittime dei reati.

Alcune disposizioni del Codice Antimafia che, come si è visto[157], prevedono specifiche destinazioni per i beni definitivamente confiscati appaiono conformi al dettato normativo europeo.

---

[152] Art. 22, par. 1, Dir. UE 2024/1260.
[153] Art. 22, par. 2, lett. a), Dir. UE 2024/1260.
[154] Punto (44) del considerando della Dir. UE 2024/1260.
[155] Art. 26 Dir. UE 2024/1260.
[156] Art. 27, parr. 1 e 2, Dir. UE 2024/1260. Cfr. anche il punto (55) del considerando.
[157] Cfr. *retro*, i parr. da 3.4.1. a 3.4.6.

ISSN 2036-7821

In particolare, i diritti delle vittime in materia di risarcimento e restituzione dei beni, di cui la Direttiva ritiene essenziale la tutela[158], sono specificamente presi in considerazione delle norme che prevedono:

- che le somme di denaro, sia quelle confiscate che quelle ricavate dalla vendita dei beni mobili, possano essere versate al FUG solo ove non debbano essere utilizzate (tra l'altro) per il risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso[159];
- che i proventi derivanti dalla vendita di beni mobili di terzi rivenuti in immobili confiscati, nonché quelli derivanti dall'affitto, dalla vendita o dalla liquidazione dei beni aziendali, finiscano con l'essere riassegnati (tra l'altro) al fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive nonché al fondo di rotazione per la solidarietà alle vittime dei reati di tipo mafioso[160];
- che, quanto alla destinazione dei beni immobili, gli stessi possano seguire altre destinazioni «*salvo che di debba procedere alla vendita degli stessi finalizzata al risarcimento delle vittime dei reati di tipo mafioso*»[161];

Tali previsioni non appaiono sufficienti a soddisfare quanto richiesto dalle disposizioni delle Direttiva che impongono di adottare misure adeguate affinché, in via generale (e non soltanto con riguardo ai reati di tipo mafioso), i diritti di risarcimento delle vittime siano presi in considerazione e non siano pregiudicati a causa della confisca dei beni del soggetto autore del reato[162].

Ancor meno le anzidette previsioni appaiono adeguate a soddisfare l'obbligo, sancito in maniera stringente dalla Direttiva, di adottare le misure necessarie per restituire alle vittime i beni che sono o potrebbero diventare oggetto di una misura di confisca[163].

Sembra dunque necessario che il legislatore, in occasione dell'attuazione della Direttiva, ponga mano ad una revisione finalizzata a garantire, mediante una disciplina organica, l'adempimento degli obblighi europei in materia di tutela delle vittime di reati con riguardo alle confische di beni a danno dei responsabili dei reati medesimi.

7.2. A proposito delle misure rivolte a garantire l'efficacia e l'efficienza dell'azione pubblica.

L'efficienza complessiva del vigente sistema italiano di gestione e destinazione dei beni, e talora addirittura la sua efficacia, costituiscono una ben nota criticità. Sulla

[158] Cfr. *retro*, al par. 6.1., testo e ntt. 122-125.
[159] Art. 48, co. 1, lett. a) e b), D.lgs. n. 159/2011 cit.
[160] Art. 48, co. 7-*bis*, 8 e 9, D.lgs. n. 159/2011.
[161] Art. 40, co. 3, lett. a), D.lgs. n. 159/2011 cit.
[162] Art. 18, par. 5, Dir. 2024/1260 cit.
[163] Art. 18, par. 4, Dir. 2024/1260 cit.

ISSN 2036-7821

base dei dati più recenti diffusi dall'ANBSC, il 51% dei beni ad essa affidata in gestione incontra diverse criticità che ne ostacolano la destinazione. In particolare, tra le diverse ragioni di tale situazione, il 18,4% di essi non sono stati richiesti pur all'esito delle relative conferenze di servizi svolte con gli Enti territoriali di riferimento[164].

Altro profilo sotto il quale verificare l'efficacia e l'efficienza dell'azione pubblica è costituito dall'effettivo utilizzo dei beni destinati, riguardo al quale si deve segnalare la lacunosità di dati istituzionali[165], a fronte della quale è largamente diffusa la constatazione che spesso i beni finiscono con l'essere male utilizzati quando non del tutto inutilizzati.

Sembra che non si possa non riconoscere una obiettiva criticità del sistema normativamente previsto e/o della sua concreta attuazione, che, a fronte della notevole disponibilità di beni sequestrati e confiscati, finisce con il risultare inefficiente, se non addirittura inefficace, rispetto allo scopo di perseguire, mediante la loro destinazione, il contrasto anche sul piano culturale del fenomeno criminale.

Le disposizioni e le considerazioni in materia di efficacia ed efficienza dell'azione pubblica, dunque, paiono dover essere attentamente valutate dal legislatore all'atto di por mano alla revisione della disciplina in attuazione della Direttiva.

7.2.1. In particolare, con riguardo all'uso per finalità sociali o istituzionali.

Come s'è visto[166], la Direttiva incoraggia gli Stati a prevedere le misure necessarie per consentire l'utilizzo dei beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociale[167]. Dall'apparato argomentativo si ricava, inoltre, che tale disposizione è fondata sulla considerazione che tali tipologie di destinazione svolgano un'importate funzione di tipo, per così dire, general-preventivo, nei confronti del fenomeno criminale, tra l'altro, anche e particolarmente mediante la riaffermazione del «*prevalere dello Stato di diritto nelle comunità più direttamente colpite dalla criminalità organizzata*» ed il rafforzamento della «*resilienza di tali comunità contro l'infiltrazione criminale nel loro tessuto sociale ed economico*», e che conseguentemente gli Stati sono «*incoraggiati ad adottare le misure necessarie*» anche per «*trasferire tali beni confiscati alle autorità del comune o della regione in cui si trovano in modo che tali autorità possano utilizzarli per*

---

[164] Cfr. ANBSC, *Relazione sull'attività svolta - Anno 2023*, pp. 33 s. (disponibile all'indirizzo https://www.benisequestraticonfiscati.it/wp-content/uploads/2024/08/ANBSC-Relazione-2023.pdf). In valori assoluti si tratta di 8.663 beni immobili non pervenuti a destinazione e 3.086 non 'optati' a seguito delle conferenze di servizi (sui 16.768 complessivi in confisca definitiva).

[165] Ne rileva la sostanziale assenza, tra gli altri, il *report* di CSV Asso.Vo.Ce. ETS (Associazione per il volontariato casertano ETS Centro di Servizio per il Volontariato della Provincia di Caserta), *Beni confiscati, beni liberati, beni comuni* (cfr. p. 13), disponibile all'indirizzo https://csvassovoce.it/wp-content/uploads/2023/10/beni-confiscati_beni-liberati_beni-comuni_REPORT.pdf.

[166] Al par. 6.1., testo e ntt. 126-128.

[167] Art. 19, par. 1, Dir. 2024/1260, cit.

ISSN 2036-7821

siffatte finalità, compresa la loro assegnazione a organizzazioni che svolgono attività di interesse sociale». Deve segnalarsi che nella Direttiva è esplicito il riconoscimento che tale ordine di considerazioni si fonda sull'esperienza degli «*Stati membri che hanno già adottato tali misure di riutilizzo sociale*»[168], riferendosi – è opportuno sottolinearlo – principalmente alla disciplina ed alla esperienza italiana[169].

Infatti, si è, del pari, visto in precedenza[170] che il Codice Antimafia contempla espressamente, tra le altre, la possibilità di trasferire i beni immobili, «*in via prioritaria, al patrimonio indisponibile del comune ove l'immobile è sito, ovvero* […] *della provincia, della città metropolitana o della regione*» per «*finalità istituzionali e sociali*» (oltre che economiche ma «*con vincolo di reimpiego dei proventi per finalità sociali*»), nonché la possibilità per tali Enti territoriali, oltre che di amministrare direttamente il bene di assegnarlo in concessione a soggetti che svolgono attività di interesse sociale[171].

Sebbene nel dettato legislativo non esista una esplicita indicazione di priorità in favore del trasferimento alle Autonomie territoriali piuttosto del loro mantenimento al patrimonio dello Stato, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che, sebbene non si possa trarre «*alcun criterio preferenziale circa il mantenimento allo Stato, ovvero il trasferimento alla Regione o agli enti locali, dei beni confiscati*», giacché si tratta di un «*profilo applicativo, impregiudicato sul piano normativo, sul quale dovrà cadere, caso per caso, l'apprezzamento dell'Agenzia nazionale*», tuttavia «*la restituzione alle collettività territoriali – le quali sopportano il costo più alto dell'"emergenza mafiosa" – delle risorse economiche acquisite illecitamente dalle organizzazioni criminali*», rappresentando uno «*strumento fondamentale per contrastarne l'attività, mirando ad indebolire il radicamento sociale di tali organizzazioni ed a favorire un più ampio e diffuso consenso dell'opinione pubblica all'intervento repressivo dello Stato per il ripristino della legalità*», costituisce il «*principio ispiratore sulla destinazione dei beni confiscati*» dal quale l'apprezzamento discrezionale dell'ANBSC «*non potrà prescindere*»[172].

L'attenzione del legislatore italiano per la destinazione ad uso istituzionale o sociale è testimoniata, altresì, dalle previsioni che:

- gli Enti territoriali possono utilizzare per finalità di lucro (con vincolo di reimpiego dei relativi proventi esclusivamente per finalità sociali o per la manutenzione straordinaria dei beni utilizzati per le medesime finalità) solo i beni «*non assegnati a seguito di procedure di evidenza pubblica*»[173];

---

[168] Così al punto (38) del considerando della Dir. 2024/1260 cit.

[169] Anche se non esclusivamente, giacché risultano esperienze di riuso sociale anche in Belgio, Bulgaria, Spagna Romania, Francia e Paesi Bassi.

[170] *Retro*, parr. 2.3. (testo e ntt. 32-35) e 3.4.3. (testo e ntt. 84-86).

[171] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011.

[172] Così Corte cost., 19 ottobre 2012, n. 234/2012, richiamando la propria precedente decisione 23 febbraio 2012, n. 34, con la quale aveva ritenuto la disciplina rientrante nella materia «*ordine pubblico e sicurezza*», di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. h), Cost.

[173] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

- i beni immobili possono essere destinati alla vendita solo laddove «*non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per le finalità di pubblico interesse*»[174].

Tuttavia, la notevole difficoltà nel pervenire ad una destinazione dei beni immobili palesatasi nella prassi[175] pone all'attenzione il rischio che la destinazione per finalità istituzionali o sociali mediante il trasferimento alle Autonomie territoriali, da principio ispiratore della disciplina, finisca, di fatto, col diventare secondaria, o addirittura marginale. Sembra dunque essenziale adottare misure che garantiscano (quanto meno) la effettiva possibilità di pervenire ad una destinazione conforme al principio ispiratore in parola, al fine di garantire non solo l'efficienza dell'azione pubblica ma anche la sua stessa efficacia.

Più in particolare, sembra indispensabile apprestare un sistema che agevoli nel miglior modo possibile l'incontro tra l'offerta di beni e la domanda di Istituzioni, Enti ed altri soggetti potenzialmente interessati al fine di un loro impiego per scopi di carattere istituzionale o sociale, cosicché si possa ritenere ragionevolmente verificata la eventuale impossibilità di destinazione per finalità di pubblico interesse che ne consente la destinazione alla vendita.

In questa prospettiva si può ritenere che sarebbe importante uno strumento – quale, ad esempio, una piattaforma digitale – che raccolga e metta a disposizione dei soggetti interessati, quanto prima possibile, anche sin dalla fase di sequestro, tutte le informazioni, di carattere quantitativo e qualitativo[176], relative ai beni, utili a valutarne la utilizzabilità, consentendone la consultazione più agevole possibile[177].

Non paiono sufficienti a tal fine le attuali disposizioni del Codice Antimafia ai sensi delle quali gli Enti territoriali devono provvedere «*a formare un apposito elenco dei beni confiscati ad essi trasferiti*», da aggiornarsi con cadenza mensile e reso pubblico sul sito *internet* istituzionale dell'Ente, che contenga «*i dati concernenti la consistenza, la destinazione*»[178].

In proposito si possono richiamare le disposizioni della Direttiva ai sensi delle quali gli Stati:

- devono predisporre, tra gli altri «*efficienti strumenti di gestione dei beni*», un

[174] Art. 48, co. 5, D.lg. n. 159/2011 cit.

[175] Già segnalata *retro*, testo e nt. 165.

[176] A titolo esemplificativo si possono indicare: la georeferenziazione del bene (in luogo della mera indicazione dei dati catastali o del Comune e dell'indirizzo) in cui è ubicato; le caratteristiche edilizie, tecnologiche, etc. che possano contribuire a qualificare lo stato del bene, ivi comprese la condizione di legittimità o meno, sul piano urbanistico e edilizio, nonché le specifiche condizioni strutturali e tecniche.

[177] Si pensi alla possibilità di estrarre le informazioni relative ai beni censiti con modalità che rendano tali dati direttamente utilizzabili ai fini di ulteriori elaborazioni, quali ad esempio l'interrogazione di ulteriori banche dati o l'integrazione all'interno di altri sistemi informativi territoriali, ovvero alla possibilità, mediante una catalogazione strutturata, di interrogare la banca dati per ricercare un bene che possegga determinate caratteristiche funzionali, qualitative e quantitative.

[178] Art. 48, co. 3, lett. c), D.lgs. n. 159/2011 cit.

ISSN 2036-7821

«*registro centrale o altri registri dei beni*»[179], affinché «*gli uffici per la gestione dei beni* […] *nonché le altre autorità competenti che svolgono i compiti di cui alla presente direttiva, siano in grado di ottenere rapidamente le informazioni necessarie per la gestione efficiente dei beni*»[180];

- sono tenuti a pianificare (ed aggiornare almeno ogni cinque anni) una «*strategia nazionale*» all'interno della quale prevedere, tra l'altro, le misure da adottare «*sull'utilizzo dei beni confiscati per scopi di interesse pubblico o sociali*»[181].

7.2.2. In particolare, riguardo alle possibili destinazione anticipata e vendita dei beni sequestrati o confiscati non definitivamente.

S'è visto[182] che, qualora i beni mobili sequestrati non possano essere amministrati senza pericolo di deterioramento o di rilevanti diseconomie, è possibile che siano destinati alla vendita[183]. Inoltre, ove si tratti di beni privi di valore, improduttivi, oggettivamente inutilizzabili e non alienabili, può esserne disposta la distruzione o demolizione[184]. È prevista la restituzione agli aventi diritto dei proventi, oltre agli interessi maturati, della vendita dei beni di cui non si pervenga alla confisca; non è tuttavia espressamente previsto un accantonamento, nell'ambito del FUG cui affluiscono, dei proventi medesimi, come, invece, è richiesto dalla Direttiva[185].

In proposito, si deve evidenziare che nulla è disposto nel Codice Antimafia a proposito dei diritti degli interessati nel caso di beni sequestrati distrutti o demoliti e che non pervengano ad essere confiscati. Sebbene tale aspetto non sia contemplato neanche dalla disciplina europea, sembra opportuno che il legislatore colga l'occasione di una revisione in attuazione della Direttiva per disciplinare anche il profilo in parola, quantomeno con riferimento ai beni che siano stati distrutti non in quanto privi di valore, ma in quanto improduttivi, oggettivamente inutilizzabili e non alienabili.

Con riguardo ai beni immobili, invece, il Codice non prevede la possibilità di vendita in fase di sequestro, ma solo di destinazione anticipata[186]. Considerato che la Direttiva non limita ai soli beni mobili la possibilità di vendita in parola, sembra opportuno che il legislatore ne valuti l'estensione (ivi comprese le garanzie relative alla restituzione dei proventi agli aventi diritto in caso di successiva mancata confisca), quantomeno con riguardo alle circostanze della sproporzione dei costi di conservazione o manutenzione rispetto al valore di mercato nonché delle condizioni

[179] Art. 27, rubrica e par. 1, Dir. UE 2024/1260 cit.
[180] Punto (55) del considerando della Dir. UE 2024/1260 cit.
[181] Art. 25, par. 2, lett. e), Dir. UE 2024/1260 cit.
[182] Cfr. *retro*, al par. 3.1.1., testo e nt. 41.
[183] Artt. 40, co. 5-*ter* e 5-*quinquies*, D.lgs. n. 159/2011.
[184] Artt. 40, co. 5-ter, D.lgs. n. 159/2011 cit.
[185] Cfr. *retro*, par. 6.2.1., testo e nt. 148
[186] Cfr. *retro*, il par. 3.1.2.

ISSN 2036-7821

particolari e delle competenze non facilmente disponibili per la loro gestione, le quali, sebbene con riferimento a beni immobili possano apparire peregrine, non sembra possano, tuttavia, essere ritenute assolutamente impossibili a verificarsi.
Per quanto concerne le aziende, la disciplina nazionale, come già visto[187], non contempla espressamente la possibilità di vendita anticipata. Anche al riguardo potrebbe essere opportuno che il legislatore cogliesse l'occasione per ripensare alla possibilità di prevedere e disciplinare convenientemente l'eventualità della vendita, al ricorrere di particolari condizioni conformi al dettato normativo europeo in presenza delle quali possa costituire la migliore soluzione per la salvaguardia del valore del bene, a vantaggio tanto della collettività (nel caso di successiva confisca definitiva) quanto degli eventuali aventi diritto alla restituzione (in caso di mancata confisca definitiva).

7.3. Possibili modifiche rivolte a risolvere oscurità e difetti di organicità e sistematicità del testo normativo.

All'atto di por mano ad una revisione della disciplina vigente in funzione dell'attuazione della Direttiva europea sembra opportuno che il legislatore valuti altresì l'opportunità di alcuni interventi che, pur non essendo necessitati dall'adempimento degli obblighi europei, siano mirati a migliorare il testo normativo sotto il profilo della organicità o a dissolverne oscurità.
In proposito sembra possibile offrire qualche spunto.
Un miglioramento del testo normativo potrebbe riguardare l'individuazione dei soggetti indicati come possibili concessionari di beni. L'elencazione contenuta all'art. 48 co. 3, lett. c), relativa ai concessionari di beni immobili confiscati, ma alla quale si richiamano numerose altre disposizioni del Codice, infatti, appare, innanzitutto, incerta nel suo carattere tassativo ovvero esemplificativo. Inoltre, alcune delle espressioni utilizzate dal legislatore destano qualche perplessità per la relativa vaghezza (che contribuisce a rendere incerta l'esatta individuazione del novero dei possibili concessionari)[188], viepiù a fronte del carattere più puntuale delle altre indicazioni[189]. Si noti, altresì, che, almeno all'art. 48, co. 8-*ter*, a proposito dei possibili destinatari, per finalità istituzionali, delle Aziende, il rinvio ai soggetti individuati

[187] Cfr. *retro*, al par. 3.1.3.

[188] Ad esempio, le «*comunità, anche giovanili*» o gli «*enti*» ma, sotto altro profilo, anche le «*associazioni maggiormente rappresentative degli enti locali*» e le «*altre tipologie di cooperative purché a mutualità prevalente, fermo restando il requisito della mancanza dello scopo di lucro*».

[189] Ad esempio, le «*organizzazioni di volontariato di cui alla legge 11 agosto 1991, n. 266*», le «*cooperative sociali di cui alla legge 8 novembre 1991, n. 381*», le «*comunità terapeutiche e centri di recupero e cura di tossicodipendenti di cui al testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309*», le «*associazioni di protezione ambientale riconosciute ai sensi dell'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349*», alcune delle quali, peraltro, scontano l'evoluzione del dato normativo di riferimento.

ISSN 2036-7821

alla lett. c) del comma 3 è parziale, essendo limitato unicamente «*agli enti o alle associazioni*»[190].

Nel complesso, la disciplina sembra necessitare di una revisione organica, oltre che di un aggiornamento alla luce della evoluzione normativa sopravvenuta, che ha interessato anche alcune delle disposizioni normative ivi espressamente richiamate.

Una revisione organica potrebbe essere auspicabile anche a proposito della disciplina della destinazione delle somme di danaro[191] e dei proventi di diversa derivazione (vendita dei beni mobili sequestrati[192]; utilizzo dei beni immobili mantenuti nel patrimonio dello Stato ed utilizzati dall'Agenzia per finalità economiche[193]; vendita dei beni mobili di terzi rinvenuti in beni immobili confiscati e non ritirati dal proprietario[194], nonché affitto, vendita o liquidazione dei beni aziendali mantenuti al patrimonio dello Stato[195]), che, come si è illustrato in precedenza, è diversificata, e con riguardo alla quale viene da domandarsi se si basi su una consapevole strategia ovvero derivi da diversi interventi adottati, nel tempo, sulla base di logiche parcellizzate.

Infine, un intervento normativo rivolto a chiarire meglio la disciplina potrebbe valutarsi a proposito dell'utilizzo, nel Codice Antimafia, dell'espressione «*beni aziendali*», di per sé non univoca, e che in alcune disposizioni è utilizzata, con ragionevole evidenza, talora con riferimento alle Aziende nel loro complesso[196], talaltra, invece, con riferimento ai beni del patrimonio aziendale[197], ma in altre disposizioni risulta di più difficile interpretazione[198].

---

[190] A differenza dei rinvii di cui ai commi 3-*ter* e 5-*bis* dell'art. 40, nonché all'art. 41, co. 2-*ter*. Cfr. anche l'art. 112, co. 5, lett. b).

[191] Art. 48, co. 1 e 1-*bis*, D.lgs. n. 159/2011 cit.

[192] Che non possono essere amministrati senza pericolo di deterioramento o di rilevanti diseconomie. Cfr. art. 40, co. 5-*ter* e 5-*quater*, D.lgs. n. 159/2011 cit.

[193] Art. 48, co. 3, lett. b), e co. 4, D.lgs. n. 159/2011 cit.

[194] Art. 48, co. 7-*bis*, D.lgs. n. 159/2011.

[195] Art. 48, co. 8 e 9, D.lgs. n. 159/2011.

[196] Così agli artt. 34, co. 4, 47, co. 1, 48, co. 2, 8 e 11, e 112, co. 4, lett. d), D.lgs. n. 159/2011.

[197] Agli artt. 41, co. 1-*quater* e 6-*bis*, 48, co. 15-*ter*, 117, co. 7, D.lgs. n. 159/2011.

[198] All'art. 48, co. 8-*bis*, D.lgs. n. 159/2011 si dispone in merito ai «*beni aziendali di cui al comma 8*» espressamente considerando tra di essi gli «*immobili facenti capo a società immobiliari*», e così sembrando riferirsi ai beni del patrimonio aziendale; tuttavia, al comma 8 i «*beni aziendali*» di cui si dispone che siano «*mantenuti al patrimonio dello Stato*» appaiono essere piuttosto le Aziende. Incerta appare altresì l'interpretazione del riferimento di cui al successivo art. 63, ove si prevede che «*il pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti, chiede al tribunale competente che venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca*».

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Navigating global trade: the role of rail freight in the Belt and Road Initiative

di Michele Karaboue

(Ricercatore presso l'Università degli Studi di Foggia e Dottore di Ricerca in Diritto Comparato e Processi di Integrazione presso la Seconda Università degli Studi di Napoli)

Sommario

1. Introduction. – 2. International rail freight transport within the framework of the Belt and Road Initiative. – 3. The CIM system and the SMGS system. Two modes of operation in comparison. – 4. Conclusive remarks

Abstract

Officially launched in 2013 by Chinese President Xi Jinping, the Belt and Road Initiative (BRI), also known as the New Silk Road, stands as one of the most ambitious geopolitical and economic undertakings of the contemporary era. It aims to establish an extensive network of infrastructural, economic, and cultural linkages between China and a significant number of countries, spanning two grand axes: a terrestrial "Economic Belt" stretching across Eurasia, and a "Maritime Road" connecting China to Southeast Asia, the Middle East, Africa, and Europe. Through this initiative, China seeks not only to foster global economic growth but also to strengthen its position as a central power in an increasingly interconnected international system.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

Officially launched in 2013 by Chinese President Xi Jinping, the Belt and Road Initiative (BRI), also known as the New Silk Road, stands as one of the most ambitious geopolitical and economic undertakings of the contemporary era. It aims to establish an extensive network of infrastructural, economic, and cultural linkages between China and a significant number of countries, spanning two grand axes: a terrestrial "Economic Belt" stretching across Eurasia, and a "Maritime Road" connecting China to Southeast Asia, the Middle East, Africa, and Europe[1].

Through this initiative, China seeks not only to foster global economic growth but also to strengthen its position as a central power in an increasingly interconnected international system[2].

The publication of the Vision and Actions on Jointly Building Belt and Road document in March 2015 provided a clear framework for understanding the scope and objectives of the BRI[3]. This text outlines not only the geographical breadth[4] of the initiative but also its guiding principles. Among these, the enhancement of infrastructural connectivity between China and the participating countries stands out, with particular emphasis on the development of efficient transport networks. Specifically, the document identifies key land routes, such as the construction of a new Eurasian land bridge and the development of economic corridors that traverse strategic regions: China-Mongolia-Russia, China-Central Asia-West Asia, and China-Indochina Peninsula. These corridors constitute the backbone of the terrestrial component of the BRI, facilitating the flow of goods and people along these vital routes[5].

Among the most significant infrastructures within the BRI project is the railway network, which serves as the principal means of connection for the terrestrial routes of the Belt and Road. Two economic corridors in particular, the First Eurasian Land Bridge and the New Eurasian Land Bridge, cross through the Russian Federation and

---

[1] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, in M. KARABOUE (ed.), *Diritto, economia e innovazione: tra lavoro, mercato e energia*, Youcanprint, 2024, 40.

[2] K. UPRETY, *'OBOR' an Internationalized Initiative for Integrated Development*, GLOB. TRADE CUST. J., vol. 14, n. 5, 2019, 203.

[3] National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Commerce of the People's Republic of China, with the authorisation of the State Council, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road*, 2015. Available at http://2017.beltandroadforum.org/english/n100/2017/0410/c22-45.html. Last visited October 9, 2024.

[4] It is emphasised that the geographical expansion of the BRI was gradual: in fact, starting from an original core of reference that was the Eurasian region, it later turned to Africa, Latin America, the South Pacific and the Arctic. A. EKMAN, F. NICOLA, C. PAJON, J. SEAMAN, I. SAINT-MEZARD, S. BOISSEAU DU ROCHER, T. KASTOUEVA-JEAN, *La France Face aux Nouvelles Routes de la Soie Chinoises*, Ifri Center for Asian Studies, Études de l'Ifri, 2018, 5.

[5] National Development and Reform Commission, Ministry of Foreign Affairs, Ministry of Commerce of the People's Republic of China, with the authorisation of the State Council, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road*, *cit.*

ISSN 2036-7821

various former Soviet republics, serving as a "middle ground" between Europe and China. These corridors are largely reliant on railway connections, which have experienced substantial growth in traffic and investments since the BRI's inception[6].

It is worth noting that, although many railway projects linked to the BRI were initiated after 2013, efforts to improve infrastructural connections across the Eurasian region had already been underway for decades. For instance, the construction of the railway linking China's Xinjiang region to Central Asia began in 1984 and was completed in 1990, well before the official birth of the BRI. This project, later incorporated into the initiative, was renamed the *New Eurasian Land Bridge*, expanding to encompass a vast area stretching from China's Jiangsu province to the Netherlands[7].

The rise of railway transportation as a key pillar of the BRI is particularly noteworthy, as it reflects China's commitment to promoting alternative and faster modes of transport compared to traditional maritime navigation[8]. Rail transport offers an intermediate option between the speed of air transport and the cost-effectiveness of sea freight, positioning itself as an efficient solution for transcontinental trade. However, despite the undeniable potential of railway transport within the BRI, it faces a series of challenges and critical issues. These pertain, on the one hand, to regulatory fragmentation between the countries involved, and on the other, to technical matters related to the interoperability of the various national railway networks[9].

In the following sections, the analysis will focus on the distinctive characteristics of international freight transport by rail within the context of the BRI, examining the main challenges that influence its development and efficiency. Particular attention will be devoted to a comparison between the CIM (Convention concerning International Carriage of Goods by Rail) system and the SMGS (Agreement on International Goods Transport by Rail) system, two regulatory frameworks that play a central role in managing the flow of goods along the Belt and Road's railway routes.

---

[6] P. J. RIMMER, *China's Global Vision and Actions: Reactions to Belt, Road and Beyond*, Cheltenham, 2020, 42-44.

[7] This demonstrates that the BRI was not an entirely new creation, but rather a framework that absorbed and amplified pre-existing projects, imbuing them with renewed vigor and greater international visibility. See on this point M. SCHMIDT, *Reconfigurations in Central Asia: Challenges, Opportunities and Risks of China's Belt and Road Initiative*, in H. PECHLANER, G. ERSCHBAMER, H. THEES, M. GRUBER (ed.), *China and the New Silk Road Challenges and Impacts on the Regional and Local Level*, Switzerland, 2020, 79.

[8] In particular, in 2011-2013, the first regular connections between China and Europe were opened on the Chengdu-Łódź, Chongqing-Duisburg and Zhengzhou-Hamburg routes, through which mainly food and livestock are transported eastbound and relatively high-value goods (electronic devices, electrical machines, pharmaceuticals and chemicals) westbound. J. JAKÓBOWSKI, K. POPŁAWSKI, M. KACZMARSKI, *The Silk Railroad. The EU-China rail connections: background, actors, interests*, Osw Studies, n. 72, 1.

[9] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 41.

ISSN 2036-7821

2. International rail freight transport within the framework of the Belt and Road Initiative.

In general terms, it should be noted that the transit times for rail transport carried out via block trains—trains that move from a single point of origin to a single destination—are shorter when compared to maritime transport, but not when compared to air freight[10]. Moreover, it is important to consider that the volumes transported by sea are not comparable to those transported by rail. Specifically, the capacity of a train with 41 wagons amounts to approximately 80 TEU (Twenty-foot Equivalent Units), while a container ship can carry around 21,000 TEU. In light of these considerations, it is noteworthy that over 80% of global merchandise trade by volume is conducted via maritime routes. This statistic highlights the dominant role of sea freight in the logistics and supply chain networks that underpin international trade. While rail transport offers a viable alternative for certain routes, particularly in regions where land connectivity is prioritized, it cannot fully substitute the extensive capacity and established infrastructure of maritime transport[11].

For these reasons, despite the considerable efforts undertaken by the Chinese government to bolster rail transport infrastructure and services, it is crucial to understand that rail transport cannot be regarded as a replacement for other modes of transportation; rather, it should be perceived as a complementary component within the broader logistics framework. While the enhancements in rail connectivity promise to facilitate trade and improve transit times, the intrinsic limitations in capacity and the existing dominance of maritime transport for bulk goods render rail freight an adjunct rather than a substitute[12].

---

[10] For example, in the aforementioned case of the connection between Chongqing and Duisburg, transport by rail takes around 14 days, transport by air around 12 hours and transport by sea around 35 to 40 days. These differences depend on various factors: by way of example, stopovers in intermediate ports and climatic factors are likely to increase the shipping time considerably. J. JAKÓBOWSKI, K. POPŁAWSKI, M. KACZMARSKI, *The Silk Railroad. The EU-China rail connections: background, actors, interests*, cit., 113.

[11] The predominance of maritime freight can be attributed to several factors, including economic efficiency for bulk goods, the ability to handle larger shipments, and the established global network of shipping lanes and ports that facilitate the movement of goods across continents. As such, while rail transport presents distinct advantages in terms of speed and reliability for specific cargo, it must be viewed as a complementary mode rather than a replacement for the entrenched maritime transport system. This symbiotic relationship between rail and maritime transport is particularly salient within the context of the Belt and Road Initiative, which seeks to enhance connectivity and foster trade across multiple modalities. For an in-depth analysis on these aspects see https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/transport_e/transport_maritime_e.htm. Last visited October 9, 2024.

[12] M. MAMONE, *Il Treno sulla Via di Marco Polo*, *cit.*, 110-112. Moreover, the integration of rail transport into the larger transportation ecosystem enhances overall efficiency, allowing for a more nuanced and flexible approach to logistics. Railways can effectively address specific segments of the market, particularly for goods that require expedited shipping over shorter distances, or for routes that are less accessible by sea. However, the vast scale of maritime shipping, coupled with its ability to handle large volumes at competitive costs, ensures that it will remain the predominant choice for the majority of international trade. In the context of the Belt and Road Initiative, this complementary relationship becomes even more pronounced, as the initiative strives to interconnect diverse transport modalities. The synergy created between rail and maritime transport not only

ISSN 2036-7821

From a legal standpoint, it is imperative to acknowledge that China and its trading partners operate under a variety of distinct regulatory regimes governing international rail freight transport[13]. Among these frameworks is the *Agreement on International Railway Freight Transportation* (SMGS), to which the People's Republic of China is a signatory[14] – an agreement classified as an interdepartmental agreement[15]. The SMGS provides a structured approach to the transportation of goods across national borders via rail, facilitating cooperation and standardization among member states[16].

In addition to the SMGS, there exists Appendix B of the COTIF Convention, known as the Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail (CIM). This set of rules offers a comprehensive legal framework designed to regulate the contractual relationships involved in the international transport of goods

---

optimizes the flow of goods across regions but also enhances the resilience of supply chains, adapting to varying demands and challenges in an increasingly interconnected global marketplace. Thus, while rail transport stands to gain prominence through strategic investments and innovations, its role should be viewed as an integral part of a multifaceted transportation landscape, one that seeks to harmonize the strengths of each modality to foster greater economic connectivity and collaboration.

[13] Historically, the existence of two legal regimes for the carriage of goods by rail in Eurasia was not always a given: on 14 October 1890, nine countries (Austria-Hungary, Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands, Russia and Switzerland) signed the International Convention Concerning the Carriage of Goods by Rail (also known as the Berne Convention), which came into force on 1 January 1893. This convention united rail traffic from the Atlantic to the Pacific under the auspices of a single legal regime; however, after the end of World War I, Russia was excluded from the list of member states. As a consequence, the USSR started to maintain bilateral relations with its socialist neighbours (Albania, Bulgaria, Czechoslovakia, the German Democratic Republic, Hungary, Poland, Romania), which led to the conclusion of the Agreement on Carriage of Goods by Railways in International Direct Connection (MGS) on 6 December 1950, called the Agreement on International Railway Freight Transportation (SMGS) as of 1 January 1954. With reference, on the other hand, to the Berne Convention, a revision came into force in 1985 that changed its title to Uniform Rules Concerning the Contract of International Carriage of Goods by Rail and turned it into Annex B of the broader Convention concerning International Carriage by Rail (COTIF). The latter brings together the regulations on contracts for the international carriage of passengers (outlined in Annex A, CIV) and goods (outlined in Annex B, CIM). Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, FRONTIERS L. CHINA, vol. 13, n. 1, 2018, 117-119.

[14] The following countries have joined the SMGS: Afghanistan, Albania, Azerbaijan, Belarus, Bulgaria, China, North Korea, South Korea, Estonia, Georgia, Hungary, Iran, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Latvia, Lithuania, Mongolia, Poland, Moldova, Russia, Slovakia, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine, Uzbekistan, Vietnam. For a graphic representation of the Member States, see the map available at https://www.cit-rail.org/media/files/documentation/freight/scopes/scope_of_application_of_cim-smgs_2019-05-01.pdf?cid=204902. Last visited October 9, 2024.

[15] An interdepartmental agreement in this case refers to an agreement signed by the ministers of the state railways of the participating countries. The procedure for amending such an agreement is simplified compared to that for conventions, as it does not require parliamentary ratification. Although the SMGS was originally designed for planned economies and socialist legal systems, after the transition to a market economy most former socialist countries continued to apply the agreement, which since 2015 has undergone revisions in order to adapt it to the new economic reality. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, 117-119, *cit.*

[16] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 42.

ISSN 2036-7821

by rail. The CIM emphasizes the rights and obligations of carriers and shippers, thereby ensuring a degree of legal predictability and security in rail freight operations[17].

Consequently, in practical terms, the transport of goods between two states may necessitate the conclusion of two separate transport contracts and the application of two distinct international legal regimes. However, it is worth noting that some countries adhere to both the CIM and SMGS regimes[18]. Furthermore, national laws may also come into play for issues that fall outside the scope of international instruments[19].

The participating countries in the Belt and Road Initiative are distinguished not only by the different legal frameworks governing international rail freight transport but also by technical issues[20]. For instance, Russia and the former Soviet republics have preserved a railway track gauge of 1,520 millimeters[21], while most COTIF countries, along with China, employ a gauge of 1,435 millimeters[22].

As a result, international rail routes along the China-EU-EAEU axis require transshipment, bogie exchange, or the use of automatic gauge-changing technology. At the western boundary of the 1,520 mm gauge area, the key gauge breakpoints are located at (i) Brest (in Belarus) and Małaszewicze (in Poland), (ii) Bruzgi (in Belarus) and Kuźnica Białostocka (in Poland), and (iii) between Poland and the Russian station of Chernyakhovsk, from which goods are transported to the Cherny-Shevskoe-Kybartai station (in Lithuania). On the eastern boundary, the following

[17] *Ibid*. One of the primary objectives of the CIM is to create a uniform standard that simplifies the complexities often associated with cross-border rail transport. By establishing clear regulations regarding liability, cargo claims, and documentation requirements, the CIM facilitates smoother transactions and minimizes potential disputes between parties. For instance, the CIM outlines the responsibilities of carriers concerning the care and custody of goods during transit, as well as the procedures to be followed in the event of damage, loss, or delay. Such clarity is crucial in international trade, where varying legal standards can lead to confusion and inefficiencies.

[18] Specifically, these are: Afghanistan, Albania, Azerbaijan, Bulgaria, Estonia, Georgia, Iran, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Slovakia and Ukraine. In addition to these, it should be specified that Russia has been participating in COTIF since February 2010 only with regard to two short lines in the Baltic port areas. Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit.*, 117-119.

[19] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 42-43.

[20] Specifically with regard to rail links between China and Europe, several studies have been conducted during the 21st century. Among them, the 2016 Study on Corridors of the Intergovernmental Organisation for International Carriage by Rail (OTIF) analysed the key issues to be addressed for the development of international rail transport, arguing that «[r]ailway transport on a Euro-Asian scale faces both physical and non-physical obstacles, but the two most cumbersome were and still are the existence of two legal regimes and the change of gauge». Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit.*, 117.

[21] Historically, the decision to adopt this standard in the mid-19th century was not due to military reasons, but to the recommendations of the American engineer George Washington Whistler. According to Whistler, in this way Russia would reduce construction costs while preserving the efficiency of the railway network. G. CUSCITO, *Il Treno SinoRusso Corre Lento sulle Nuove Vie della Seta*, LIMES, n. 11, 2019, 181.

[22] *Ibid*.

ISSN 2036-7821

sites are identified: (i) Dostyk (in Kazakhstan) and Alashankou (in China), (ii) Altynkol (in Kazakhstan) and Khorgos (in China), (iii) Zabaykalsk (in Russia) and Manzhouli, and (iv) Erenhot (in China) and Zamyn-Ùùd (in Mongolia)[23].

The efficiency of these gauge breakpoints, in both economic and temporal terms, largely depends on the technology employed. Prior to the inauguration of the Khorgos crossing point in 2012[24] rail traffic along the Yuxinou route – which spans 11,179 kilometers between China and Germany – passed through the Sino-Kazakh border at the Dostyk-Alashankou junction[25].

The construction of the so-called *China-Russia Border Bridge* over the Amur River – completed in the summer of 2021 and connecting northwest China with the Trans-Siberian Railway – represents a critical infrastructure within the Belt and Road Initiative. This bridge significantly reduces transportation times and enhances trade routes along the Eurasian corridor, offering a new avenue for the shipment of Chinese goods to European markets. A key feature of this bridge is its versatility, as it supports the transit of trains with both Russian and European/Chinese gauges, allowing for "alternating circulation" and thereby increasing rail freight capacity for goods bound for Europe[26].

As a consequence, while rail transport offers significant advantages in terms of speed compared to maritime routes, its limited capacity, compared to sea freight, and the technical challenges related to differing legal regimes and track gauges, underscore its role as a complementary rather than substitutive modality within the broader logistics framework of the Belt and Road Initiative. Nevertheless, ongoing investments in infrastructure and technology continue to enhance the efficiency and scope of international rail freight, further solidifying its role in global trade flows.

3. The CIM system and the SMGS system. Two modes of operation in comparison.

The Uniform Rules CIM and the SMGS are both fundamentally grounded in the fourth revision of the International Convention concerning the Carriage of Goods by

[23] V. LOBYREV, A. TIKHOMIROV, T. TSUKAREV, E. VINOKUROV, *Belt and Road Transport Corridors: Barriers and Investments*, EDB Centre for Integration Studies, Report n. 50, San Petersburg, 2018, 16.

[24] Among the various BRI transport hubs along the China-Kazakhstan border, of particular importance is Khorgos, considered a 'land port' and the main Eurasian trade hub of the Initiative. It provides China with access to Central Asia and is crossed by two of the BRI economic corridors (the New Eurasian Land Bridge and the China-Central Asia-West Asia Corridor). See on this point F. INDEO, *Khorgos, "Porto di Terra" Strategico e Porta d'Accesso all'Asia Centrale*, ISPI, 2017. Available at https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/obor-khorgos-porto-di-terra-strategico-e-porta-daccesso-allasia-centrale-17841. Last visited October 9, 2024.

[25] P. J. RIMMER, *China's Global Vision and Actions: Reactions to Belt, Road and Beyond*, *cit.*, 44-46. The opening of the Khorgos Gateway accelerated long-distance connections between numerous Chinese cities (50 in total) and Kazakhstan, where containers are transferred from a railway with a 1,435 mm gauge to one with a 1,520 mm gauge. In a subsequent phase, trains reach the border between Belarus and Poland, where a further gauge change is required to allow the containers to continue on a 1,435 mm line toward 40 cities in Western Europe.

[26] G. CUSCITO, *Il Treno SinoRusso Corre Lento sulle Nuove Vie della Seta*, *cit.*, 184.

ISSN 2036-7821

Rail – commonly referred to as the Bern Convention – dating back to 1933. As such, while the two texts exhibit differences in certain respects, they also share a number of significant analogies that merit exploration within this paragraph[27].

To begin with, concerning the scope of application of the *Uniform Rules*, Article 1, § 1 of the CIM stipulates that it is confined to any contract for the carriage of goods by rail for reward when the place of taking over the goods and the place designated for their delivery are situated in two different Member States, regardless of the seat and nationality of the parties involved in the transport contract. This clearly delineated definition underscores the intent of the CIM to regulate cross-border rail transport, thereby facilitating international trade[28].

In a parallel manner, the SMGS, as articulated in Article 3, § 1, asserts that the agreement shall establish a single set of legal standards for contracts of carriage of goods in direct international rail traffic and in direct international rail ferry traffic[29].

This shared commitment to creating a cohesive legal framework highlights the necessity for both agreements to address the complexities inherent in international rail transport[30].

Consequently, the supremacy of the provisions outlined in the CIM and SMGS over ordinary laws is circumscribed to those contracts that adhere to the established criteria. Indeed, neither text includes mandatory provisions governing international freight transport for contracts where the point or station of origin or delivery lies outside the geographical scope of the relevant legal regime. In such scenarios, the parties are afforded the flexibility to either apply domestic laws or engage with

[27] Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit.*, 117.

[28] More specifically, para. 5 specifies that these Uniform Rules do not apply to carriage between stations situated in the territory of neighbouring States, when the infrastructure of these stations is operated by one or more infrastructure managers employed by only one of these States. In addition, § 6 provides for the possibility for each State to declare at the time of its application for accession to the Convention that it will apply these Uniform Rules only to carriage performed on a part of the railway infrastructure located on its territory' with the proviso that this part of the railway infrastructure must be precisely defined and connected to the railway infrastructure of a Member State. Finally, in case such a statement is made, it is specified that these Uniform Rules shall only apply provided that: a) the place where the goods are taken over or the place of their return as well as the itinerary provided for in the transport contract are located on the designated infrastructure; or b) the designated infrastructure connects the infrastructure of two Member States and has been provided for in the transport contract as a route for a transit transport. A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 44.

[29] Furthermore, as specified in the same article, § 3, «[i]f the parties are at the same time parties to other international agreements that establish legal provisions for contracts of carriage of goods by rail, carriage between the railway stations of these parties may be carried out under the terms of those agreements». The full SMGS text is available at the following link https://d2ugi3gsowvew0.cloudfront.net/assets/downloads/pdf/SMGS-Agreement-English.pdf. Last visited October 9, 2024.

[30] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 44.

ISSN 2036-7821

alternative international regimes, thus ensuring that they can tailor their agreements to suit specific circumstances[31].

Regarding the issue of carrier liability, such liability may arise in instances of delay in the delivery of the transported goods, as well as in cases of loss or damage to those goods.[32]. Both the CIM and SMGS encapsulate a general rule stating that a carrier is exempt from liability to the extent that their failure to perform is attributable to circumstances that they could not have prevented and/or avoided. This fundamental principle serves to protect carriers from undue burdens in scenarios beyond their control[33].

However, it is imperative to underscore that both legal regimes delineate specific provisions concerning the burden of proof. In practice, depending on the circumstances, the grounds for exemption from liability can be classified as follows:

i) *non-priority*: i n such cases, the burden of proof regarding the existence of a causal link between a specific event and the non-performance falls upon the carrier themselves[34];

ii) *priority*: i n these instances, the existence of the event/non-performance link does not require proof from the carrier; rather, the onus to demonstrate the absence of a connection between the two elements rests with the claimant[35].

Concerning the CIM, Article 25 § 1 states that all grounds specified in Article 23 § 2 fall within the non-priority category[36]. Conversely, § 2 of the aforementioned article establishes that the circumstances outlined in Article 23 § 3 are classified as priority[37].

---

[31] *Ibid*. Generally, in situations not governed by international rules, the applicable law will be determined by rules of private international law. For example, Article 41 of the Law of the People's Republic of China on Choice of Law for Foreign-related Civil Relationships provides that the parties concerned may choose by mutual agreement the laws applicable to contracts.

[32] With regard to the duration of the period of the carrier's liability the CIM and SMGS provisions are similar. Pursuant to Art. 23 § 1 CIM, the carrier is liable for the loss arising from the total or partial loss and damage of the goods from the time the goods are taken over until their return, as well as for the loss arising from exceeding the time limit for delivery, irrespective of the railway infrastructure used; conversely, under Art. 37, § 2 SMGS «[t]he carrier shall be liable for the loss, shortage, damage to or spoilage of goods from the time that they are taken over for carriage until they are delivered». It must be specified that the CIM provision is more precise due to the presence of the term 'survenues'. In this respect, reference can be made to the French version of the text, where the term 'survenues' is used. In contrast, in the German and English versions of the CIM, this expression is not present. This is why the provision in the latter two languages is considered more ambiguous.

[33] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 44-45.

[34] Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit*., 127-130.

[35] *Ibid.*

[36] It is stipulated, in fact, that the proof that the loss, damage or exceeding of the time limit for delivery was caused by one of the facts envisaged in Article 23 §2, is incumbent on the carrier.

[37] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 45. In particular, when the carrier establishes that the loss or damage could have resulted, in the circumstances of the case, from one or more of the special risks referred to in Article 23(3), it shall be presumed that such loss or damage resulted therefrom. The person entitled retains, however, the right to prove that the loss or damage was

ISSN 2036-7821

With respect to the SMGS text, Article 41 places the burden of proof for establishing the connection between event and non-performance (in cases of total or partial loss, damage, shortage, or deterioration of goods) squarely on the carrier, in situations classified as non-priority, as detailed in Article 39, § 2, clauses 1 and 4[38]. Furthermore, in the event of a delay in the delivery of goods, the carrier is also tasked with demonstrating that such delay was not attributable to their own actions. Conversely, if it is established that total or partial loss, damage, or deterioration of the goods was caused by circumstances outlined in Article 39, § 2, paragraphs 2, 3, and 5–10, as well as § 7, paragraphs 2 and 3, it is assumed that the damage occurred as a result of those circumstances unless the consignor or consignee can prove the absence of such a causal link. Therefore, these latter instances can be categorized among the grounds for exemption classified as priority[39].

Moreover, the CIM provides for a form of indirect liability on the part of the carrier for individuals for whom they are responsible. According to Article 40, it is stated that the carrier shall be liable for the acts of his agents and other persons whose services he uses for the performance of the carriage when such agents or other persons act in the exercise of their functions. The managers of the railway infrastructure over which the transport is carried out shall be regarded as persons whose services the carrier uses for the performance of the carriage[40].

Initially, such a provision was absent from the SMGS text; however, it was introduced following an amendment in 2015. Article 38 of the SMGS now provides that «[t]he parties to a contract of carriage shall be liable for the actions of their

---

not caused, in whole or in part, by one of those risks. The special risks, described by Art. 23 § 3 CIM, are those arising from the following circumstances: (i) carriage by uncovered wagon; (ii) lack of or defective condition of packaging for goods subject, by their nature, to loss or damage; (iii) loading of the goods by the shipper, or unloading by the consignee; (iv) nature of certain goods subject to total or partial loss or damage (especially by breakage, rust, internal and spontaneous deterioration, drying, dispersion) (v) irregular, incorrect or incomplete description or numbering of packages; (vi) carriage of live animals; (vii) carriage to be performed under escort, if the loss or damage arises from a risk which the escort was intended to avoid.

[38] In concrete terms, these are: (i) circumstances that the carrier could not have prevented because they were beyond his control; (ii) reasons connected with the loading or unloading of the goods by the sender or the consignee.

[39] These are, in detail, the following cases: (i) damage or deterioration caused by the inadequacy of the quality of the goods, containers or packaging materials or by particular physical or natural characteristics of the same; (ii) circumstances caused by the sender or the consignee; (iii) damage caused by the absence of containers or packaging necessary for the carriage; (iv) delivery by the sender of articles with an incorrect, inaccurate, incomplete description or not in conformity with the provisions of the Agreement (v) loading by the consignor of the goods in a freight wagon or container unsuitable for the carriage of the same; (vi) wrong choice by the consignor of the mode of carriage of perishable goods; (vii) failure of the consignor or consignee to comply with customs or administrative formalities or inadequate compliance with such formalities; (viii) seizure or confiscation of the goods by public authorities for reasons beyond the control of the carrier. Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit.*, 127-130.

[40] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 46-47.

ISSN 2036-7821

servants and other persons whose services they make use of for the execution of the contract of carriage, when these servants and other persons are acting within the scope of their functions. The managers of the railway infrastructure shall be considered as persons whose services the carrier makes use of for the execution of the contract of carriage»[41]. As evidenced by an analysis of these provisions, Article 38 of the SMGS constitutes a transplantation of Article 40 of the CIM, with a fundamental exception: it is not solely the carrier who is held indirectly liable, but rather, in a more general sense, «the parties to a contract of carriage»[42]. This expansion of liability implications extends this form of indirect responsibility to include the consignor as well, thereby enhancing the accountability framework within which all parties operate[43].

4. Conclusive remarks.

From the comparative analysis undertaken above, it becomes resoundingly evident that the existence of two distinct normative frameworks governing international rail freight transport can engender considerable delays in the efficient circulation of trains across international borders. Such delays are not merely incidental; they are a direct consequence of the complexities inherent in navigating the divergent legal requirements that each framework imposes.

The necessity for compliance with varying legal regimes can result in significant bureaucratic impediments, often leaving rail operators grappling with a labyrinth of regulations that complicate the timely movement of goods. In this context, the Central Office for International Carriage by Rail (CIT) recognized the urgent need to address these challenges and subsequently introduced the common CIM/SMGS consignment note in 2006, an initiative designed to foster legal interoperability between the two prominent systems.

The introduction of the common consignment note stands as a strategic response to the pressing demands of international rail transport, serving as a vital document that harmonizes the disparate information requirements dictated by both the CIM and SMGS legal regimes. By consolidating these varied requirements into a singular, cohesive format, the common CIM/SMGS consignment note effectively mitigates the potential for bureaucratic slowdowns that have historically plagued border crossings.

---

[41] Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit.*, 127-130.

[42] A. MANFREDINO, *Belt and Road Initiative: un quadro generale del trasporto internazionale di merci via ferrovia*, cit., 47.

[43] In this regard, some authors suggest that the reference to all parties to the contract extends the principle of vicarious liability to the consignee, but this inference is considered questionable since the consignee is not always a party to the contract of carriage. Z. YAN & V. FILIMONOV, *Comparative Study of International Carriage of Goods by Railway between CIM and SMGS*, *cit.*, 133.

ISSN 2036-7821

The ramifications of this innovation extend far beyond mere administrative convenience; it fundamentally transforms the landscape of international rail transport by ensuring that the downtime experienced at these critical junctures is significantly reduced. This, in turn, facilitates a more seamless and expeditious transit of goods across borders, thereby enhancing the overall efficacy of international supply chains.

Moreover, the implementation of the common consignment note alleviates the administrative burden on the parties involved, as it eliminates the need for stakeholders to duplicate the preparation of transport documents when traversing borders between states that subscribe to different legal frameworks. The time and resources saved as a result of this simplification cannot be overstated; they translate directly into enhanced operational efficiency and a more agile response to the ever-increasing demands of global trade.

In summation, the common consignment note is not merely a procedural innovation; it is a transformative instrument that streamlines the multifaceted procedural aspects of international rail freight transport. Its recognition as an essential international banking and customs document underscores its pivotal role in facilitating the simplification of customs formalities. This streamlining of procedures not only enhances the overall efficiency of cross-border trade but also establishes a high degree of legal certainty in transactions, thereby fortifying the trust that underpins international commerce.

Furthermore, the common CIM/SMGS consignment note delineates the transport route with clarity and precision, ensuring that all parties are acutely aware of the logistical parameters governing their transactions. It also allocates transportation costs transparently between the consignor and consignee, mitigating potential disputes regarding financial responsibilities and enhancing the cooperative spirit essential for successful international trade relationships.

Moreover, this document serves as a robust safeguard against the financial repercussions that may arise in cases of damage or loss of cargo. By guaranteeing compensation in such unfortunate circumstances, it fosters a heightened sense of security among stakeholders, thereby reinforcing their confidence in the reliability of rail transport as a viable mode of international freight movement. The common consignment note thus not only mitigates risks associated with cargo loss or damage but also acts as a critical enabler of international commerce.

In addition to these practical benefits, the common CIM/SMGS consignment note plays a crucial role in preventing systemic errors that can occur during the conversion of documentation across differing legal systems. By establishing a uniform standard for documentation, it enhances the accuracy and reliability of

ISSN 2036-7821

information exchanged between various stakeholders, thereby reducing the likelihood of disputes that may arise from misinterpretations or miscommunications. Ultimately, the introduction of the common CIM/SMGS consignment note represents a monumental advancement in the pursuit of seamless and efficient international trade practices. Its capacity to streamline operations, enhance legal clarity, and mitigate risks positions it as an indispensable tool in the contemporary landscape of global commerce, reflecting the evolving needs of an interconnected world. In this manner, the common consignment note not only addresses existing challenges but also paves the way for a more cohesive and efficient framework for international rail freight transport, underscoring the importance of collaboration and innovation in the face of complex logistical realities.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Responsabilità sanitaria nella gestione del rischio clinico: *policy* organizzativa per la sicurezza delle cure

di Maria Camilla Spena

(Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sommario

1. *Malpractice sanitaria* tra responsabilità e criticità sistemiche. 2. Responsabilità del medico e della struttura sanitaria. Il decreto attuativo della legge Gelli Bianco. 3. Il delicato equilibrio tra garanzie costituzionali ed efficienza del sistema sanitario. 4. Considerazioni conclusive.

Abstract

The issue of health risk management poses crucial application questions from a bioethical, legal and social point of view. This work aims to analyze the deflative function of litigation and the inseparable connection with the disciplinary status of medical health liability in the light of its normative evolution. The debate on this subject necessarily starts from the study of the complex legal framework in the field of health liability, which will be critically analysed with a view to identifying possible *de iure condendo* solution. The management of malpractice plays a crucial role in ensuring quality of care, maintaining trust in the health organisation, ensuring access to justice and promoting sustainability of the health system. In this context, the clinical risk management system assumes an extraordinary deflative value of litigation, a process of systemic nature that encompasses both the clinical and the more managerial components.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Malpractice sanitaria tra responsabilità e criticità sistemiche.

Negli ultimi decenni, i sistemi sanitari dei Paesi sviluppati hanno affrontato sfide significative legate alla crescente pressione economica, alla complessità sempre maggiore della scienza e delle tecnologie mediche, alla necessità di razionalizzare i costi e le risorse disponibili senza compromettere la qualità dei servizi sanitari e il fabbisogno di salute della popolazione. Tuttavia, l'evoluzione delle tecnologie mediche e dei trattamenti se da un lato ha migliorato significativamente la qualità delle cure ha reso la medicina più complessa, introducendo maggiori possibilità di errore nell'interpretazione dei risultati. Ciò ha contribuito ad un aumento dei rischi legati all'esercizio della professione medica e, di conseguenza, del contenzioso ad esso collegato. La responsabilità medica[1] rappresenta uno degli aspetti più dibattuti della pratica sanitaria, specie per le questioni applicative che pone sul piano etico e legale, tenuto conto anche delle radicali trasformazioni che hanno interessato la relativa disciplina negli ultimi anni. Ciò è avvenuto anche perché il tema della responsabilità dipende altresì dalle aspettative dei pazienti che hanno determinato una maggiore consapevolezza e sensibilizzazione sull'equità e l'appropriatezza delle cure oltre che un incremento dei livelli essenziali di cura e assistenza[2]. Questo fenomeno ha avuto un impatto significativo sulla pratica clinica, sulle dinamiche di relazione medico-paziente e sulla gestione dei sistemi sanitari. È in questo contesto che emerge il compito del Legislatore di bilanciare l'inevitabile margine di errore umano con la necessità di garantire standard elevati di cura e sicurezza in tema di *governance*.

Negli anni recenti, infatti, l'attenzione delle aziende sanitarie al tema del rischio clinico è aumentata, principalmente a causa dell'incremento del contenzioso assicurativo e giudiziario legato alla cosiddetta *medical malpractice*, fenomeno che ha portato alla diffusione della "medicina difensiva"[3]. Non è un caso che, tra gli

[1] Cfr. E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e medicina difensiva* in *Rivista di diritto civile*, 2020, 1, p. 189 ss.; G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e… no blame giurisprudenziale*, in *Rivista Italiana di Medicina Legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2016, 1, pp. 1-28; R. NINIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità, in* M. SESTA, *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, pp. 29-44.

[2] Sull'equità ed uguaglianza nell'accesso alle cure quale strumento di effettività del diritto alla salute: F. PARUZZO, *La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie. L'effetto della pandemia di Covid-19*, in *Federalismi*, 2023, 3, pp. 188-189; G. TARLI BARBIERI, *Alcune osservazioni sparse sull'equità nella salute e nei servizi sanitari*, in *Riv. Corti supreme e salute*, 2022, 1; M. COSULICH, *Equità va cercando … il servizio sanitario nazionale, strumento di attuazione dell'articolo 32 Cost.*, in *Riv. Corti supreme e salute*, 2022, 1; S. ROSSI, *Il diritto alla salute tra equità e sostenibilità. Colloquio sulle forme dell'eguaglianza in sanità,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 2; I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, 2, p. 13; R. Balduzzi, *Salute e federalismo fiscale,* in E. CATELANI G. CERRINA FERONI, M.C. GRISOLIA (a cura di) *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione, modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, 2011, p. 151 ss.

[3] Cfr. AA.VV. (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, Milano, 2010, p. 17 ss., che qualificano il fenomeno come «una serie di decisioni attive o omissive, consapevoli o inconsapevoli, e non specificatamente meditate, che

ISSN 2036-7821

strumenti applicativi a livello aziendale utilizzati per affrontare le molteplici situazioni di rischio in ambito sanitario, un ruolo fondamentale è svolto dalla gestione dei rischi sistemici che ha per oggetto la prevenzione e il controllo dei protocolli di cura; le carenze di organico che influiscono negativamente sull'organizzazione dei servizi sanitari; i rischi collegati all'impiego delle apparecchiature mediche; gli oneri finanziari derivanti dal contenzioso. Una gestione efficace dei rischi clinici implica l'individuazione, la valutazione e la mitigazione dei potenziali pericoli legati alla pratica sanitaria al fine di garantire la sicurezza dei pazienti e il miglioramento continuo della qualità delle cure. Indagare su questi temi ha un senso se si considera che un approccio metodologico sistematico coerente con il concetto di sicurezza delle cure si concretizza non solo attraverso l'operato del singolo medico ma anche mediante tutte le attività rivolte alla prevenzione e alla riduzione di questi rischi, garantendo la continuità e la sicurezza delle cure.

Si è ampiamente discusso in dottrina dei vantaggi che la digitalizzazione può portare alla pubblica amministrazione, in particolare in termini di valutazione e rapidità decisionale, grazie agli algoritmi che gestiscono una vasta gamma di dati[4]. Questa visione, che permette di guardare all'innovazione tecnologica cogliendo il rapporto di reciproco complemento tra diritto e scienza[5], se applicata in campo sanitario, facilita l'emergere di metodologie innovative nella ricerca clinica ed offre diversi vantaggi alla pubblica amministrazione in termini di efficienza operativa, di centralizzazione e facilità di accesso ai dati sanitari aumentando la trasparenza delle operazioni e la responsabilità delle istituzioni, contribuendo ad una miglioramento dei servizi e conseguentemente della qualità delle cure. Questi benefici possono contribuire a un sistema sanitario più efficace, reattivo e sostenibile, a vantaggio dell'intera collettività. Come rilevato in dottrina, "un'analisi dei rischi e delle connesse responsabilità permette una più efficiente allocazione di risorse tra gli enti del SSN in ragione della loro adeguatezza organizzativa (art. 118 Cost.) a soddisfare il livello d'interessi sovranazionale, nazionale, regionale o ulteriormente imposto dal

non obbediscono al criterio essenziale del bene del paziente, bensì all'intento di evitare accuse per non avere effettuato tutte le indagini e tutte le cure conosciute o, al contrario, per avere effettuato trattamenti gravati da alto rischio di insuccesso odi complicanze, (...), prescrivendo esami e terapie non necessarie (c.d. medicina difensiva positiva) o evitando pazienti o procedure diagnostiche ad alto rischio (c.d. medicina difensiva negativa)». *Amplius*, E. MARCHISIO, *Evoluzione della responsabilità civile medica e "medicina difensiva"*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 1, p. 189 ss.; F. POGGI, L*a medicina difensiva: nozioni, problemi e possibili rimedi*, Modena, 2018, *passim*; C. GRANELLI, *Il fenomeno della medicina difensiva e la legge di riforma della responsabilità sanitaria*, in *Rivista italiana di Medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2018, 1, p. 410 ss.; G. ALPA et al., *La responsabilità sanitaria*, 2017, Pacini giuridica, Pisa, p. 239 ss.; R. DE MARIA, *Il dito e la luna. Medicina difensiva, politiche pubbliche e responsabilità medica*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 2013, 2, p. 101 ss.

[4] Cfr. M.C. SPENA, *La salute tra nuove sfide della contemporaneità. Digitalizzazione,* privacy *e modelli di governance,* Napoli, 2023; M. FALCONE, *Le potenzialità conoscitive dei dati amministrativi nell'era della "rivoluzione dei dati": il caso delle politiche di eradicazione dell'epatite* C, in *Istituzioni del Federalismo*, 2017, 2.

[5] Si veda R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data,* in *Dir. amm.*, 2020, 2.

ISSN 2036-7821

Legislatore"[6]. Appare altresì evidente che la crescente integrazione delle tecnologie nell'ambito sanitario, come la telemedicina, l'intelligenza artificiale, e l'uso di piattaforme digitali per la gestione dei dati, richiede una revisione e un adattamento delle normative esistenti in merito alla responsabilità medica digitale (come nel caso di commessi durante trattamenti a distanza, o di diagnosi basate su AI o di utilizzo di dispositivi medici digitali), nonché una riflessione specifica sui nuovi rischi e sulle opportunità offerte dal digitale[7]. Un elemento strategico di importanza fondamentale per l'intera organizzazione sanitaria è la gestione dei flussi informativi. Questo modello si fonda su strumenti che consentono la condivisione di informazioni strutturate e l'integrazione di dati clinici, organizzativi e amministrativi, al fine di individuare eventuali criticità, allo scopo di intervenire tempestivamente con adeguate misure correttive per garantire la qualità dell'assistenza, la tempestività delle cure e l'ottimizzazione delle risorse. Con l'introduzione di tecnologie digitali i flussi informativi se da un lato, sono diventati più rapidi e centralizzati, dall'altro si sono dimostrati anche più complessi da gestire [8], introducendo nuove questioni in ordine alle responsabilità mediche ed al contenzioso medico.

Esplorare la responsabilità medica – in prospettiva metodologica – significa, dunque, addentrarsi in un campo multidisciplinare che interseca medicina, diritto, etica e società, con l'obiettivo ultimo di individuare i meccanismi operativi per conseguire un miglioramento della qualità delle cure e per rafforzare la relazione fiduciaria tra medici e pazienti. In tema di responsabilità medica, tuttavia, la crescita esponenziale del contenzioso in ambito sanitario e l'aumento delle decisioni giudiziarie, oltre ai costi crescenti del sistema assicurativo[9] per l'aumento della litigiosità ha inciso inevitabilmente sulla tenuta e sulla qualità del sistema sanitario.

Nel tentativo di ridurre i contenziosi medico-legali e le ripercussioni sul SSN nel suo complesso già con il decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito con

[6]Cfr. G. SDANGANELLI, *La gestione del rischio clinico e delle connesse responsabilità per l'effettività del diritto alla salute,* in *Federalismi*, 2022, p. 218; R. CAVALLO PERIN, *Op.cit.*, p.326.

[7] Se prima il medico era principalmente responsabile per la diagnosi e il trattamento medico, oggi la responsabilità si estende anche agli errori derivanti dall'uso di tecnologie digitali.

[8] Una solida cultura del dato sanitario rappresenta un elemento fondamentale per migliorare la gestione del rischio e ottimizzare la programmazione sanitaria a livello regionale. La raccolta, l'analisi e l'utilizzo strutturato dei dati sanitari consentono di monitorare costantemente le prestazioni del sistema, individuare precocemente potenziali criticità e implementare strategie preventive mirate. Inoltre, una cultura orientata al dato favorisce la trasparenza e l'accountability, agevolando decisioni basate su evidenze concrete e rendendo più efficace la distribuzione delle risorse. In un contesto regionale, l'uso integrato dei dati supporta una pianificazione sanitaria più reattiva e mirata alle esigenze reali della popolazione, migliorando così la qualità complessiva dei servizi erogati. Sugli effetti della digitalizzazione dei dati in sanità: E. CATELANI, *La digitalizzazione dei dati sanitari: un percorso ad ostacoli*, in *Corti supreme e salute*, 2023, p.2.; A. PIOGGIA, *Il Fascicolo sanitario elettronico: opportunità e rischi dell'interoperabilità dei dati sanitari*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale,* 2021, p. 215 ss.

[9] Sull'ampliamento delle imprese assicurative operanti nel settore, si v. Cons. Stato, Sez. Cons., 7 giugno 2022, affare n. 00698/ 2022, sub par. 4.

ISSN 2036-7821

modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 noto come decreto Balduzzi, vennero introdotte importanti modifiche in ambito sanitario e, per ciò che ora interessa, nello statuto disciplinare della responsabilità professionale dei medici. La novella legislativa in esame ha tentato di ponderare l'insopprimibile necessità di proteggere i pazienti da errori medici con quella di tutelare le posizioni giuridiche di questi ultimi[10], introducendo misure per limitare la responsabilità penale e civile dei medici, a condizione che fossero seguite le linee guida riconosciute. Tale manovra era tra l'altro rivolta a contenere la pressione delle azioni di responsabilità nei riguardi dei medici, favorendo in ambito lavorativo un clima di maggiore serenità. Sull'opportunità e sulla coerenza sistematica del decreto Balduzzi avevano interloquito numerose voci: da un lato, l'intervento normativo in esame aveva prestato il fianco a numerose critiche, lo scudo normativo a favore dei medici era stato tacciato di irrazionale preponderanza a scapito di una adeguata tutela dei diritti dei pazienti; dall'altro, era stata sostenuta la necessità delle misure contenute nel decreto per ridurre la pressione sui medici e contenere il fenomeno della già richiamata medicina difensiva, ovvero la pratica di prescrivere trattamenti non necessari per evitare possibili ripercussioni legali con un aggravio di costi a carico del SSN. Come noto, le norme sulla responsabilità professionale del personale sanitario sono state ulteriormente riviste con la legge 8 marzo 2017, n. 24, cd. legge Gelli-Bianco, che ha introdotto una regolamentazione più dettagliata e ha cercato di bilanciare meglio la protezione dei pazienti con la tutela dei medici, ridefinendo i criteri di responsabilità penale e civile del personale sanitario, la responsabilità dei danni delle strutture sanitarie nei confronti del paziente nell'ipotesi di prestazioni sanitarie anche per mezzo di terzi, a prescindere dalla natura del rapporto intercorrente tra la struttura sanitaria e il terzo (art. 7, comma1), prevedendo l'eventuale ripartizione interna del risarcimento tra l'ASL e il singolo medico (art. 9).
La legge n. 24/2017 ha stabilito altresì, l'obbligatorietà dell'ATP (art. 8)[11] o della

[10] Sotto il profilo penale, il decreto prevede che, in caso di imperizia, il medico non è punibile se ha rispettato le linee guida e le buone pratiche clinico-assistenziali accreditate dalla comunità scientifica. Questo significa che il medico non è penalmente responsabile per gli errori commessi durante l'applicazione delle linee guida e delle buone pratiche riconosciute, a meno che non si tratti di colpa grave. Sotto il profilo della responsabilità civile viene introdotto il principio della responsabilità extracontrattuale per i medici dipendenti di strutture sanitarie pubbliche o private. Ciò implica che, in caso di danno, il paziente deve dimostrare non solo il danno stesso e il nesso causale tra l'operato del medico e il danno, ma anche la colpa del medico. Viene prevista l'obbligatorietà per i medici di stipulare una polizza assicurativa per coprire eventuali danni causati nell'esercizio della loro attività professionale. Questo ha l'obiettivo di garantire che i pazienti possano essere risarciti in caso di errore medico. R. PASTORE, G. PALMIERI, *La responsabilità nell'esercizio della professione medica - Profili civili, penali, amministrativi e di diritto del lavoro,* Piacenza, 2008.

[11] L'art. 8 della legge n.24 del 2017 dispone che "Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria **è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis di procedura civile** dinanzi al giudice competente. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. È fatta salva la possibilità di esperire **in alternativa il procedimento di mediazione** […]". L'ATP

ISSN 2036-7821

mediazione[12], quale condizione di procedibilità da doversi esperire prima della proposizione della domanda risarcitoria da danni da errori medico o sanitario (e/o la struttura). Tali strumenti non sembrano aver concretamente esplicato effetti deflattivi del contenzioso nell'ambito della responsabilità sanitaria. Lo scopo di tale contributo è, dunque, sviluppare una riflessione sistemica sulla normativa attualmente vigente e sulla relativa aderenza alla pratica sanitaria ai fini di individuare valide forme, alternative o complementari, di composizione e riduzione del contenzioso giudiziario.

2. Responsabilità del medico e della struttura sanitaria. Il decreto attuativo della legge Gelli Bianco.

La normativa vigente, in particolare la legge n. 24 dell'8 marzo 2017 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie), cd. legge Gelli-Bianco, costituisce il primo ed immediato referente normativo per la ricostruzione del sistema della responsabilità in ambito sanitario sul piano civile, penale e

(Accertamento Tecnico Preventivo in funzione conciliativa) è una procedura stragiudiziale con l'intervento del giudice, che serve ad accertare o quantificare crediti che derivano da un illecito civile o contrattuale e permette di risolvere alcune controversie tra le parti in modo più veloce e meno costoso rispetto a un processo ordinario. L'accertamento tecnico preventivo (ATP), già previsto dalla Legge Gelli-Bianco, è stato rafforzato con la riforma Cartabia (dlgs.n.149/2022), rendendolo uno strumento fondamentale per prevenire il giudizio in caso di responsabilità sanitaria. L'ATP deve avvenire in tempi più rapidi e le parti hanno l'obbligo di partecipare attivamente, con l'obiettivo di raggiungere un accordo basato sulle evidenze tecniche. Quando l'ATP è negativa di frequente la struttura pubblica risarcisce il paziente e contestualmente invia gli atti alla Corte dei Conti per recuperare le somme, ponendo il risarcimento erogato a carico del medico, contro cui si istaura il giudizio contabile (per danno erariale e colpa grave). Diversamente, il paziente può agire civile per l'azione di risarcimento mediante il procedimento semplificato di cognizione ex art. 702 bis c.p.c. che deve iniziare entro il termine di 90 giorni (art. 8, c.3, l. n.24/2017). Inoltre, la riforma ha ritoccato i termini di prescrizione in modo da armonizzarli con quelli degli altri procedimenti civili e penali. Questo cambiamento rende più prevedibile la durata delle azioni di responsabilità (dieci anni per responsabilità contrattuale delle strutture sanitarie, e cinque anni per responsabilità extracontrattuale dei medici senza contratto diretto col paziente), senza che il paziente o i professionisti debbano attendere tempi eccessivi prima della risoluzione definitiva. La *ratio* dell'istituto era di introdurre uno strumento deflattivo del contenzioso; in realtà, spesso essa risulta costosa in quanto è senza copertura delle spese sostenute dal medico, che pertanto partecipa solo se espressamente citato assieme alla struttura, dovendo sostenere in proprio i costi (legale e consulente tecnico).

[12] In ambito sanitario, nonostante i propositi della Riforma Cartabia volti ad incentivare l'uso della mediazione e della negoziazione assistita come strumenti alternativi al giudizio, nella maggioranza dei casi la mediazione si conclude con esito negativo, riducendosi ad un mero passaggio formale. Le cause sono molteplici: le parti di frequente si incontrano in presenza dei soli legali senza i rispettivi consulenti tecnici, né un preventivo esame della documentazione clinica; scarsa fiducia nell'istituto; scarsa competenza dei mediatori; costi per i pazienti; la mediazione può prolungare i tempi complessivi della controversia; difficoltà nella raccolta delle prove, poiché manca il potere istruttorio tipico del processo giudiziario. Inoltre, essendo una fase obbligata ma non vincolante, la parte lesa mostra scarsa fiducia verso l'istituto ritenendolo solo uno strumento dilatorio, con ulteriore costo. Per ottimizzare la mediazione in ambito sanitario, oltre ad una specializzazione dei mediatori in campo sanitario, sarebbe opportuna la riduzione dei costi della procedura per i pazienti e la valorizzazione delle consulenze tecniche.

ISSN 2036-7821

amministrativo, sia per le persone fisiche che per gli enti collettivi. La riflessione sul tema deve prendere le mosse dall'eterolitico concetto di responsabilità nel quale trova sintesi il discorso sulla "giuridicità", che proprio nel settore sanitario tende a declinarsi in forme peculiari e problematiche[13]. Si ritiene che il riferimento alla responsabilità non possa prescindere della dimensione organizzativa delle attività mediche e delle strutture sanitarie, le quali dovrebbero operare con elevati standard di cura per prevenire danni ai pazienti ed evitare conseguenze legali. Il dibattito sul tema sarà, dunque, sviluppato attorno ad un importante e preliminare precisazione di metodo: l'esistenza di una connessione inscindibile all'interno del trinomio organizzazione-responsabilità-deflazione. Come anticipato, la riforma della responsabilità sanitaria attuata con la legge n. 24 del 2017, nell'obiettivo di migliorare la qualità e la sicurezza delle prestazioni sanitarie attraverso una serie di misure preventive e di controllo, ha apportato significative modifiche al precedente sistema di gestione delle responsabilità per le strutture sanitarie e per i professionisti finalizzato a ridurre il contenzioso e a garantire maggiore tutela sia ai pazienti che ai sanitari attraverso un sistema più strutturato di assicurazioni obbligatorie. La legge n. 24/2017 è intervenuta a dirimere un contesto problematico caratterizzato da un sensibile aumento del contenzioso in materia di *medical malpractice*. Tale fenomeno è riconducibile ad un nucleo eterogeneo di fattori quali aumento dell'impiego di internet e rafforzamento della consapevolezza, da parte del paziente, dei propri diritti, irruzione sul campo della direzione manageriale della medicina, evoluzione dommatica del concetto di responsabilità. Su quest'ultimo punto, in particolare, senza indugiare a lungo sulla scansione diacronica dello sviluppo normativo e pretoria sul tema, risulta che la nozione di responsabilità sanitaria, nella cui costruzione ha giocato un ruolo preminente l'apporto giurisprudenziale, è frutto di una crescente richiesta di giustizia da parte dei soggetti lesi dal sistema sanitario *latu sensu* inteso. Tale preponderanza della fonte giurisprudenziale aveva reso improrogabile un intervento legislativo che era stato realizzato, seppur in maniera non organica, con il cd. Decreto Balduzzi. A fronte della acclarata lacunosità della disciplina, l'obiettivo che fu percepito come primario era quello di garantire, sotto l'egida del diritto inviolabile alla salute, la sicurezza delle cure, individuare

[13] Perché sia riconosciuta la responsabilità sanitaria, devono essere presenti alcuni elementi fondamentali: 1. dovere di cura: il professionista sanitario ha l'obbligo di fornire cure competenti e conformi agli standard della professione. 2. violazione del dovere: si verifica quando il professionista sanitario non rispetta gli standard di cura previsti, agendo in modo negligente o incompetente. 3.danno: il paziente deve aver subito un danno fisico, psicologico o economico come risultato della violazione del dovere di cura. 4. causalità: deve esserci un nesso causale diretto tra la violazione del dovere di cura e il danno subito dal paziente. Cfr. D. BIANCHI (a cura di), *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e individuali*, Torino, 2021; U. PERFETTI, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del consenso informato*, in *Giust. civ.*, vol. 2, 2018, 3, p. 359 e ss.; R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, 4, p. 161 ss.

ISSN 2036-7821

parametri stabili per la gestione del contenzioso e, coerentemente con la certezza e la coerenza sistematica, armonizzare il corpus normativo con le normative di riferimento. All'esito di un travagliato percorso di approvazione parlamentare, scandito dall'apposizione di numerosi emendamenti, si è arrivati all'approvazione del testo definitivo della legge 8 marzo 2017 n. 24. A ben vedere, la reale portata innovativa del provvedimento normativo in esame non si esaurisce nella sola modifica del regime sulla responsabilità ma abbraccia ulteriori e significativi ambiti. Sotto il profilo assicurativo, la legge n. 24/2017 richiama il DPR n. 137 del 7/8/2012 "*Regolamento recante riforma degli ordinamenti professionali*", il quale all'art. 5, statuisce l'obbligo assicurativo per tutti i professionisti: "*Il professionista è tenuto a stipulare, anche per il tramite di convenzioni collettive negoziate dai consigli nazionali e dagli enti previdenziali dei professionisti, idonea assicurazione per i danni derivanti al cliente dall'esercizio dell'attività professionale, comprese le attività di custodia di documenti e valori ricevuti dal cliente stesso…*". Tale obbligo, la cui violazione avrebbe costituito un illecito disciplinare (art. 5, c. 2), sarebbe dovuto diventare efficace dopo dodici mesi dall'entrata in vigore del DPR n.137/2012 (art. 5, c 3). Tuttavia, la successiva entrata in vigore del D.L. n. 158 del 13/9/2012, c.d. Decreto Balduzzi, aveva sospeso, di fatto, la entrata in vigore dell'obbligo assicurativo di cui al DPR n. 137/2012, demandando ad apposito Decreto del Presidente della Repubblica "*su proposta del Ministero della Salute, di concerto con i Ministri dello Sviluppo Economico e dell'Economia e delle Finanze…le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti…*", in conformità ai principi ivi espressi. Il Consiglio di Stato, con parere n. 486/2015 (numero Affare 2741/2014), era intervenuto sul punto per dichiarare che, in assenza del regolamento ministeriale di cui al D.L. n. 158/2012, convertito con modifiche nella legge n. 189/2012, non poteva considerarsi vigente alcun obbligo assicurativo per l'esercente la professione sanitaria. Successivamente, la legge n.24/2017 all'art. 10 comma 1 ha previsto l'obbligo per le strutture di munirsi di una copertura assicurativa o di altre analoghe misure per la responsabilità civile verso terzi a garanzia dei danni cagionati anche dal personale operante a qualsiasi titolo presso le suddette, nonché l'onere di stipulare una polizza assicurativa a garanzia dei danni che possono derivare a terzi dallo svolgimento dell'attività medica. Il comma 3 dell'art. 10 invece, prevede a carico del sanitario libero professionista, la stipula di una polizza assicurativa per la colpa grave a sola garanzia dell'azione di rivalsa o di surroga dell'assicuratore. In concreto, tuttavia, in mancanza del regolamento ministeriale, non era previsto alcun obbligo assicurativo. Solo in seguito al correttivo attuato dalla legge n. 3/2018, cd. Legge Lorenzin, l'art. 11, c. 2, che ha abrogato l'art. 3 del D.L. Balduzzi n.158/2012 conv. in legge n.189/2012, richiamato nella legge n.24/2017, può dirsi vigente l'obbligo assicurativo per gli esercenti la professione sanitari per effetto della legge n. 24/2017, anche in forza del DPR n. 137/2012 anche se

ISSN 2036-7821

non è chiaro quale tipologia di copertura assicurativa siano obbligati a stipulare gli esercenti la professione sanitaria. Solo di recente, a distanza di ben sette anni dalla legge Gelli Bianco, in data 1° marzo 2024 è stato pubblicato il Decreto Interministeriale del 15 dicembre 2023, n. 232[14], in vigore dal 16 marzo 2024[15]. Il decreto, che dovrà trovare applicazione entro ventiquattro mesi a partire dal 16 marzo 2024, conferisce piena attuazione alla regolamentazione degli aspetti di responsabilità derivanti dall'esercizio della professione sanitaria, secondo quando prescritto dall'art 10 c. 6 della l. n.24/2017, in un delicato bilanciamento tra le esigenze di tutela del paziente danneggiato e la necessità di arginare il fenomeno patologico della medicina difensiva. Il testo, sul quale vale la pena brevemente soffermarsi, contiene numerose novità in materia di copertura del rischio. In primo luogo, con le definizioni di "*esercente la professione sanitaria*" e di "*esercente attività libero professionale*", viene tracciato il perimetro dell'obbligo di copertura della responsabilità civile verso terzi che grava sul libero professionista che svolga la propria attività "*in adempimento di un obbligo contrattuale direttamente assunto con il paziente*" (cfr. art. 10, c. 2, della Legge Gelli)[16]. Stabilisce dai massimali e minimi di legge alla non opponibilità delle eccezioni, dal legame tra formazione e assicurazioni a bonus-malus e auto-ritenzione[17]. Le strutture sanitarie *"potranno scegliere l'auto-*

[14] Cfr. GU n. 51 del 1° marzo 2024. Cfr. F. TORLASCO, *Riflessioni a margine del decreto attuativo della legge Gelli-Bianco, con particolare riguardo ai risvolti in campo processual penalistico della previsione dell'azione diretta*, in *Sistema penale*, 2024.

[15] Regolamento recante la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e sociosanitarie pubbliche e private e per gli esercenti le professioni sanitarie, i requisiti minimi di garanzia e le condizioni generali di operatività delle altre analoghe misure, anche di assunzione diretta del rischio e le regole per il trasferimento del rischio nel caso di subentro contrattuale di un'impresa di assicurazione, nonché la previsione nel bilancio delle strutture di un fondo rischi e di un fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati.

[16] La disposizione dell'art. 10 della l. n. 24/2017 è priva di perentorietà, tanto è vero che le strutture sanitarie, a differenza di quanto declamato dal titolo dell'art. 10 ***"Obbligo di assicurazione"***, devono essere provviste di copertura assicurativa per la responsabilità civile verso terzi e verso prestatori d'opera,***"o di altre analoghe misure".***

[17] Quando la struttura decide di auto-ritenere il rischio dovrà ai sensi dell'art. 10 e 11 legge Gelli, oltre che allestire il fondo rischi e il **fondo riserva sinistri** (i quali devono essere messi come garanzia di tasca capiente a favore del terzo danneggiato), dotarsi di una struttura che è ben descritta analiticamente dal decreto attuativo, con funzionalità, risorse, strumenti e processi molto blindati ed efficaci. Cfr. M. PAZZI, *Rischio clinico nel diritto dell'Unione europea* in *Politiche sanitarie*, 14, 2013, p. 80 ss.; M. FACCIOLI, *Sicurezza delle cure e gestione del rischio clinico nella Legge Gelli-Bianco*, in G. CASSANO (a cura di), *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, Santarcangelo di Romagna, 2024; M.P. MANTOVANI, *L'assicurazione della responsabilità civile medico-sanitaria*, Napoli, 2017, p. 59 ss.; C. AGNELLO, *La gestione del rischio alla luce della legge di stabilità e nella prospettiva di riforma della responsabilità professionale*, in *Politiche sanitarie*, 2017, 2, p. 30 ss.; F. CRISCUOLO, *La nuova disciplina del rapporto medico-paziente: tra buone pratiche, natura dell'obbligazione e responsabilità del sanitario* in *Rassegna di diritto civile*, 2019, 1, p. 756; A. PALMIERI, *Responsabilità sanitaria e c.t. preventiva: alcuni profili problematici*, in *Il quotidiano giuridico*, 2022, 4; F. CASCINI, *Rischio sanitario. Disegno di un modello organizzativo ai sensi della Legge n. 24/2017*, Milano, 2019; M. CAPUTO, *La prevenzione degli errori in sanità. La lezione del clinical risk management – introduzione ai focus – prevenire è meglio. Uno sguardo interdisciplinare sull'organizzazione sanitaria quale fonte di rischi per la salute e garante della sicurezza delle cure* in *Rivista italiana di medicina legale (e del diritto in campo sanitario)*, 2020, 4, p. 1954 ss.

ISSN 2036-7821

ritenzione previa delibera motivata dal fatto di poter effettivamente essere capaci di sostenere il rischio senza ricorrere allo strumento assicurativo". Al riguardo, va ricordato che a partire dagli anni Ottanta si è assistito ad una crescita esponenziale delle azioni legali nei confronti delle strutture sanitarie e del personale medico, accompagnato da un aumento dei costi dei risarcimenti. Questa situazione ha determinato due conseguenze: l'aumento della medicina difensiva e il disinteresse delle compagnie assicurative verso il settore sanitario. Va inoltre, svolta una ulteriore riflessione: considerato che sono rare le compagnie di assicurazione che coprono tutti i livelli di rischio risarcibile (materiale, morale, biologico, esistenziale) per tutti i sinistri e, che in ogni caso, richiedono premi talmente alti, o comunque franchigie altrettanto elevate, nessuna struttura sanitaria potrebbe sostenere tale sforzo economico. Per tali motivi, allo stato il modello di auto-ritenzione sembra oggi essere la soluzione più utilizzata dall'ente ospedaliero e da varie Regioni[18], anche se non vi è nessuna certezza in ordine alla qualificazione del danno, legata alla frequente evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali. Di poi, l'obbligazione solidale tra medico e struttura, la limitazione del diritto di rivalsa alla colpa grave del medico e il principio di *self retention* aggravano esclusivamente la situazione delle strutture sanitarie. Infatti, mentre nel settore pubblico queste ultime sono già in difficoltà e non sono in grado di sostenere premi assicurativi così elevati, nel settore privato si trovano comunque a dover affrontare un carico di rischio eccessivo, in proporzione all'utenza del pubblico. Per questi motivi molte strutture sanitarie scelgono l'assunzione diretta del rischio, cioè l'auto ritenzione. Tale scelta, ai sensi dell'art. 9, "*deve risultare da apposita delibera approvata dai vertici delle strutture sanitarie che ne evidenzia, altresì, le modalità di funzionamento*". La struttura che adotta tale opzione deve istituire un Fondo specifico per coprire i rischi che potrebbero dar luogo a richieste di risarcimento (art. 10), accantonando un importo calcolato in base alla tipologia delle prestazioni erogate. In questi casi, sarà fondamentale effettuare una stima del rischio potenziale per determinare il limite di copertura adeguato a ciascuna struttura sanitaria. Invece, il fondo per riserva rischi (art. 11) è costituito dalla struttura come "*messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi a sinistri. Comprende l'ammontare complessivo delle somme necessarie per far fronte alle richieste di risarcimento presentate nel corso dell'esercizio o nel corso di quelli precedenti, relative a sinistri denunciati e non ancora pagati e relative spese di liquidazione*". Il fondo, pertanto, è specificamente progettato per coprire non già potenziali richieste di risarcimento, ma quelle che sono state

[18] Il sistema auto assicurativo implica per le aziende sanitarie una gestione consapevole della responsabilità, prevenzione dei rischi medici e l'assunzione di responsabilità per qualsiasi errore o negligenza che possa arrecare un danno al paziente. Inoltre, va ricordato che le aziende sanitarie del SSN devono tener di conto che i soldi stanziati per i risarcimenti sono pubblici e da rendicontare alla Corte dei conti. S. LORUSSO - R. CANGIANO, *Autoassicurazione da responsabilità civile verso terzi delle Aziende ed Enti del SSR Basilicata: aspetti contabili,* in *Sanità pubblica e privata*, 2013.

ISSN 2036-7821

formalmente presentate alla struttura sanitaria. Questo significa che le somme accantonate serviranno a far fronte a situazioni di responsabilità già emerse, garantendo così una gestione finanziaria adeguata ad affrontare le richieste di risarcimento attuali e passate. Sul punto, sono state sollevate critiche nei riguardi delle nuove regole di accantonamento, in quanto le strutture sanitarie, sia pubbliche che private[19], già operano in un contesto in cui le risorse disponibili sono scarse, siano penalizzanti e difficilmente sostenibili. Non dimenticando la funzione sociale dell'obbligo di assicurazione della responsabilità sanitaria come garanzia degli utenti danneggiati ma anche strumento per incentivare *"la migliore utilizzazione delle "buone pratiche clinico-assistenziali" di cui all'articolo 5 della legge"*[20], sarebbe opportuno individuare un equilibrio all'interno di un sistema assicurativo misto, che preveda franchigie minime e premi concordati, calcolati anche in base al virtuosismo della struttura e alla valutazione dei rischi (risk assessment). Questo approccio dovrebbe, tuttavia, contenere eventuali richieste di risarcimento che risultino temerarie o poco fondate. Diverso invece, è per i professionisti sanitari, i quali devono essere tutti assicurati. Per professionisti 'strutturati' l'onere assicurativo sarà garantito loro in ogni caso dalla struttura, o in via di auto-ritenzione o attraverso la stipula di una polizza che deve garantire i rischi di responsabilità contrattuale verso terzi e prestatori nonché i danni causati dagli ausiliari, oltre che extracontrattuale per i cd. liberi professionali 'intramurali'. Per l'esercente attività libero professionale, la

[19] Dal Rapporto Annuale dell'Agenas pubblicato nell'anno 2016 (agenas.gov.it) avente ad oggetto il monitoraggio delle denunce sinistri per l'annualità 2015, alcune Regioni (Emilia-Romagna, Toscana, Sicilia, Liguria, Basilicata) hanno adottato il modello di auto - assicurazione con specifici accantonamenti nel Fondo Sanitario Regionale. Attualmente i dati vengono raccolti attraverso il SIMES, Sistema Informativo per il Monitoraggio degli errori in sanità, istituito con DM 11.12.2009 all'interno del quale si inserisce l'Osservatorio nazionale delle Buone pratiche sulla Sicurezza nella Sanità (art.3, c. 1, l. n. 24/2017 e decreto attuativo del Ministro della slaute,29.09.2017). Tuttavia, il sistema di raccolta dei cd. eventi sentinella e delle denunce di sinistri che le Regioni e Province inviano, presenta delle criticità, poiché la mancata obbligatorietà per le aziende sanitarie di fornire i dati al SIMES – dato che al momento la raccolta delle informazioni sulle denunce di sinistri non rientra nei LEA – rende la rilevazione del fenomeno parziale e impedisce un'analisi completa in merito alla qualità del dato e delle richieste di risarcimento danni pervenute alle aziende, anche se il tipo di procedimento utilizzato maggiormente è quello stragiudiziale (cfr. Relazione sull'attività svolta dall'Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità nel corso dell'anno 2022). Inoltre, un altro limite è collegato al caricamento dei dati relativi ai singoli contenziosi, poiché la richiesta di risarcimento può essere presentata entro il termine di prescrizione di dieci anni; di conseguenza, l'intervallo di tempo tra l'evento e la denuncia può essere significativo. È indispensabile un rimodulazione della piattaforma in cui far confluire i dati del SIMES, semplificando e uniformando le modalità di compilazione; l'obiettivo non è solo quello di adempiere alla normativa, ma soprattutto di incrementare la qualità e la quantità dei dati da analizzare e restituire alle Regioni e alle Aziende.

[20] Cfr. Consiglio di Stato parere consultivo del 22 giugno 2022, sospeso, sul testo dello schema di Regolamento trasmessogli dal Mise, avente ad oggetto i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie. La sezione consultiva ha sospeso il parere formulando richiesta di chiarimenti in merito alla disciplina del *bonus malus* e del recesso. Successivamente il Consiglio di Stato con Decreto n. 554 del 21 marzo 2023 ha espresso il parere prescritto per il regolamento ex art. 10, comma 6, della legge 8 marzo 2017 n. 24, recante la determinazione dei requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie.

ISSN 2036-7821

polizza deve garantire l'adempimento di un'obbligazione contrattuale direttamente assunta con il paziente. Nel testo sono poi indicati massimali e minimi di legge, diversificati per tipo di rischio e di attività. Per quanto concerne il contenuto delle polizze, il Decreto conferma l'operatività della garanzia nella forma c.d. "*claims made*"[21]. La polizza sanitaria opererà in relazione a quelle richieste formali scritte di risarcimento presentate per la prima volta durante il periodo di vigenza della polizza relativamente a fatti verificatesi in tale periodo, oltre che – per i casi di cessazione definitiva dell'attività dell'esercente la professione sanitaria – nei dieci anni successivi in relazione ad eventi verificatisi nel periodo di efficacia (incluso il c.d. "*periodo di retroattività*", art. 11 della L. n.24/2017 ed art. 5, c.1, del Decreto). Il diritto di recesso dell'assicuratore potrà essere esercitato soltanto nei casi di "*reiterata condotta gravemente colposa dell'esercente la professione sanitaria, accertata con sentenza definitiva che abbia comportato il pagamento di un risarcimento del danno*". Punto centrale del decreto è di aver reso applicabile anche in materia di responsabilità sanitaria la possibilità di esperire l'azione diretta da parte del soggetto danneggiato, che l'art. 12 della legge n.24/2017 aveva subordinato appunto all'entrata in vigore dei decreti attuativi, sia nei confronti dell'impresa di assicurazione della struttura sanitaria convenuta per il risarcimento del danno, sia dell'assicuratore dell'esercente la professione sanitaria qualora convenuto dal paziente danneggiato che abbia con il primo concluso un contratto d'opera professionale**.** Chiara è l'impronta di *favor* per il danneggiato da attività sanitaria il quale con i nuovi contratti assicurativi, oltre all'azione ordinaria che il danneggiato può instaurare nei confronti del responsabile civile, autore dell'illecito, potrà esercitare l'azione direttamente nei confronti della compagnia assicuratrice, quando l'azienda non è in auto-ritenzione, e la compagnia assicuratrice del responsabile è obbligata a pagare in assenza di eccezioni contrattuali, fatta esclusione per "particolari clausole, previste dal decreto, che possono essere opposte direttamente al danneggiato". Ciò agevola le istanze risarcitorie del primo, anche attraverso la rigorosa limitazione delle eccezioni opponibili dalla compagnia assicuratrice convenuta secondo quanto previsto dall'art. 8 del d.m. n.232 del 2023[22]. Con il decreto attuativo, entra altresì, in vigore l'art. 38 bis del decreto n.152/2021**,** che condiziona l'efficacia delle polizze assicurative di cui all'art.10 della l. n.24/2017 all'adempimento degli obblighi formativi individuali (ECM) nel triennio ultimo utile in misura non inferiore al 70%. La *ratio* del legislatore,

[21] Corte di Cassazione civile, SS. UU., sentenza 24 settembre 2018 n. 22437.

[22] L'art. 8 del d.m. n.232/2024 prevede che costituiscono eccezioni opponibili unicamente i ***"fatti dannosi derivanti dallo svolgimento di attività che non sono oggetto della copertura assicurativa"***, i ***"fatti generatori di responsabilità verificati e richieste di risarcimento presentate al di fuori dei periodi contemplati dall'art. 5"***, ***"le limitazioni del contratto assicurativo di cui all'art. 1, comma 1, lettere q) ed r) con riferimento alle coperture assicurative di cui al comma 1 dell'art. 10 della Legge"***, ***"il mancato pagamento del premio"***.

ISSN 2036-7821

rivolta ad evitare il danno più che a risarcirlo, è quella di creare uno stretto collegamento tra formazione continua in medicina e copertura assicurativa in vigore dal triennio ECM 2023-2025. L'intento è di creare un sistema finalizzato a ridurre l'incidenza degli errori medici e che garantisca una maggiore qualità dell'assistenza sanitaria attraverso la formazione continua[23]. A fronte dell'opportunità di tale intervento, la disciplina in esame non è esente da critiche: parte della dottrina ravvisa una vera e propria 'amnesia legislativa' allorquando, all'articolo 10, comma 1 della legge n.24/2017, viene previsto l'obbligo di assicurazione soltanto per le strutture sanitarie pubbliche e private, "anche per danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante" e per ogni altro esercente l'attività sanitaria "in regime libero-professionale" (c. 2), senza disporre un analogo obbligo a contrarre anche a carico delle imprese di assicurazione. La conseguenza è quella di una "assicurazione asimmetricamente obbligatoria" e di rendere ancora più complessa la procedura, essendo le società assicuratrice libere di determinare arbitrariamente il contenuto del contratto (premio compreso) e di scegliersi un contraente che, invece, è obbligato a contrarre per poter svolgere la sua attività[24]. Asimmetria che può esistere anche nel rapporto medico - struttura sanitaria, potendo il sanitario essere ritenuto responsabile per un errore che è effettivamente il risultato di una cattiva gestione o organizzazione della struttura sanitaria in cui lavora. In tale ipotesi, il medico si troverebbe coinvolto in un contenzioso e, ad un eventuale risarcimento, anche se la colpa principale ricade sulla struttura, come nel caso di utilizzo di attrezzature diagnostiche inadeguate. Oltre ad una regolamentazione più equilibrata delle polizze assicurative, anche un sistema di formazione continua obbligatoria per i medici, inteso come modello di prevenzione attiva, può ridurre notevolmente i rischi di errore medico, e quindi abbassare i costi legati alla polizza assicurativa. Inoltre, una formazione mirata potrebbe anche ridurre la percezione di asimmetria tra medico e paziente, migliorando la comunicazione e incrementando la sicurezza dei pazienti; del resto, la buona riuscita della prestazione sanitaria si basa sulla "alleanza terapeutica" tra paziente e medico .Si comprende come in ambito sanitario, un fattore strategico trasversale all'intera organizzazione sanitaria è sicuramente rappresentato dalla gestione dei Flussi Informativi, un modello basato su strumenti che permettono la condivisione di informazioni strutturate e l'integrazione di informazioni cliniche, organizzative e amministrative. Una corretta gestione dei flussi informativi riveste un'importanza cruciale all'interno del sistema sanitario ed è fondamentale anche per la prevenzione delle responsabilità mediche, in quanto l'efficace gestione delle

[23] Ciò significa, che i professionisti, i quali trascureranno la formazione continua e non raggiungeranno la prescritta percentuale di ECM entro la fine del triennio (31 dicembre 2025) non potranno accedere alla copertura assicurativa, trovandosi scoperti in caso di contenzioso a loro carico

[24] Cfr. A. PROCIDA MIRABELLA DI LAURO, *La riforma della responsabilità sanitaria tra amnesie legislative e deviazioni giurisprudenzia*li, in *Danno e Responsabilità*, 2023, p.129 ss.

ISSN 2036-7821

informazioni può ridurre notevolmente il rischio di errori, negligenze e danni per i pazienti, e conseguentemente limitare il rischio di contenzioso e risarcimento danni. Un corretto flusso di informazioni è essenziale per una gestione integrata della salute, il coordinamento tra professionisti sanitari e per la prevenzione di responsabilità mediche.

a. Il rischio clinico

Come si è potuto osservare, l'incremento dei risarcimenti da responsabilità sanitaria – sia sotto il profilo quantitativo che della relativa onerosità – è fattore causalmente connesso all'aumento dei costi delle polizze determinando una conseguente diminuzione dell'offerta assicurativa. A testimonianza della gravità del fenomeno, si è registrata una tendenza al progressivo abbandono da parte di numerose compagnie assicurative del settore sanitario proprio in quanto generalmente ritenuto poco remunerativo: il margine di rischio è stato evidentemente ritenuto eccessivamente elevato. Si ritiene che lo studio dei processi di gestione del rischio[25] – che è ambito ben diverso da quello sui processi di gestione del contenzioso – abbia carattere centrale in quanto inscindibilmente connesso al complesso tema della responsabilità sanitaria. Garantire livelli di sicurezza ottimali costituisce non solo l'essenza stessa della funzione delle strutture sanitarie ma è altresì idoneo ad esplicare una straordinaria efficacia deflattiva del contenzioso giudiziale. Per rischio clinico si intende, convenzionalmente, la probabilità che un paziente subisca un danno – di qualsiasi entità e tipologia – a qualsivoglia titolo ascrivibile all'attività medica. Assume, in questo contesto, una straordinaria valenza deflattiva del contenzioso, il sistema di gestione del rischio clinico, un processo di carattere sistemico che ingloba sia la componente clinica che quella più marcatamente gestionali. L'obiettivo di fondo dello studio di tali processi è l'individuazione dei meccanismi operativi – metodi, mezzi, comportamenti e strategie – tali da selezionare, analizzare, reagire ai rischi attuali e potenziali per garantire il miglior livello di sicurezza per i pazienti. Nella fase di selezione del rischio devono essere tenuti in debita considerazione fattori di matrice varia quali quelli organizzativi, quelli inerenti al gruppo di lavoro, ivi comprese caratteristiche individuali dell'operatore, fattori ambientali e fattori afferenti al paziente. Al fine di condurre un'analisi esaustiva, è imprescindibile l'impiego di una metodologia bifasica: in primo luogo, è necessario scansionare ciascun processo sanitario rilevando per ciascuna fase i punti critici e tale da individuare degli scudi protettivi che limitino gli effetti dell'errore umano o l'errore attivo. In secondo luogo, lo studio deve considerare, allorquando si presenti, un evento inatteso correlato al processo assistenziale che determina un danno al

[25] A. PARZIALE, *Rischio clinico e responsabilità civile del personale sanitario e della struttura per difetto di organizzazione,* in *Rivista italiana di Medicina legale (e del diritto in campo sanitario),* 2020, 4, p. 1934 ss.

ISSN 2036-7821

paziente e verificare se esso sia prevenibile – ossia attribuibile ad errore – o meno. In tale analisi, che poggia su un approccio di tipo reattivo – è ulteriormente decisivo intuire la declinazione di un evento avverso quale evento sentinella; trattasi di una fattispecie che per la sua rilevanza e la gravità, potrebbe risultare sintomo di una disfunzione sistemica: in tal caso è fondamentale l'intervento immediato attraverso adeguate misure correttive[26]. Ai fini di garantire tali obiettivi, nel Regno Unito è stata istituito un sistema di monitoraggio e prevenzione del rischio clinico istituzionalizzato nel 2001 con la *National Patients Safety Agency* (NPSA)[27]. L'agenzia britannica gioca un ruolo fondamentale nel settore in quanto provvede all'analisi del rischio definendo gli interventi in base ai danni e alle conseguenze sociali e le risultanze scientifiche, azionando strategie di contrasto e prevenzione compresi corsi di formazione degli operatori sanitari. L'approccio operativo della NPSA coniuga, dunque, la strategia proattiva a quella di stampo tipicamente reattivo. Sebbene non esista a livello europeo un'unica agenzia centralizzata paragonabile alla NPSA, tuttavia esistono reti ed enti che collaborano per promuovere e coordinare le attività di sicurezza dei pazienti, ispirate al modello e agli obiettivi della NPSA britannica[28]. Nell'ordinamento italiano, il sistema sanitario italiano ha sviluppato meccanismi e organismi per garantire standard di sicurezza elevati dei pazienti e nella gestione del rischio clinico[29]: questo sistema integrato, composto da organismi nazionali e

[26] A quest'ultimo proposito, occorre brevemente soffermarsi sul *root cause analysis* che è considerato uno degli strumenti con i quali è possibile addivenire ad una gestione efficace di un evento avverso. Tale metodo ha carattere interdisciplinare: il suo principale punto di forza è quello di comprendere la ragione profonda a ciascun livello causa-effetto di un dato fenomeno individuando al contempo le modifiche necessarie per mitigare il rischio medesimo.

[27] Nel 1995 nel Regno Unito è stata istituita la National Health Service Litigation Authority, responsabile della gestione delle controversie legali legate al National Health Service (NHS) che è diventata un modello di riferimento per l'attività svolta a protezione dei pazienti e prevenzione degli errori medici. L'organizzazione fra l'altro, gestisce i Programmi di assicurazione e fondi per il risarcimento fornendo alle strutture sanitarie del servizio sanitario, in caso di responsabilità sanitaria della struttura sanitaria e del professionista, un supporto finanziario per i risarcimenti. Inoltre, nel Regno Unito esiste la Commission for Healthy Care Audit and Inspection, organo indipendente istituito per promuovere il miglioramento qualitativo del servizio sanitario e della salute pubblica.

[28] La Rete Europea per la Sicurezza dei Pazienti e la Qualità dell'Assistenza Sanitaria (PaSQ) è un progetto coordinato dalla Commissione Europea rivolto alla condivisione di buone pratiche, linee guida e strumenti tra i Paesi membri, finalizzato alla riduzione degli errori medici e alla promozione di una cultura della sicurezza nelle strutture sanitarie. Molti Stati dell'UE, come Germania, la Danimarca e i Paesi Bassi, hanno sviluppato Incident Reporting Systems (Sistemi di Segnalazione degli Incidenti**)** sul modello di quello gestito dall'NPSA nel Regno Unito. Così l'OMS ha promosso un Programma Europeo di Sicurezza dei Pazienti e svolge con alcuni Stati membri attività volte ad implementare politiche di sicurezza, linee guida e strumenti di formazione per il personale sanitario.

[29] Oltre al Ministero della Salute, principale organo a livello nazionale responsabile delle politiche di sicurezza dei pazienti e deputato al coordinamento e promozione delle strategie per la gestione del rischio clinico e la qualità delle cure, fornendo linee guida e normative, si affiancano altri enti nella gestione del rischio, come **l'**Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali. L'Agenas oltre a collaborare con il Ministero della Salute nella promozione di modelli organizzativi per la gestione del rischio clinico, supporta le Regioni italiane nella

ISSN 2036-7821

regionali, normative specifiche e protocolli, ha permesso di migliorare la programmazione e il controllo sanitario, la gestione del rischio clinico e di promuovere, se pur con difficoltà, una cultura di sicurezza nelle singole strutture sanitarie italiane operative. Stante la presenza di un vuoto legislativo sul tema, i processi di gestione del rischio si sono sviluppati in termini fortemente disomogenei rendendo sempre più urgente l'esigenza di un'operazione di razionalizzazione ed armonizzazione dei moduli gestionali. Nel contesto problematico ora delineato, la legge n.24/2017 si pone come preludio di un importante capovolgimento di prospettiva costituendo la premessa per una rivisitazione -prima ideologica poi giuridica – delle elaborazioni sviluppatesi sul tema del rischio clinico e della responsabilità sanitaria nel Servizio Sanitario Nazionale (SSN) in Italia. Questa normativa ha rivisitato il quadro di gestione del rischio clinico, con l'obiettivo di aumentare la sicurezza delle cure, prevenire i danni ai pazienti e definire più chiaramente la responsabilità degli operatori sanitari e delle strutture. Come si è infatti desunto, il sostrato metodologico che informava l'elaborazione di strategie in tema di responsabilità da un punto di vista normativo era quello di individuare gli strumenti atti a sanzionare le condotte di *malpractice* garantendo la tutela risarcitoria ai soggetti lesi. La novella legislativa in esame, invece, ha ridisegnato la gestione del rischio clinico nel SSN, orientando le strutture sanitarie verso un modello organizzativo più trasparente, standardizzato e focalizzato sulla prevenzione degli eventi avversi. Attribuisce una rinnovata vitalità al profilo della prevenzione che mira ad evitare l'evento indesiderato e, di conseguenza, gli effetti sfavorevoli per l'operatore sanitario. Attraverso l'adozione di linee guida, l'obbligo di assicurazione, e il monitoraggio continuo degli eventi, la legge ha permesso di migliorare la sicurezza delle cure, garantendo una maggiore protezione per pazienti e professionisti e stimolando l'evoluzione verso un sistema sanitario più responsabile e di qualità. Tale metamorfosi trova la sua emblematica concretizzazione nella previsione di un sistema di raccordo tra aziende, Regioni e Stato. Questo si realizza attraverso l'invio di un consuntivo da parte delle strutture aziendali alle Regioni che trova riscontro in una serie di raccomandazioni indirizzate dalla regione alle aziende sanitarie, mirate a migliorare la qualità delle cure, a rafforzare la sicurezza del

valutazione della qualità e sicurezza delle cure, fornendo linee guida e strumenti operativi. Così l'Istituto Superiore di Sanità (ISS) collabora con Agenas e il Ministero della Salute oltre che per promuovere iniziative di prevenzione e formazione, è coinvolto nella ricerca e nella raccolta di dati sulla sicurezza dei pazienti e sulla qualità dell'assistenza sanitaria. Inoltre, molte Regioni italiane hanno implementato sistemi di segnalazione degli eventi in forma anonima per gli eventi avversi e quasi-eventi (near miss). Questi sistemi permettono di raccogliere dati sugli incidenti e adottare misure correttive. Così, a livello regionale, sono stati istituiti Centri regionali per la Gestione del Rischio sanitario e la Sicurezza del paziente e molte strutture sanitarie hanno istituito Comitati interni per la sicurezza del paziente e la gestione del rischio sanitario che si occupano di sviluppare protocolli di sicurezza, analizzare gli eventi avversi e promuovere la formazione continua del personale.

ISSN 2036-7821

paziente, e a ottimizzare le risorse[30]. Questo sistema di reciproca integrazione consente altresì di soddisfare il summenzionato bisogno di armonizzazione nonché di corroborare la relazione fiduciaria tra cittadini e strutture sanitarie, incidendo anche sul profilo psicosociale che assume una valenza essenziale nello studio globale del fenomeno.

3. Il delicato equilibrio tra garanzie costituzionali ed efficienza del sistema sanitario

I profondi cambiamenti intervenuti nella realtà sociosanitaria mostrano come non sia più rinviabile la revisione del modello di gestione e di accesso alle cure e la valutazione delle performance dei sistemi sanitari. La dinamica della spesa sanitaria, con un aumento dei costi legati anche alla innovazione scientifica e tecnologica da un lato, e il principio di responsabilità finanziaria a tutti i livelli di governo dall'altro, rendono ineludibile la domanda su come sia possibile garantire un sistema sanitario a copertura universale anche alla luce della intervenuta riforma sulla autonomia differenziata[31]. La mancata redistribuzione del gettito fiscale proveniente dalle Regioni su scala nazionale e la definizione della programmazione sanitaria su base regionale rischia di frammentare il sistema sanitario creando difficoltà nel coordinamento nazionale. Inoltre, la mancanza di uniformità nelle politiche sanitarie potrebbe incrementare la mobilità sanitaria dei cittadini e l'accesso ai servizi sanitari in Regioni diverse[32]. Di conseguenza, aumentando il divario economico fra Regioni,

[30] Le raccomandazioni regionali di solito si concentrano su varie aree operative, tra cui: l'adozione di protocolli standardizzati operativi in modo uniforme a livello regionale, per assicurare che tutte le aziende seguano standard di sicurezza condivisi e aggiornati; in materia di formazione e aggiornamento del personale; le Regioni possono incentivare l'utilizzo di sistemi di segnalazione automatizzata degli eventi avversi e dei quasi-incidenti, per aumentare la tempestività e la precisione della raccolta dati. Dopo l'emissione delle raccomandazioni, le Regioni effettuano un monitoraggio continuativo, mediante verifiche periodiche o condivisione delle *best practices*, per garantire che le aziende sanitarie stiano effettivamente applicando le misure correttive suggerite.

[31] Fondazione GIMBE, Report Osservatorio GIMBE 1/2024, *La mobilità sanitaria interregionale nel 2021, gimbe.org*; L. CHIEFFI, *La tutela del diritto alla salute tra prospettive di regionalismo differenziato e persistenti divari territoriali*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2020, 1, p. 13; A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e dis-eguaglianza*, in *Ist. Federalismo*, 2020, 1, p. 60 ss.; F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 2019, 15.

[32] Cfr. Report Agenas sulla mobilità sanitaria interregionale 2023 su dati 2022. www.agenas.gov.it/i. Nel report, considerando esclusivamente il volume assoluto di ricoveri in mobilità attiva, risulta che nel 2022 Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto sono risultate le regioni più attrattive, assorbendo il 56% dei ricavi complessivi di mobilità. Inoltre, osservando l'indice di fuga, quest'ultimo è più alto nelle regioni del Sud del paese valore che diminuisce risalendo lo stivale (Sud 13,36%; Centro 10,30%; Nord 8,85%). C. EQUIZI, *Mobilità interregionale: tra equità nell'accesso ai servizi sanitari e problemi di "sistema"*, in *Corti supreme e salute*, 2023, 2, p. 440 ss.; C. B. CEFFA, *La mobilità interregionale in ambito sanitario e la prospettiva del regionalismo differenziato: ostacolo o presidio per la tutela del diritto fondamentale alla salute?* in *Corti supreme e salute*, 2022, p. 3 ss.; D.A. PISANI, *Il finanziamento della mobilità sanitaria interregionale: iniquità e inefficienze*, in *Riv. Corti supreme e salute*, 2022, 3, p.4; M.A. SANDULLI, *Le tante facce (non tutte auspicabili) del regionalismo differenziato: i presidi non rinunciabili della solidarietà e i gravi rischi della*

ISSN 2036-7821

che si troverebbero nella impossibilità di competere con le Regioni con maggiori risorse, si determinerebbe un accesso diseguale ai servizi sanitari da parte dei cittadini e a "logiche di accaparramento" del personale sanitario da parte delle Regioni più ricche e disposte ad offrire maggiori retribuzioni[33].

Lo scenario da un punto di vista politico e organizzativo non è confortante: concetti come sussidiarietà, partecipazione, responsabilità finanziaria, fabbisogni standard, finanziamento dei livelli essenziali impediranno in concreto di realizzare quei principi di universalità, uguaglianza, solidarietà ed equo accesso alle cure alla base della legge n.833/1978. La riforma approvata come osservato dalla Commissione europea "rischia di mettere a repentaglio la capacità del Governo di tenere sotto controllo la spesa pubblica nazionale" in quanto l'organizzazione delle strutture sanitarie, la qualità e produttività dei servizi e le aspettative della società influiscono in modo significativo sulla sostenibilità dei sistemi sanitari[34]. In un contesto caratterizzato da una grave crisi di sostenibilità del servizio sanitario nazionale, l'approvazione della recente Riforma sull'autonomia differenziata[35], nell'accentuare il divario tra Regioni del nord e sud Italia, potrebbe portare a disparità significative nella qualità dei servizi sanitari, con differenze nelle risorse disponibili, nelle infrastrutture e nelle capacità organizzative[36]; rischierebbe di compromettere l'equità dell'assistenza sanitaria tra le Regioni e l'uniformità dell'erogazione delle prestazioni, vanificando l'obiettivo del legislatore della sostenibilità di un servizio sanitario pubblico, equo ed universalistico[37]. Ciò minerebbe il principio di

competizione, in *Corti supreme e salute*, 2020, 1, p. 261; N. POSTERARO, *La compensazione e i rimborsi nella mobilità sanitaria interregionale e transfrontaliera*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 3, p. 854.

[33] Sul rischio dell'autonomia nel reclutamento, E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116, comma 3, Cost: profili procedimentali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, p. 8 ss.

[34] Cfr. V. MOLASCHI, *Programmazione e organizzazione dell'equità in sanità, L'organizzazione come «veicolo» di eguaglianza*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, p. 35.

[35] Per alcune preliminari osservazioni sulla riforma in materia di salute, rimando ad una mia recente pubblicazione, M.C. SPENA, *La salute tra nuove sfide della contemporaneità. Digitalizzazione,* privacy *e modelli di* governance, Napoli, 2023, p. 45 ss.

[36] S. STAIANO, *Il regionalismo differenziato dalla terra al mito e ritorno*, in *Corti supreme e salute*, 2024, p. 487 ss.; G. M. FLICK, *Le prospettive dell'autonomia differenziata: annotazioni critiche,* in *rivistaaic.it*, 2024, 3; L. CHIEFFI, *I persistenti dubbi di conformità a Costituzione del D.D.L. Recante " Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a Statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma della Costituzione"* (Atto Camera n. 1665, già approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica il 23 gennaio 2024", in *dirittopubblicoeuropeorasssegnaonline.it*, 1, 2024; Sulle modalità di trasferimento di funzioni e risorse, A. POGGI, *Il regionalismo differenziato nella "forma" del d.d.l Calderoli: alcune chiare opzioni politiche, ancora nodi che sarebbe bene sciogliere*, in *Federalismi*, 2024, 3, p. 8 ss.; A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: autonomie, organizzazione e diseguaglianza*, in *Istituzioni del federalismo*, 2020, 1, p. 120; R. BALDUZZI, D.SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria, in Rivista* AIC ,2019, 2, p.12.

[37] Sulle posizioni di dissenso alla Riforma Calderoli si vedano, fra gli altri, M. D'ANGELOSANTE, *I sistemi sanitari regionali alla prova del regionalismo differenziato*, in *Osservatorio costituzionale*, 2024, 1; A. AZZARITI, *Osservazioni sul disegno di legge "Calderoli" di attuazione dell'autonomia differenziata*, in *Dem. dir.*, 2023, 1; E. BALBONI, C. BUZZACCHI, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2023, 1; C.

ISSN 2036-7821

uguaglianza nell'accesso alle cure su tutto il territorio nazionale, aggravando le disuguaglianze e limitando la possibilità di garantire livelli essenziali di assistenza comuni a tutti i cittadini. Partendo dall'assunto che l'equità sociale presuppone l'investimento di forze umane e finanziarie nella sanità pubblica, questa riforma sembrerebbe compromettere la coesione sociale ed economica del nostro Paese perché i diritti di cittadinanza[38], come la salute, l'istruzione o il lavoro, non sarebbero garantiti allo stesso modo sull'interno territorio nazionale. Una maggiore autonomia legislativa, amministrativa ed organizzativa dà poi luogo ad una serie di questioni cd. eversive (cioè che non sembrano *prima facie* collegate), come la gestione delle strutture sanitarie. Basti pensare alle differenze nelle retribuzioni del personale medico e ausiliario, o alla regolamentazione dell'attività libero-professionale o alla istituzione e gestione dei fondi sanitari integrativi che darebbero luogo ad un sistema assicurativo-mutualistico, al di fuori di qualsiasi normativa nazionale. Inoltre, tale autonomia potrebbe favorire l'istituzione e gestione di fondi sanitari integrativi regionali, con la possibilità di sviluppare un sistema assicurativo-mutualistico che potrebbe operare in modo relativamente indipendente dalla normativa nazionale. Questa evoluzione se da un lato, consentirebbe alle singole Regioni di rispondere alle esigenze locali, strutturando i fondi sanitari secondo le priorità specifiche dei territori, dall'altro, un tale sistema rischierebbe di generare disparità nell'accesso ai servizi sanitari e nelle coperture assicurative, introducendo differenze nelle condizioni di assistenza tra le diverse aree del Paese. In altri termini, si avrebbe una sanità a più velocità[39] dove alcune Regioni potrebbero offrire livelli di assistenza superiori minando quei principi di universalità, uniformità, equità e solidarietà su cui si fonda il sistema sanitario nazionale. L'autonomia differenziata in sanità, generando una molteplicità di sistemi organizzativi rischia di determinare una frammentazione del servizio sanitario, aumentando la mobilità interregionale e accentuando le diseguaglianze nell'offerta di cure[40]. Si comprende quindi, come in

---

BUZZACCHI, *Il modello di differenziazione dell'art. 116 Cost.: quando l'asimmetria degenera in diseguaglianza*, in *Dem. dir.*, 2023, 1; L. BUSATTA, *Potenzialità e aspetti critici del nuovo volto della sanità territoriale, tra esigenze di uniformità e difficoltà attuative*, in *Federalismi.it*, 2023, 26, pp. 18-39; M.A. CABIDDU, *La favola brutta dell'autonomia differenziata*, in *Democrazia e diritto*, 2023, 1, p.39 ss.; F.G. CUTTAIA, *I limiti dell'autonomia differenziata da osservare in materia di salute*, in *Federalismi.it*, 2023, 26; A. LUPO, *La tutela del bene salute tra uniformità e differenziazione: spunti di riflessione per il futuro*, in ***Diritti regionali***, 2023, 2, pp. 471-499; A. PIOGGIA, *Il diritto alla salute alla prova della differenziazione: Autonomie, organizzazione e diseguaglianza*, in ***Le istituzioni del Federalismo***, 2020, 1, pp. 37-67.

[38] Per alcune riflessioni critiche sul tema dell'autonomia differenziata in rapporto ai diritti di cittadinanza, rimando a C. SARGIOTTA *La fruizione del patrimonio culturale: un possibile "esercizio" di democrazia,* in *Rivista Giuridica europea*, 2024, 1, p. 65 ss.

[39] Cfr. Informazione Svimez, a cura di L. BIANCHI, S. CARAVELLA, C. PETRAGLIA, *Un Paese due cure. I divari Nord-Sud nel diritto alla Salute*,1. febbraio 2024

[40] Sul finanziamento dei LEP, si v. S. STAIANO, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva, editoriale*, in Federalismi.it, 2023, 7; ID., *Né facile né breve. Allineare il regionalismo differenziato alla Costituzione*, in *Democrazia e diritto*, 2023, p. 104 ss.; D. MORANA, *Una differenza davvero necessaria? qualche osservazione (e molte perplessità) su LEA, organizzazione sanitaria e tutela della salute nell'ottica dell'art. 116 u.c. Cost.*, in ***Corti Supreme e Salute*, 2020,**

ISSN 2036-7821

questo scenario, il tema della responsabilità, oltre che delle strutture sanitarie, dell'esercente la professione sanitaria, e delle procedure per l'accertamento delle eventuali responsabilità civili ed amministrative dei sanitari assume un duplice valore[41] e non sia estraneo alle problematiche del regionalismo differenziato, in quanto la legge Gelli Bianco oltre a disciplinare la natura della responsabilità medica e degli ausiliari in ambito medico, ha creato un complesso di regole e di principi in tema di *medical malpractice* idonee ad assicurare la prevedibilità e la controllabilità delle future decisioni in tema di responsabilità. La rilevante funzione sociale della *malpractice* sanitaria[42] fa sì che essa influisca non solo sulla relazione tra paziente - professionisti sanitari, ma anche sulla fiducia nel sistema sanitario nel suo complesso, e sulla qualità complessiva delle cure fornite[43]. Se è vero che il nostro sistema sanitario, che si fonda sui principi costituzionali di accesso universale ed ugualitario alle cure, rappresenta un pilastro fondamentale per la salute pubblica e, come tale, comporta un insieme di responsabilità che si estendono su diversi livelli, è altrettanto vero che è un complesso ecosistema in cui diverse entità (governo, strutture sanitarie, personale sanitario, pazienti), giocano ruoli cruciali nel promuovere e garantire un sistema sanitario equo ed efficiente. Le vicende legate alla pandemia hanno dimostrato che spesso si è dovuti derogare dai principi di giustizia, equità e solidarietà, selezionando l'allocazione delle risorse sanitarie rispetto alla domanda.[44]

---

pp. 243-252, ragionando sull'opportunità di un regionalismo differenziato in materia sanitaria, osserva che "la materia della tutela della salute è in grado di esprimere una irresistibile vis attrattiva nei confronti di tutti quei frammenti materiali che intersecano in qualche modo il diritto alla salute, anche qualora siano direttamente rivolti solo alla dimensione organizzativa dei servizi finalizzati a garantire tale diritto". Cfr. R. BALDUZZI, D. SERVETTI, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2019, 2.

[41] Il progressivo deterioramento della relazione medico paziente ha determinato la diffusione della cd. medicina difensiva cioè, di condotte con finalità elusive o di astensione da parte degli operatori sanitari rivolte alla riduzione del rischio da responsabilità professionale. Le condotte di **medicina difensiva negativa** consisterebbero dunque nell'astensione e nel rifiuto, da parte dei medici di compiere azioni e interventi potenzialmente rischiosi per l'elevata probabilità di incorrere in una responsabilità civile o, peggio, penale connessa al loro operato. Diversamente, la medicina difensiva positiva consisterebbe nell'opposto comportamento per cui i sanitari, proprio per evitare successivi addebiti di responsabilità, prescriverebbero esami diagnostici in eccesso, o sottoporrebbero i pazienti ad indagini e terapie inutili, o comunque costose, per evitare di vedersi contestate in giudizio le scelte di cura effettuate

[42] Sulla responsabilità del medico come delle Strutture sanitarie, A. DI MAJO, ***La salute responsabile. Diritti e rimedi,*** con la collaborazione di Fulvia Trincia, Torino, 2018. La *malpractice* medica si riferisce a qualsiasi atto o omissione da parte di un professionista sanitario che devia dagli standard di cura accettati nella comunità medica a causa di danni al paziente (fisici, psicologici, economici). Gli esempi comuni di *malpractice* includono: errori diagnostici, errori chirurgici, prescrizione di farmaci errati, mancato ottenimento del consenso informato, infezioni ospedaliere dovute a condizioni igieniche inadeguate. Essi possono legittimare il diritto al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali nei confronti dei professionisti sanitari.

[43] Cfr. A. PALMIERI, *Responsabilità sanitaria e c.t. preventiva: alcuni profili problematici*, in *Il quotidiano giuridico*, 2022, 4; C. GRANELLI, *Responsabilità civile in campo sanitario: Natura* in *Revista Iustitia*, 2020, 8.

[44] Nella Carta costituzionale l'art. 32 riconosce la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, l'art. 2 garantisce il principio personalista e il dovere di solidarietà, l'art. 3 che contempla il principio di uguaglianza: principi giuridici tutti irrinunciabili nella relazione di cura anche in condizioni di

ISSN 2036-7821

Per questo al fine di dare concreta attuazione ai principi costituzionali che prevedono l'erogazione della cura secondo un criterio universalistico ed egualitario, è necessario attuare scelte politiche e amministrative che non espongano i cittadini ad una situazione di grave carenza di risorse. Obiettivo collettivo della salute pubblica è assicurare il massimo beneficio per il maggior numero di pazienti garantendo la massima tutela al singolo paziente. Orbene, se è un conto prevedere una regionalizzazione della gestione della sanità con un livello di governo centrale efficiente e con ruolo preminente, un altro è la totale autonomia regionale nel governo della sanità. Come osservato in dottrina[45], il regionalismo differenziato, infatti, permettendo teoricamente il trasferimento dell'intera materia "tutela della salute" alla potestà legislativa esclusiva delle Regioni richiedenti, lascia, di fatto, allo Stato solo la determinazione dei livelli essenziali di assistenza, mentre le Regioni ad autonomia differenziata potranno sostanzialmente legiferare persino sui principi generali in materia di tutela della salute e quindi rivedere i fondamenti sui quali fu istituito, con la l. n. 833 del 1978, il SSN. Come già evidenziato in dottrina, le nuove competenze consentiranno alle Regioni interessate di acquisire un'ampia autonomia nell'organizzazione e gestione della rete ospedaliera e dei servizi sanitari, con l'obiettivo di potenziarli; "ciò, in particolare, grazie alla maggiore disponibilità di personale ricavabile dalla facoltà di istituire scuole di specializzazione assumendo a termine gli specializzandi" e alla "definizione del sistema tariffario e di rimborso" [46].
Si comprende quindi, come il tema della salute come fonte di responsabilità è ampio e complesso, abbracciando diverse prospettive individuali, sociali e istituzionali: non è solo fonte di responsabilità per chi entra in contatto con essa, ma è strumento "di responsabilizzazione" per lo stesso paziente, che ne è, in pari tempo, oggetto e soggetto del trattamento sanitario[47]. Il concetto di salute come fonte di responsabilità implica un impegno condiviso tra individui, comunità e istituzioni. Promuovere la salute richiede azioni coordinate e consapevolezza delle proprie responsabilità a ogni livello della società. Richiede un approccio multidisciplinare rivolto ad affrontare il tema della sicurezza in modo sistemico, indispensabile per il raggiungimento di standard qualitativi elevati e al miglioramento della comunicazione tra i

---

criticità. Per una disamina sul principio personalista e sulle nuove sfide in campo digitale, si veda C. SARGIOTTA, *Human development in the "technological society": the digital citizenship*, in *Orbis ideaurum*, vol. 12, 2024, 1, pp. 53-69. Specificamente in ambito sanitario, rimando a D. BIANCHI (a cura di), *Rischio, responsabilità e loro distribuzione in ambito sanitario*, in *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individuali*, Torino, 2021, p. 4 ss.; G. DAMIANI, M.L. SPECCHIA, W. RICCIARDI, *Manuale di programmazione e organizzazione sanitaria*, Napoli, 2018.

[45] Cfr. F. ANGELINI, *Autonomia differenziata e tutela della salute: autonomia competitiva dei Sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del Sistema sanitario nazionale*, in *Federalismi.it*, 2019, 15, p.6.

[46] F. PALLANTE, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna?* in *Federalismi.it*, 2019, 6, p. 5.

[47] In tal senso, A. DI MAIO, *op.cit*.

ISSN 2036-7821

professionisti della salute e i pazienti. È evidente che la gestione del rischio clinico e del rischio sanitario "che attiene alla dimensione organizzativa delle attività mediche"[48] implica anche scelte prettamente politiche, facenti capo agli organi politico-amministrativi, è un elemento fondamentale, sia per proteggere la salute delle persone, sia per sviluppare un sistema sanitario sostenibile, specialmente in un periodo di rapido progresso tecnologico e scientifico. Oltre a favorire una maggiore aderenza alle terapie, questo strumento può contribuire a miglioramenti significativi nell'aspettativa di vita, nel controllo della malattia, nell'inclusione sociale e nella qualità della vita.

4. Considerazioni conclusive

La responsabilità sanitaria e la *malpractice* sono temi complessi che richiedono un'attenta gestione da parte dei professionisti e delle strutture sanitarie. Garantire la qualità delle cure, mantenere elevati standard professionali, e adottare misure preventive sono fondamentali per ridurre il rischio di *malpractice* e tutelare sia i pazienti che gli operatori sanitari. È una questione la cui rilevanza è andata crescendo negli ultimi anni e che, per certi profili, ha ormai assunto le caratteristiche di una vera e propria emergenza. Il Servizio Sanitario Nazionale in Italia è stato concepito come un sistema universale, volto a garantire l'accesso alle cure per tutti i cittadini. Tuttavia, mantenere un equilibrio tra universalismo, innovazione e reale accesso alle cure rappresenta una sfida continua. Le questioni sono molteplici: la crisi demografica unitamente all'aumento delle persone anziane, bisognose di assistenza o in condizioni di non-autosufficienza pone in discussione la sostenibilità finanziaria dell'intero sistema sanitario nazionale e di quelle forme di assistenza sociosanitaria, come ad esempio, l'indennità di accompagnamento, e quindi l'accesso reale alle cure. Ciò implica che le cure siano non solo teoricamente disponibili, ma anche effettivamente accessibili a tutti i cittadini. Questo include aspetti come la disponibilità di servizi sanitari, la riduzione dei tempi di attesa, la presenza di strutture adeguate, la qualità dell'assistenza ai pazienti superando le barriere geografiche e socioeconomiche, ma anche la necessità di garantire condizioni di serenità per i professionisti sanitari e di crescita professionale. In questo senso è necessario il coinvolgimento dei medici nelle decisioni riguardanti le politiche sanitarie e l'organizzazione del lavoro; nell'implementare soluzioni di telemedicina per ridurre la pressione sui medici e migliorare l'accessibilità delle cure; nell'utilizzo di sistemi per raccogliere e agire sui feedback dei medici riguardo alle condizioni di lavoro; nell'assicurare contratti trasparenti e salari adeguati al lavoro svolto; offrire

[48] R. BARTOLI, *La responsabilità medica tra individuale e collettivo: rischi, regole, centri d'imputazione*, in *Distribuzione del rischio sanitario tra responsabilità dell'organizzazione e responsabilità individual*i (a cura di) V. BIANCHI, Maggioli, 2021, p. 73 ss.

ISSN 2036-7821

flessibilità negli orari di lavoro e migliorare il check and balances tra vita privata e vita lavorativa. La necessità di garantire cure accessibili e di qualità e, dall'altro, la necessità di ingenti investimenti in innovazione e tecnologia medica impongono di ripensare il modello di accesso alle cure, programmando un'organizzazione che consentisse il superamento del modello *ospedalocentrico* rafforzando l'assistenza territoriale e la cura di prossimità. Le disuguaglianze geografiche e socioeconomiche possono influenzare l'accesso reale alle cure, con alcune aree o gruppi di popolazione che ricevono meno cure di qualità rispetto ad altri. La Missione 6 del PNRR, in un'epoca di profonde trasformazioni demografiche e digitali, indubbiamente costituisce una opportunità senza precedenti per una riorganizzazione del servizio sanitario e l'introduzione di nuove tecnologie, farmaci e pratiche mediche che possono migliorare la qualità delle cure. L'innovazione è fondamentale per affrontare le nuove sfide sanitarie e migliorare i risultati clinici, ma spesso comporta costi elevati. In questo contesto, l'introduzione di innovazioni tecnologiche richiede che il personale sanitario sia adeguatamente formato e aggiornato sulle nuove tecnologie e pratiche e conseguentemente diventa essenziale l'investimento nella formazione continua del personale sanitario e nella creazione di partnership con le istituzioni accademiche e di ricerca per facilitarne la loro diffusione. La formazione dei professionisti sanitari sulla sicurezza delle cure è uno degli elementi cardine per garantire l'efficacia di ogni programma per la gestione del rischio sanitario ma anche per alleggerire il contenzioso civile e penale[49]. Il diritto alla salute si realizza nella gestione dei rischi legati all'erogazione delle prestazioni sanitarie, insieme a un uso sostenibile delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. Del resto, l'art. 1 della legge Gelli – Bianco, rubricato come "Sicurezza delle cure in sanità" sancisce che: "La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative. Alle attività di prevenzione del rischio messe in atto dalle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, è tenuto a concorrere tutto il personale, compresi i liberi professionisti che vi operano in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale". Ma gestire il rischio nell'ambito dell'attività medico-sanitaria significa da un lato, garantire una protezione preventiva dell'integrità psicofisica del paziente, considerato un bene indisponibile, dall'altro realizzare una funzionale gestione del rischio al fine di ridurre il rischio connesso all'attività medica in un'ottica risarcitoria. Tuttavia, in campo sanitario occorre distinguere gli eventi non prevedibili da quelli

[49] La formazione continua e i programmi di aggiornamento in tema di rischio clinico e sicurezza sono obbligatori per il personale sanitario, spesso promossi da Agenas e dalle singole aziende sanitarie.

ISSN 2036-7821

conoscibili. Di fronte a rischi non rilevabili trova applicazione il principio di precauzione che opera in una fase antecedente al concretizzarsi del danno in presenza di rischi sospettati ma non certi[50]. Principio che nell'ambito delle conoscenze scientifiche e dei processi decisionali implica l'adozione di una serie di regole atte ad evitare un possibile danno futuro: implica lo sviluppo di procedure, inclusa la valutazione, la gestione e la comunicazione del rischio. Deve guidare il processo decisionale svolgendo la funzione di orientare l'identificazione di elementi utili per valutare il rischio di eventi sconosciuti e non prevedibili. Sul punto, questione dibattuta è come garantire l'equilibrio fra principio di precauzione e tutela delle misure a protezione dei diritti degli individui, come quello della salute e della libertà di cura. La giurisprudenza prevalente ritiene che le misure adottate in base al principio di precauzione non debbano mai superare i limiti di quanto appropriato e necessario per raggiungere gli obiettivi di tutela stabiliti[51] e che le misure adottate debbano comprimere i diritti e le libertà nella misura minore possibile, specie quando nella valutazione del rischio persista l'incertezza scientifica[52]. La Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel parere del 26.9.2017, n. 2065, punto 40 chiarisce alcuni punti fondamentali sul principio di precauzione che "lungi dal fondarsi su un pregiudizio antiscientifico, postula più di qualunque altro principio del diritto una solida base scientifica", permettendo di individuare "il percorso di procedimentalizzazione delle decisioni delle autorità pubbliche in situazioni di incertezza" e di consentire così "una gestione collettiva del rischio". Secondo il Consiglio di Stato "il principio di precauzione" non obbliga affatto alla scelta del "rischio zero", semmai impone al decisore pubblico (legislatore o amministratore), in contesti determinati, di prediligere, tra le plurime ipotizzabili, la soluzione che renda possibile il bilanciamento tra la minimizzazione dei rischi e la massimizzazione dei vantaggi, attraverso l'individuazione, sulla base di un test di proporzionalità, di una soglia di pericolo accettabile; la selezione di tale soglia, tuttavia può compiersi

[50] Al principio di precauzione si deve ispirare l'attività amministrativa in presenza di un rischio per la salute, la sicurezza e l'ambiente. Applicazione del principio di precauzione, ad esempio, è il dibattito sull'esposizione ai campi elettromagnetici. Il principio di precauzione si è affermato inizialmente a livello europeo in risposta all'evoluzione del progresso scientifico, che ha evidenziato "nuovi bisogni di tutela" in tutti i settori della vita dell'individuo. Questo principio è particolarmente rilevante quando si trattano questioni legate alla protezione dell'ambiente e della salute, specialmente in contesti di incertezza scientifica, ma dove i dati scientifici disponibili attestano la possibilità di effetti dannosi derivanti dall'uso di specifici prodotti o dalla realizzazione di certe attività. Cfr. R. TITOMANLIO, *Il principio di precauzione fra ordinamento europeo e ordinamento italiano,* 2018; E. BOERI, E., P. PETRELLI, *Il principio di precauzione, funzione preventiva e punitiva del risarcimento",* in Aa.Vv., *Trattato della responsabilità contrattuale*, (a cura di G.VISINTINI), 2009, p. 3 ss.; F. DE LEONARDIS, Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio, Università di Macerata, 2005.

[51] Corte di Giustizia UE, Sex I, 9 giugno 2016, N. c-78/16 e C- 79/16; Cons. St., sez. III, 9.3.2020, n. 1692, che cita Corte Giust. UE, 17.12.2015, Neptune Distribution SNC c. Ministre de le Economie et des Finances, C-157/14.

[52] Corte cost, 9 maggio 2013, n. 85. Sulla libertà di scelta del cittadino di non vaccinarsi, Consiglio di Stato, con parere del 26 settembre 2017 n. 2065.

ISSN 2036-7821

unicamente sulla base di una conoscenza completa e, soprattutto, accreditata dalla migliore scienza disponibile[53].Quindi, mentre il principio di precauzione presuppone un'incertezza scientifica che non permette di definire con sufficiente chiarezza il rischio cd. potenziale, il principio di prevenzione implica l'esistenza di un rischio che è oggettivamente dimostrato. È noto che nella sanità pubblica si siano preferite azioni di prevenzione mirate a contrastare rischi ben definiti. Tuttavia, è importante sottolineare che la precauzione non è contraria alla prevenzione, anzi, in alcuni casi può offrire approcci più adeguati a gestire potenziali rischi. Alla luce di questi obiettivi, è di fondamentale importanza rivedere il modello sanitario per perseguire un miglioramento su diversi fronti: garantire una migliore qualità della vita per il paziente, ottimizzare l'organizzazione delle risorse umane ed economiche e ridurre il contenzioso attraverso strumenti di mediazione e gestione preventiva del rischio. Inoltre, il rafforzamento delle reti di assistenza primaria e dei servizi di telemedicina può aiutare a superare le barriere geografiche; politiche mirate a supportare le fasce più vulnerabili della popolazione possono contribuire a ridurre le disuguaglianze. Si comprende quindi, come sia rilevante una gestione oculata delle risorse disponibili e l'adozione di pratiche di valutazione delle tecnologie sanitarie per determinare il rapporto costo-efficacia delle nuove metodiche cliniche e dei trattamenti prima dell'adozione su larga scala. In questo contesto, appare necessario superare l'attuale approccio *supply-oriented*[54], cioè orientato sull'offerta di servizi sanitari a favore di una maggiore attenzione sulla domanda dei pazienti. È fondamentale bilanciare gli investimenti in infrastrutture, risorse umane, tecnologie e prevenzione per garantire un sistema sanitario robusto, equo e capace di fornire cure di alta qualità a tutta la popolazione. Modifiche che richiedono l'organizzazione delle strutture organizzative e dei servizi sancendo nuovi obblighi e responsabilità con regole di condotta che si concretizzino in termini di efficienza ed economicità, al fine di assicurare non solo l'accesso a cure sicure e di alta qualità, ma anche garantire la protezione dei diritti dei pazienti, offrendo loro i mezzi legali per ottenere un risarcimento in caso di danni causati da negligenza o errori medici. Questo ultimo aspetto è fondamentale in quanto costituisce un incentivo per le stesse strutture sanitarie a seguire protocolli e linee guida finalizzate al miglioramento della sicurezza delle cure, e alla riduzione dell'assunzione dei rischi della struttura nonché del personale sanitario derivanti dall'erogazione del servizio prestato. La costituzione nelle strutture sanitarie pubbliche e private di unità sul rischio clinico deputate a prevenire che l'organizzazione deficitaria sia causa di danni al paziente per inosservanza degli *standard* di sicurezza o del generale dovere di diligenza, prudenza, perizia e se tutte

[53] Cons. St., Comm. Spec., parere del 26.9.2017, n. 2065, punto 4; C.G.A.R.S., 3.9.2015, n. 581.

[54] Un approccio ***supply-oriented*** orientato sull'aumento e il miglioramento dell'offerta di servizi sanitari, piuttosto che sulla domanda dei pazienti, mira a garantire che le risorse, le infrastrutture e i servizi sanitari siano adeguatamente forniti per soddisfare le esigenze della popolazione.

ISSN 2036-7821

abbiano predisposto la prescritta relazione annuale consuntiva sugli eventi avversi verificatisi all'interno della struttura, sulle cause che li hanno prodotti e sulle iniziative messe in atto per contrastarli è un tassello fondamentale nel processo di creazione di un sistema di sicurezza socio-sanitario. Così, la pubblicazione degli errori in sanità tramite il Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (Simes)[55], consente a tutta la collettività di conoscere la sinistrosità delle aziende sanitarie sul territorio nazionale e la valutazione dei rischi e il monitoraggio completo degli eventi avversi al fine di migliorare la gestione del contenzioso. In tal modo, l'attenzione sulla gestione del rischio e sulla prevenzione degli errori contribuisce a sviluppare all'interno delle strutture sanitarie una cultura della sicurezza diventando parte del processo lavorativo. La gestione della *malpractice* sanitaria non è solo una questione legale, ma svolge una funzione sociale cruciale nel garantire la qualità delle cure, mantenere la fiducia nell'organizzazione sanitaria, garantire l'accesso alla giustizia e promuovere la sostenibilità del sistema sanitario. Protegge i diritti dei pazienti, promuove la qualità delle cure, rafforza la fiducia nel sistema sanitario e incentiva l'adozione di pratiche sicure ed efficaci Attraverso un approccio equilibrato e integrato che coinvolge trasparenza, responsabilità, formazione e prevenzione, è possibile sviluppare modelli di collaborazione che garantiscano trasparenza, equità e sostenibilità favorendo l'adozione di innovazioni senza compromettere il principio di universalismo, migliorando la sicurezza dei pazienti e la qualità complessiva delle cure mediche, beneficiando così l'intera società. Inoltre, aiuta a prevenire la medicina difensiva e a promuovere l'educazione e la formazione continua dei professionisti sanitari. Di fronte ad un quadro così complesso ed articolato, un sistema efficace di gestione della *malpractice* è fondamentale per il funzionamento e il miglioramento del sistema sanitario nel suo insieme.

[55] Il SIMES si pone come obiettivo principale la raccolta di informazioni relative agli eventi sentinella e alle segnalazioni di sinistri su tutto il territorio nazionale. Questa iniziativa consente una valutazione approfondita dei rischi e un monitoraggio completo degli eventi avversi.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La sostenibilità del debito pubblico nelle nuove regole della *governance* europea in materia di coordinamento e sorveglianza dei bilanci

di Chiara Maria Annunziata Orrei

(Ricercatrice presso l'Università degli Studi di Salerno – Professore aggregato di Contabilità di Stato presso la facoltà di Giurisprudenza e di Programmazione pubblica e bilancio dello Stato presso il corso di studi in Giurista d'impresa)

Sommario

1. Le ragioni della riforma tra buoni propositi e occasioni mancate. 2. Le linee guida del Regolamento 2024/1263: rafforzamento dei poteri nazionali o della Commissione?. 2.1.: Il nuovo indicatore della spesa netta al cospetto dei vincoli europei e delle scelte nazionali. 2.2. Il ruolo del Parlamento europeo nel processo di democraticità delle procedure di sorveglianza. 3. L'indicatore della spesa pubblica come strumento di controllo dell'andamento del debito sovrano e dell'attuazione delle clausole di resilienza. 3.1. La natura "politica" delle prerogative riconosciute alla Commissione. 3.2. La traiettoria di spesa netta raccomandata all'Italia. 4. Funzioni di controllo della Commissione sui piani strutturali di bilancio e la necessità di nuove misure di contenimento della spesa pubblica. 5. La scarsa flessibilità della traiettoria di riferimento: il rischio della riproposizione di politiche anticicliche. 6. Conclusioni.

Abstract

The contribution aims to analyze the of European Union's fiscal rules contained in the reformed Stability and Growth Pact; and to highlight the contradictions that are emerging following the adoption of the initial implementation phases of the new framework. It also analyzes the implications for the economic policies of individual Member States and assesses whether there are, and what might be, the opportunities that the reformed rules could offer to foster economic growth, consistent with the EU's political priorities, particularly in a period marked by a complex and persistent macroeconomic environment.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Le ragioni della riforma tra buoni propositi e occasioni mancate.

La inadeguatezza dei parametri di convergenza contenuti nel Patto di stabilità e crescita, imputabile in an parte ad una eccessiva rigidità di questi ultimi, che ha avuto come principale ricaduta il forte condizionamento delle politiche di bilancio imposto ad ogni Stato membro, è emersa progressivamente all'avvicendarsi di una serie di crisi, da quella economica a quella sanitaria, nonché in ultimo, a seguito dell'imprevisto aumento dei tassi di inflazione e al corrispondente aumento dei tassi di interesse[1].

Il sistema dei regolamenti compresi nel Patto abrogato, in particolare quelli costituenti il "braccio preventivo", si era concentrato quasi esclusivamente sul rispetto "forzato" dei parametri macroeconomici, senza prevedere una qualche forma di compensazione degli inequivocabili sacrifici, in termini di riduzione della spesa pubblica, imposti alla collettività. L'assenza di incentivi per riforme e investimenti pubblici, unitamente alla mancanza di una politica fiscale comune, ha nei fatti, spinto gli Stati più indebitati ad adottare politiche pro-cicliche, sancendo in tal modo la riduzione delle potenzialità di crescita dei PIL di ciascun paese - ma anche dell'Unione stessa -, e trasmettendo al contempo un'immagine delle istituzioni europee indifferente ad una serie di valori fondamentali e di diritti sociali. Del resto, proprio l'assenza di flessibilità nell'applicazione dei parametri sintomatici della solidità finanziaria ha fatto sì che ben pochi degli Stati membri siano riusciti a rispettarli. In altre parole, il PSC è stata la fonte impositiva di vincoli ai *deficit* dei bilanci nazionali e al volume del debito pubblico, limitandosi ad imporre rigide regole fiscali, indipendentemente dalle condizioni economiche dei singoli paesi, nemmeno compensate dall'avvio di una politica fiscale centralizzata, in funzione di coordinamento e sostegno dei sistemi fiscali nazionali e capace di finanziare la creazione di "beni pubblici europei"[2].

Nondimeno, per quanto imperfette, le regole di bilancio preesistenti hanno rappresentato un certo deterrente nel limitare i disavanzi, e pertanto si è rafforzata l'idea in tutti gli *stakeholders* che il contenimento di politiche fiscali e di bilancio eccessivamente espansive, soprattutto se operate prevalentemente in *deficit*, debba

*(Ricercatrice presso l'Università degli Studi di Salerno – Professore aggregato di Contabilità di Stato presso la facoltà di Giurisprudenza e di Programmazione pubblica e bilancio dello Stato presso il corso di studi in Giurista d'impresa)

[1] Come osserva F. SALMONI, *Debito pubblico e Patto di stabilità e crescita. Le nuove regole sulla governance economica europea*, in Consulta online, 2024, 2, p. 840 ss., il susseguirsi di una quantità di "emergenze", ha fatto sì che l'emergenza diventasse la normalità, riflettendosi "persino sulla forma di governo", e rappresentasse una valida causa di giustificazione per l'adozione ripetuta di misure particolarmente penalizzanti per i bilanci nazionali, eludendo il ricorso allo strumento legislativo (ad esempio, ricorrendo all'adozione di decreti-legge).

[2] Un'altra delle maggiori disfunzioni imputabili al PSC è stata altresì la circostanza di non aver diversificato a sufficienza le regole fiscali tra i diversi Paesi, in base alle condizioni di partenza relative a *deficit* e debito di ciascuno; in questi termini, F. SALMONI, *Commissione UE e "nuovo" Patto di stabilità e crescita: quali altri vincoli?* Editoriale del 14 dicembre 2022, in https://www.federalismi.it.

ISSN 2036-7821

essere oggetto di regolamentazione al livello europeo.
Allo scopo di rendere le politiche economiche dell'area UE più resilienti agli eventi esterni e alla volubilità dei mercati, negli ultimi anni, si è quindi interrotta la stagione caratterizzata da frequenti rimaneggiamenti ai regolamenti del Patto[3] nel tentativo di adattarne di volta in volta i fondamenti alle mutevoli condizioni di fatto, a favore della decisione di intraprendere un processo di riforma complessivo, tendente all'adozione congiunta (ovvero con l'approvazione del Consiglio a maggioranza qualificata) di atti regolamentari indirizzati a disciplinare *ex novo* il tema dell'efficace coordinamento delle politiche economiche nazionali, unitamente alle procedure di vigilanza e sanzionatorie connesse.
L'obiettivo dichiarato della nuova disciplina consiste nella definizione di un percorso di riduzione del debito maggiormente modellato sulle condizioni economiche degli Stati membri, più graduale, e meglio centrato sulla promozione di spinte riformatrici in capo ai singoli governi: almeno nelle intenzioni, l'UE sembra infatti voler spingere i paesi più indebitati a raggiungere l'obiettivo della sostenibilità del debito in virtù di "piani di rientro" fondati su una programmazione di medio termine più orientata a promuovere la crescita piuttosto che alla compressione della spesa pubblica. La Commissione europea ha pertanto dato impulso alla procedura legislativa ordinaria in osservanza dell'art. 121, § 6, per la costruzione di un nuovo quadro normativo della *governance* economica europea, da far succedere al precedente una volta spirata la clausola di salvaguardia – il 1° gennaio 2024 -, innescata sotto la pressione della emergenza sanitaria. Nel 2023 la Commissione europea ha presentato al Consiglio e al Parlamento tre proposte legislative volte ad individuare le regole a cui dovranno ispirarsi in futuro le politiche di bilancio degli Stati membri.
In primo luogo, ha ridisegnato il quadro dei parametri che gli Stati membri, soprattutto quelli con debito eccessivo, dovranno osservare per garantirne una adeguata sostenibilità, in virtù della completa abrogazione del regolamento n. 1466/97 che, si ricorda, disciplinava le misure di sorveglianza sulle posizioni di bilancio e coordinamento delle politiche economiche; in secondo luogo ha proposto la modifica del reg. n. 1467/97, avente ad oggetto la procedura per i disavanzi eccessivi, ovvero il cd. braccio correttivo. Il progetto di riforma della Commissione è stato inoltre incrementato da una ulteriore proposta di modifica della direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.
Con un regolamento completamente nuovo (il Reg. 2024/1263, relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale, abrogativo del Reg. (CE) n. 1466/97), con un altro, il n. 2024/1264, correttivo del Reg. (CE) n. 1467/97, nonché con la direttiva 2024/1265 (di modifica

[3] Che si è dispiegata a partire del 1997 per arrivare fino al 2011

ISSN 2036-7821

della direttiva 2011/85/UE relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri), tutti approvati il 29 aprile 2024 e pubblicati sulla GUUE[4], l'UE ha individuato nuovi parametri e nuove condizioni per il raggiungimento dell'obiettivo di finanze pubbliche sane e sostenibili "come mezzo volto a rafforzare le condizioni per la stabilità dei prezzi e per una crescita forte, sostenibile e inclusiva sorretta dalla stabilità finanziaria, contribuendo in tal modo al conseguimento degli obiettivi dell'Unione in termini di crescita sostenibile e di occupazione"[5].

Le linee-guida a cui si è ispirata la Commissione possono sinteticamente riassumersi nella introduzione di un sistema di sorveglianza più trasparente nella individuazione di piani di rientro condivisi con gli Stati membri, fondati sulla valutazione "personalizzata" del rischio di incorrere in un eccesso di debito, tenendo conto delle differenze tra i debiti pubblici nazionali; nella eliminazione delle regole maggiormente onerose per i Paesi più indebitati, quale si è dimostrata essere ad esempio quella della riduzione di 1/20 l'anno del debito, a cui, sotto la vigenza del precedente regolamento, dovevano soggiacere tutti quelli con un rapporto debito/Pil superiore alla soglia del 60%; nel superamento dell'obiettivo di bilancio a medio termine (OMT), fondato sul saldo strutturale di bilancio che, per questi ultimi non poteva superare l'1% del Pil ma che, in quanto ancorato a parametri come l'*output gap*, risultava di difficile misurazione.

Ancora una volta, tuttavia, il nuovo blocco di norme non affronta l'annosa questione della creazione di una politica fiscale comune, e non coglie l'occasione della revisione del patto di bilancio per una rivisitazione complessiva della *governance* europea, contrariamente a quanto auspicato da parte della dottrina economica, che aveva intravisto nella buona capacità di reazione a crisi e pandemia dimostrata dall'UE, la volontà di realizzare anche per il futuro un impianto europeo più inclusivo, che prevedesse iniziative comuni da affiancare agli interventi su base nazionale, accompagnate da un'opportuna contestuale rivalutazione del ruolo del bilancio europeo[6].

2. Le linee guida del Regolamento 2024/1263: rafforzamento dei poteri nazionali o della Commissione?

Il nuovo modello contenuto nei regolamenti citati assume quindi che, sulla base di indicazioni quantitative generali provenienti dalla Commissione, ciascun paese ad

[4] Serie L del 30/04/2024.

[5] In questi termini il *cons.* n. 2 del Reg. n. 2024/1263.

[6] Tra i tanti, P. GAUTRY, *Ue, nel 2022 l'occasione per avvicinarsi all'Unione fiscale*, in https://www.milanofinanza.it/ 20 dicembre 2021, il quale, riportando i vari dibattiti svolti intorno alle proposte di riforma, auspicava l'ipotesi di rendere permanente il piano NGEU allo scopo di dare vita ad una versione europea del Fondo monetario internazionale "per fornire una risposta fiscale e monetaria con criteri di convergenza a medio termine su misura, aiuti ciclici e la capacità di rispondere a shock esterni con le proprie risorse permanenti, grazie a trasferimenti di fondi in nome della solidarietà tra Stati membri".

ISSN 2036-7821

alto debito formuli un proprio piano di rientro dal debito su base quadriennale o quinquennale a seconda della durata della legislatura nazionale – il cd. piano strutturale nazionale di bilancio a medio termine (PSB), da presentare a quest'ultima entro il 20 settembre 2024 in regime transitorio[7] - prorogabile fino a sette anni se il paese stesso si impegna a introdurre riforme e investimenti pro-crescita. In realtà il testo normativo riferisce la possibilità della proroga solo al periodo di aggiustamento (art. 14), creando, per questo, una discrepanza col periodo di validità del PSB, la cui operatività resta vincolata alla durata della legislatura, a parte la sua possibilità di revisione che, comunque, non dà accesso ad una dilazione automatica del termine.
Secondo un approccio ispirato all'esperienza della *Recovery and resilience facility*, come in quel caso, ogni Stato membro è chiamato a concordare con la Commissione un proprio piano fiscale, che tenga conto delle esigenze nazionali in materia di bilancio, riforme e investimenti, ma che si sviluppi nella cornice indicata dagli organismi europei, secondo percorsi diversificati in ragione delle diverse situazioni debitorie di partenza. Così composto, questo nuovo strumento diventa la linea guida dell'attività programmatoria, capace di incidere trasversalmente su tutti gli ambiti della finanza pubblica nazionale, ed intorno alla quale si collocano oggi, in una posizione molto più marginale rispetto al passato, tutti gli altri documenti programmatici inclusi nella legge di contabilità pubblica, a partire dal DEF[8] – di cui si discute se abbia ragione di continuare ad esistere[9] - fino a giungere, a livello applicativo, a circoscrivere i contenuti della legge di bilancio: durante tutto il periodo del piano, la manovra finanziaria annuale, infatti, dovrà modellarsi sulla struttura e sui contenuti del PSB, e in particolare, adattarsi in maniera lineare e almeno proporzionale allo sforzo complessivo compiuto nell'arco dell'intero periodo di aggiustamento (art. 6, § c)).

[7] Entro il 30 aprile dell'ultimo anno di vigenza del piano, a pieno regime della disciplina.

[8] Come si legge nel PSB presentato il 27 settembre 2024 dall'Italia alle istituzioni europee, "l'adeguamento della normativa nazionale alla nuova governance europea non dovrà limitarsi a un mero adattamento ai contenuti del pacchetto legislativo approvato, quanto costituire un mezzo per accogliere nell'ordinamento il mutato approccio alla programmazione di bilancio alla base della governance economica europea". Pertanto, si prevede a breve una nuova modifica del sistema di contabilità delineato dalla l. n. 196/2009, incentrata su un ripensamento dei documenti di finanza pubblica, degli strumenti di programmazione, dell'articolazione del ciclo di bilancio e dell'organizzazione della spesa pubblica. Il primo Piano strutturale di bilancio di medio termine presentato dall'Italia è consultabile in http://www.mef.gov.it.

[9] Secondo quanto si legge nella relazione della *Conferenza interparlamentare sulla stabilità, il coordinamento economico e la governance nell'Unione europea* tenutasi a Budapest nell'ottobre 2024, in https://documenti.camera.it, p. 23 ss., il nuovo documento di programmazione di medio termine, previsto dal regolamento obbligherà ad una revisione della legge di contabilità pubblica, in quanto è altamente probabile che esso sostituirà il Programma di stabilità e il Programma nazionale di riforma; inoltre, anche la legge 24 dicembre 2012, n. 243, "Disposizioni per l'attuazione del principio del pareggio di bilancio" ai sensi dell'articolo 81, sesto comma, Cost. richiederà modifiche e integrazioni, allo scopo di incorporarvi il nuovo indicatore di riferimento della spesa netta - su cui oltre -, quale criterio alla base dell'equilibrio dei bilanci e punto di riferimento per la successiva definizione della politica di bilancio; esso rappresenterà anche il parametro su cui calcolare il concorso degli enti territoriali alla sostenibilità del debito pubblico e stabilire gli obiettivi di finanza pubblica nei bilanci delle pubbliche amministrazioni.

ISSN 2036-7821

Al rafforzamento della titolarità nazionale delle decisioni di politica economica assunte nel corpo dei PSB a medio termine fa quindi da contrappeso un incisivo potere decisorio della Commissione e del Consiglio nella valutazione e "validazione" degli stessi, nonché nel loro monitoraggio, da attuare mediante apposite relazioni annuali sui progressi compiuti.

Pur riconoscendo che ai sensi delle norme del Trattato, il coordinamento delle politiche economiche nazionali con quelle adottate in sede europea, sia di competenza degli Stati medesimi, il regolamento in esame, richiamando come base normativa il principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 TUE, ammette che il perseguimento di un efficiente coordinamento delle politiche economiche e di un efficace processo di sorveglianza siano meglio perseguiti a livello europeo: in tal modo si realizza uno spostamento "d'ufficio" di buona parte delle competenze sul coordinamento delle politiche economiche dal livello nazionale a quello sovranazionale[10], anche se appena appresso la norma in questione precisa che l'azione delle istituzioni europee deve comunque ispirarsi al principio di proporzionalità e, per questo, rimanere circoscritta a quanto strettamente necessario per l'attuazione del regolamento in parola. Benché a ragione da più parti venga eccepita la necessità di mettere mano ai Trattati, non sembra che il complesso di disposizioni in esame abbia apportato una più pervasiva appropriazione della materia del coordinamento delle politiche economiche - e, quindi più in generale della finanza pubblica -, da parte dell'UE rispetto a quella finora accolta: lo stesso principio dell'equilibrio dei bilanci a cui devono tendere gli Stati membri e, all'interno di essi, tutte le pubbliche amministrazioni, incide già da tempo in modo significativo sulla possibilità di adottare decisioni di politica economica in piena autonomia. Sin dalla istituzione del Semestre europeo, è noto che nella redazione dei propri programmi di finanza pubblica gli Stati sono vincolati ad osservare le linee guida dettate dalla Commissione ogni anno: scendendo ancor più nel dettaglio, analogamente, le previsioni indicate dai documenti programmatori sui più rilevanti saldi di finanza pubblica – ovvero l'indebitamento netto, il saldo netto da finanziare, il ricorso al mercato - e in generale tutti i saldi di bilancio, vanno definiti in coerenza con quanto previsto dall'ordinamento europeo, e risultare conformi ai parametri comunitari, imposti dai Trattati prima, e da PSC e dal *Fiscal Compact*[11],

[10] F. SALMONI, *Debito pubblico e Patto di stabilità e crescita*, cit. p. 845, cita a questo proposito il *cons*. n. 45 del Reg. n. 2024/1263, sostenendo come, proprio attraverso il principio di sussidiarietà, la competenza statale sul coordinamento delle politiche economiche, sia definitivamente transitata, nonostante il dato testuale degli artt. 5 e 119 del TFUE – e quindi in violazione dei Trattati -, nella sfera di competenza dell'Unione, determinando "un grave *vulnus* alla sovranità fiscale e finanziaria degli Stati membri".

[11] Invero, sin dagli anni '70, si è riconosciuta l'esigenza della integrazione delle politiche economiche degli Stati membri nell'ambito del quadro di riferimento disegnato dalle istituzioni europee; queste ultime, pertanto, hanno dato luogo ad una serie di decisioni del Consiglio volte ad implementare il coordinamento delle politiche economiche, monetarie e di bilancio «allo scopo di pervenire ad un'evoluzione economica armoniosa». Per una

ISSN 2036-7821

successivamente. Si è passati così da un sistema di coordinamento successivo ad una sorveglianza economica e di bilancio *ex ante*, che si concretizza nella definizione di veri e propri orientamenti, dei quali gli Stati membri devono tenere conto, trasponendoli nelle decisioni politiche nazionali. L'influenza dei documenti sopra citati ha inciso ancora di più sulle scelte nazionali di fronte al verificarsi di una serie di crisi a livello internazionale, atteso che, per garantire l'effettività degli strumenti di convergenza delle scelte di politica economica, questi ultimi, sulla scorta dell'art. 121 TFUE, hanno rafforzato il sistema di sorveglianza, introducendo una serie di prescrizioni per il caso in cui occorra rimediare agli squilibri macroeconomici già sopravvenuti, e collegando altresì un apparato sanzionatorio alla ripetuta mancata osservanza dei parametri stessi[12]. Un aspetto positivo che può rinvenirsi in queste nuove regole di *governance* economica è ravvisabile nella (ipotetica) possibilità di un rafforzamento della funzione programmatoria – su cui l'Italia invero ha spesso dimostrato scarse capacità, anche in considerazione della stratificazione e duplicazione degli strumenti e delle procedure che vi fanno capo -, atteso che il nuovo Piano può costituire un momento di raccordo dei vari Programmi di stabilità e Programmi nazionali di riforma, oggi contenuti in un DEF dalla durata troppo limitata, e di conseguenza rappresentare finalmente l'occasione per la elaborazione di un piano di risanamento di maggiore durata (probabilmente, per l'Italia di sette anni), in grado di definire progetti strategici che richiedono orizzonti ancora più lunghi[13].

Di converso l'approvazione di Piani strutturali variamente declinati da ogni singolo Stato potrebbe determinare un eccesso di frammentazione nelle politiche di bilancio, tale da mettere a rischio l'unitarietà degli indirizzi da assumere a livello europeo, rendendo più complesso, nei fatti, il conseguimento degli obiettivi comuni dell'Unione. La nuova disciplina prescrive, invero, che i PSB debbano indicare in che modo – cioè, con quali riforme e quali investimenti – ogni Stato intenda garantire l'attuazione delle priorità comuni dell'Unione – ad es. una transizione equa, verde e digitale, ivi compresi gli obiettivi climatici; la resilienza sociale ed economica, compreso il pilastro europeo dei diritti sociali; la sicurezza energetica; eventualmente, anche lo sviluppo di capacità di difesa comuni; tuttavia, la gran mole di risorse necessarie a realizzarle e al contempo l'assenza di una politica fiscale comune, non disponibile a sopperire alle diversità politiche, sociali, culturali che

disamina sulle decisioni assunte *ante* Semestre europeo, G. MENEGUS, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo,* in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2020, p. 1455 ss., il quale riconosce tuttavia che originariamente le prescrizioni finalizzate all'orientamenti di *policy* degli Stati membri rivestivano un carattere di genericità, dovuto anche all'assenza di disposizioni dettagliate.

[12] Cfr. art. 6 Reg. (UE) n. 1176/2011.

[13] È questo uno degli auspici caldeggiato da M. DEGNI, *Così l'Italia è di nuovo nella gabbia del Patto di Stabilità e Crescita*, in https://ilmanifesto.it, 19.03.2024.

ISSN 2036-7821

contraddistinguono l'aggregato dei Paesi interessati dalle prossime procedure di infrazione, rendono ancora più che nel passato particolarmente complessa la costruzione di un quadro unitario di sviluppo favorevole alla competitività dell'intera Unione.

Data la ristrettezza dei tempi - la prima proposta della Commissione risale al novembre 2022 -, per evitare la modifica dei Trattati, le disposizioni in esame contemplano anche la eventualità che uno di questi possa in parte discostarsi dalle traiettorie indicate sulla base di accordi presi durante il "dialogo tecnico" tra paese e Commissione, ma, a norma dell'art. 13, § 1b), le possibili variazioni vanno giustificate sul piano economico, ad esempio, sulla base di stime di crescita futura diverse da quelle della Commissione, attraverso argomentazioni solide e basate su dati credibili che spieghino le differenze tra il percorso di rientro proposto dalla Commissione, e quello differente presentato nel corpo del Piano strutturale dallo Stato membro.

A contrappeso del potenziamento del potere decisorio degli Stati, il testo licenziato di sicuro prevede un corrispondente significativo potenziamento dei poteri della Commissione e del Consiglio, i quali si vanno a sommare a quelli già previsti dal Semestre europeo, giacché, ai sensi dell'art. 3 del Reg. n. 2024/1263, proprio in questo ambito converge anche il ciclo del nuovo procedimento: accanto alla sorveglianza finora svolta sull'attuazione degli indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell'Unione a norma dell'art. 121,§ 2, TFUE, e della emanazione di raccomandazioni specifiche per paese, il Semestre europeo diventa infatti la sede in cui devono innestarsi le fasi della presentazione, valutazione e approvazione dei PSB degli Stati membri, nonché il loro monitoraggio mediante apposite relazioni annuali sui progressi compiuti. Questa nuova sequenza di azioni comporta l'inserimento di una serie di passaggi che rendono più articolata la procedura del Semestre europeo e più complessa l'attività finanziaria degli Stati a causa dello stratificarsi di vecchi e nuovi adempimenti: attraverso i propri ministeri economici, infatti, essi sono obbligati ad una sovraproduzione di documenti, giacché nel momento in cui occorre predisporre quelli di stampo programmatorio per l'anno a venire, se ne sovrappongono altri, che secondo il nuovo regolamento, devono essere presentati alla Commissione perché possa adempiere alla sua funzione di monitoraggio o perché possa dare l'avvio alla procedura di revisione di un piano strutturale già operativo[14]. La farraginosità delle norme di riforma è poi

[14] Lo stesso Piano strutturale di bilancio cit., ammette che la soluzione di compromesso raggiunta ha prodotto "un insieme di regole assai complesso non solo a livello comunicativo, ma anche tecnico", senza tuttavia risolvere la questione "della postura di politica di bilancio a livello UE e area euro". Il primo Piano strutturale di bilancio di medio termine presentato dall'Italia è consultabile in http://www.mef.gov.it. A titolo di esempio, si pensi che, negli stessi giorni in cui si sta approvando e presentando al Consiglio e alla Commissione il DEF, il MEF sarà assorbito dalla elaborazione di un piano a consuntivo, qual è la relazione annuale dell'art. 21. Già dal 2024, inoltre, proprio in vista dell'entrata in vigore delle nuove regole, la Commissione europea ha raccomandato agli

ISSN 2036-7821

ulteriormente aggravata dalla quantità di orientamenti e raccomandazioni[15] ivi previste, che Commissione e Consiglio indirizzano agli Stati membri per fornire loro il quadro delle proiezioni del debito pubblico – prodromico alla presentazione del Piano o di quello riveduto – oppure per definire il percorso della spesa netta - su cui oltre - ovvero ancora, per approvare la serie di riforme e di investimenti che giustifichi una eventuale proroga del periodo di aggiustamento[16].
Rispetto alla valenza delle già conosciute raccomandazioni, quindi, si rafforza il peso di quelle comprese nel nuovo Patto, e lo stesso documento contenente la proposta di traiettoria tecnica della Commissione, da alcuni ritenuto sintomatico di autonomia statale, sembra pesare persino di più sulla reale titolarità delle scelte dei singoli paesi, soprattutto in considerazione del concomitante effetto di un possibile condizionamento proveniente dai meccanismi di preferenza dei mercati, i quali potrebbero ritenere come unico e vero piano di rientro solo quello proposto a livello sovranazionale.

2.1. Il nuovo indicatore della spesa netta al cospetto dei poteri della Commissione.

Per incentivare l'assunzione delle proprie responsabilità, l'art. 11 attribuisce la titolarità dei piani strutturali di medio termine ai singoli Stati, e, a seguire, l'art. 13 illustra i requisiti che essi devono possedere per poter ottenere la valutazione positiva della Commissione: per lo scopo, devono illustrare le politiche di bilancio, le riforme strutturali e gli investimenti che ogni Stato intenda intraprendere e proporre altresì un'ipotesi di percorso di spesa idoneo a portare i parametri di debito e *deficit* verso una plausibile riduzione. La gran mole di requisiti richiesti orienta le scelte

---

Stati membri di presentare Programmi di stabilità sintetici, limitandosi a fornire contenuti e informazioni di carattere essenziale, e di "concentrare ogni sforzo sulla costruzione dei nuovi Piani".

[15] Forse proprio la prolifica produzione di raccomandazioni è una delle ragioni dello scarso seguito dato loro all'interno degli Stati membri: in proposito, esistono studi mirati, che si occupano di misurare il grado di implementazione delle raccomandazioni specifiche per paese e di valutare il livello di attuazione degli indirizzi ivi contenuti. Si legga in proposito, G. MENEGUS, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche*, cit., p. 1485 ss., il quale, pur riconoscendo la complessità delle operazioni di misurazione dell'attuazione delle raccomandazioni, rileva come, stando all'esito di tali valutazioni, le raccomandazioni specifiche per paese presentano oggettivamente un grado di attuazione piuttosto basso: ciò per molteplici ragioni, tra cui la circostanza che esse prescrivono una quantità di obiettivi differenti implicanti la necessità di riforme strutturali piuttosto lunghe e complesse per essere attuate; il tutto nel quadro di regole spesso impositive di un eccesso di vincoli. Il non pieno riscontro delle raccomandazioni, soprattutto quelle relative alla *governance* europea, potrebbe portare a concludere che la sottrazione di sovranità agli Stati membri relativamente alle scelte di politica economica, da più parti lamentata, sarebbe più ipotetica che reale: "gli Stati sembrano infatti mantenere un'ampia libertà nello scegliere se aderire o meno agli indirizzi di massima, tanto più che a fronte di una diffusa inadempienza, non vi sono state da parte delle istituzioni europee significative reazioni" (p. 1490), come ad esempio l'intimazione al pagamento delle sanzioni previste dal precedente "braccio correttivo".

[16] Senza contare le altre Raccomandazioni che il Consiglio deve emanare nel caso di mancato rispetto degli impegni di riforma e di investimento (ad esempio, ai sensi dell'art. 20, è prevista la possibilità, in chiave vagamente punitiva, di ridurre "d'ufficio" il periodo di aggiustamento per l'omesso adempimento degli impegni assunti dal paese.

ISSN 2036-7821

nazionali ma a questi si aggiunge l'obbligo di assumere all'occorrenza politiche di bilancio anticicliche, che in più risultino coerenti con le priorità comuni dell'Unione e con gli interventi da finanziare attraverso i fondi di coesione, nonché con gli impegni assunti nei piani nazionali per la ripresa e la resilienza. In virtù del nuovo quadro di *governance*, quindi, il terreno di manovra derivante dal piano viene in buona parte condizionato dalle scelte operate dalla Commissione, anche se oggi la sua centralità appare essere mitigata da un certo controllo democratico, affidato al dialogo economico condotto col Parlamento europeo, per effetto degli artt. 10 e 27 [17].

Per contribuire all'analisi del documento, sempre l'art. 11 consente che l'invio del piano alla Commissione sia preceduto dall'approvazione da parte del Parlamento nazionale, previo coinvolgimento dei vari portatori di interessi appartenenti alla società civile, alle autorità regionali e di ogni altro soggetto a vario titolo interessato alle politiche di bilancio che dovranno essere attuate negli anni contemplati nel piano.

L'idea di fondo è che la reciproca interazione tra tutti questi ambiziosi programmi sia in grado di assicurare un incremento della crescita del Pil e al contempo di operare un'azione relativamente indolore sulla riduzione del debito o, almeno, sulla prospettiva di un aumento più lento per i paesi già molto indebitati. Il miglioramento delle entrate, di portata sufficiente ad erodere il *deficit* e a rallentare la dinamica crescente del debito pubblico, tuttavia, implica la realizzazione di politiche di sostegno all'economia che, per questi ultimi, risulta molto più complicata vista la contestuale necessità di circoscrivere le manovre economiche nell'ambito del solco segnato dalla Commissione nel corpo della traiettoria tecnica. Essendo un processo svolto *ex ante*, l'analisi di sostenibilità effettuata dalla stessa Commissione (cons. n. 21), richiede l'applicazione di apposite metodologie il cui nucleo centrale è stato individuato nel parametro dalla spesa primaria netta finanziata a livello nazionale. Quindi il vincolo vero di cui tenere conto è il rispetto della spesa primaria netta concordata per il percorso di aggiustamento sicché la maggior parte degli investimenti pubblici e delle riforme degli Stati dell'Unione devono essere collegati alle traiettorie di riferimento, non vincolanti, stante il limite opposto dai Trattati, ma caldamente raccomandate ad ogni paese dalla Commissione.

Peraltro, si tenga conto che la traiettoria tecnica definita dalla Commissione diventa praticamente vincolante per lo Stato membro inadempiente rispetto alla

[17] Come si legge nel *cons*. n. 30, il Parlamento europeo "dovrebbe essere debitamente coinvolto in modo regolare e strutturato nel semestre europeo per accrescere la trasparenza, la responsabilità e la titolarità per le decisioni adottate nel contesto del semestre europeo. Il presidente del Consiglio e la Commissione dovrebbero informare periodicamente il Parlamento europeo in merito ai risultati della sorveglianza multilaterale condotta nel quadro del presente regolamento. Le informazioni da fornire nel contesto del presente regolamento dovrebbero essere preparate e trasmesse dalla Commissione al Consiglio e dovrebbero essere messe a disposizione del Parlamento europeo senza indebito ritardo".

ISSN 2036-7821

raccomandazione del Consiglio che disponga la presentazione di un piano strutturale nazionale di bilancio a medio termine "riveduto", cioè di un piano d'azione correttivo di quello originario, ritenuto non idoneo a soddisfare i requisiti richiesti dal regolamento (art. 19, § 1, lett. a). Sia che ricorra questa fattispecie, sia per l'ipotesi in cui anche il piano riveduto presenti profili di illegittimità (art. 19, lett. b), lo Stato interessato è tenuto ad adottare – o, meglio, gli viene raccomandato - come percorso della spesa netta la traiettoria di riferimento stabilita dalla Commissione.
Al di fuori dei casi "patologici" descritti, la revisione del piano può essere collegata altresì al succedersi di un nuovo Governo rispetto a quello che aveva presentato il primo piano oppure al sopravvenire di non ben definite "circostanze oggettive" che ne abbiano impedito l'attuazione nei tempi originariamente previsti: in tal caso, la Commissione deve trasmettere allo Stato interessato una nuova traiettoria di rientro e, nell'ipotesi in cui venga al contempo richiesta una proroga del periodo di aggiustamento, il Consiglio - sempre su impulso della Commissione - è chiamato anche ad approvare la serie di impegni di riforme e investimenti che, per effetto dell'art. 14, lo Stato deve necessariamente proporre per giustificare la proroga del periodo di aggiustamento.

2.2. Il ruolo del Parlamento europeo nel processo di democraticità delle procedure di sorveglianza.

Il flusso continuo di raccomandazioni e prescrizioni collegate alle funzioni di sorveglianza multilaterale dal nuovo Patto, rafforza ulteriormente il dialogo permanente tra gli Stati membri e la Commissione che si era originariamente già instaurato nell'ambito delle procedure comprese nel Semestre europeo e può essere interpretato come un segnale da parte dell'UE perché si addivenga alla elaborazione di politiche di bilancio maggiormente condivise, in grado di mitigare l'impressione che uno Stato debba soggiacere a decisioni calate dall'alto.
Questa impressione è ulteriormente avallata dalla previsione di un ulteriore canale di dialogo, quello con il Parlamento europeo, che Consiglio e Commissione dovrebbero avviare per discutere gli orientamenti in materia di politiche indirizzati agli Stati membri, le conclusioni del Consiglio europeo e i risultati della sorveglianza multilaterale. Ugualmente, il Parlamento europeo deve essere reso partecipe "senza indebito ritardo" delle valutazioni della sostenibilità del debito e del relativo quadro metodologico adottato, nonché dei PSB presentati dagli Stati membri, compresi le traiettorie di riferimento e i percorsi della spesa netta, così come le eventuali revisioni degli stessi.
Un elemento di novità di una certa rilevanza potrebbe risiedere quindi nell'ampliamento della platea in senso democratico dei soggetti coinvolti nelle decisioni principali, che si realizza attraverso una sorta di relazione

ISSN 2036-7821

"multidirezionale", consistente nel dialogo con le altre istituzioni europee, ma che segue altresì un'altra direttrice, quella verso lo Stato membro, a cui il Parlamento stesso può offrire l'opportunità di avere uno scambio di vedute qualora vi sia un rischio significativo di deviazione dal percorso della spesa concordato con la Commissione (art. 30). Tuttavia, attualmente non viene specificato quali riflessi possa avere il dialogo con il Parlamento rispetto alle misure di "austerità" (art. 18) che ad un certo punto lo Stato membro potrebbe trovarsi costretto ad adottare su impulso di Commissione e Consiglio, per fronteggiare il rischio significativo di deviazione dal percorso della spesa netta o quello del superamento del il valore di riferimento del 3% del Pil: al momento l'opzione che sembra prevalere è che questo dialogo sia da considerare solo una "misura reputazionale", ovvero un modo perché ai ministri dei Paesi inadempienti venga "offerto" di comparire davanti al Parlamento europeo per spiegare le disfunzioni rilevate e le azioni da intraprendere in futuro.
Il testo in esame parla di un Parlamento europeo "debitamente coinvolto nel semestre europeo "per accrescere la trasparenza, la titolarità e la responsabilità per le decisioni adottate"[18], in particolare mediante un dialogo economico aperto, ai sensi dell'art. 28, § 3, anche alle parti sociali interessate a discutere sui principali temi programmatici; ma resta ancora sfumato l'apporto che può derivare da questo inedito coinvolgimento del Parlamento, rispetto al dialogo svolto sia con le istituzioni europee che con gli altri portatori di interessi, specialmente in termini di incremento di una reale democraticità e trasparenza dei processi decisionali. In ogni caso, la chiamata in causa del Parlamento va giudicata in senso positivo, in quanto, come detto, per la prima volta la Commissione è tenuta a trasmettere all'unica istituzione democratica i piani strutturali di bilancio di medio termine presentati dagli Stati membri (art. 27, § 2), e la stessa è altresì abilitata ad intervenire "a monte" del procedimento, atteso che sia la Commissione che il Consiglio possono essere invitati a discutere in detta sede anche quegli orientamenti che dovranno rivolgere agli Stati membri.

3. L'indicatore della spesa pubblica tra sostenibilità del debito sovrano e clausole di resilienza.

Per assistere gli Stati il cui debito o il *deficit* sforino le soglie di riferimento dei Trattati, nella formulazione del Piano, la Commissione, ai sensi dell'art. 5, è, come detto, tenuta a presentare delle "traiettorie di riferimento" della durata di quattro anni, prorogabili fino a sette, specifiche per ciascuno di essi, fondate sulla possibile evoluzione futura della spesa primaria netta (quella cioè, al netto degli interessi e di eventuali incrementi discrezionali delle entrate), che dovranno accompagnare i paesi interessati negli anni successivi verso la progressiva riduzione della quota in eccesso

[18] Ex art. 27, § 1, Reg.2024/1263.

ISSN 2036-7821

dei parametri del TFUE.
L'attenzione si appunta, quindi, su una componente della spesa, maggiormente controllabile da parte dei governi, la quale, ancorché passibile di limitate variazioni – cioè di portata tale da non compromettere l'obiettivo previsto nel corso del periodo programmato – rappresenta il centro della "strategia" europea per rendere le politiche fiscali automaticamente anticicliche: una volta tracciata la strada delle spese, infatti, gli effetti del ciclo economico sarebbero in grado di incidere solo sulle voci di entrata, che potrebbero aumentare o ridursi in base a questo, e pertanto, *sub condicione* del mantenimento degli impegni assunti con le istituzioni europee, le manovre messe in campo dagli Stati sarebbero automaticamente anticicliche.
L'art. 7, tuttavia, nonostante l'apertura del reg. 2024/1263 alla instaurazione di percorsi differenziati relativamente alle misure da assumere a questo scopo, ripropone regole quantitative uguali per tutti i Paesi con un rapporto debito su Pil maggiore del 90%, stabilendo che, per ottenere il benestare della Commissione la traiettoria deve in primo luogo prevedere una riduzione del rapporto stesso di un punto percentuale annuo del Pil, dimezzato per gli Stati col medesimo rapporto compreso tra il 60 e il 90%: circostanza, questa, che, secondo la norma, renderebbe "plausibile" l'aggiustamento in discesa del rapporto debito/Pil e dell'indebitamento netto. Il nuovo quadro normativo, tuttavia, come misura precauzionale volta a creare delle riserve di bilancio rispetto all'avverarsi di circostanze oggettive atte a mettere in crisi la sostenibilità dei bilanci, aggiunge un ulteriore parametro, questo relativo al *deficit*, consistente nella previsione che l'aggiustamento continui fino al raggiungimento di un livello di disavanzo strutturale pari all'1,5 per cento del PIL, in tal modo rinforzando la misura consentita al *deficit* dai Trattati.
Tuttavia, questa misura di "salvaguardia di resilienza" (*deficit resilience safeguard*, art. 8), non sembra atteggiarsi a clausola generale di tutela imposta a protezione dell'intera Unione rispetto ad eventi imprevisti e crisi diffuse – come accadeva sotto il regime del precedente PSC -, ma piuttosto sembra riguardare solo gli Stati con i saldi di bilancio non in regola, come difesa dalla eventualità del reiterarsi di politiche economiche avventate: è evidente che questa forma di resilienza riguarda i paesi che vengano fuori dalla procedura di infrazione ma, se il suo obiettivo è di assicurare un impatto favorevole in termini di stabilità economica dell'area euro, sarebbe auspicabile che ne fossero destinatari indifferentemente tutti i paesi, anche quelli definiti "virtuosi", ovvero quelli che fanno segnare quote di debito ricomprese nelle soglie previste dal Trattato, ancorché non destinatari di traiettorie di riferimento. La interpretazione del § 3 dell'art. 9 sembra far propendere, invece, per un'assenza di vincoli in capo a questi ultimi, giacché, come si legge, la Commissione è tenuta, su richiesta, a fornire solo le "informazioni tecniche" necessarie a garantire che il disavanzo nominale sia mantenuto sotto al 3% del Pil. Quindi, a differenza del

ISSN 2036-7821

previgente sistema, ai paesi allineati al disavanzo previsto dai Trattati è garantita una flessibilità massima nell'adozione delle proprie politiche fiscali, mentre, rispetto ai paesi che l'abbiano superato, restano in vigore vincoli soprattutto quantitativi, a dimostrazione di quanto poco sia cambiato il meccanismo messo in piedi dall'U.E. rispetto alle regole passate, visto che, nella sostanza, benché ritoccata al rialzo e diversamente rinominata, nella pratica, per i soli paesi destinatari di traiettorie di riferimento, si impone una soglia analoga a quella prevista dal previgente Patto, sovrapponibile a quella definita in precedenza come Obiettivo di medio termine[19].
In quella sede, infatti, il rispetto dell'obiettivo di bilancio a medio termine rappresentava il fattore sintomatico della sostenibilità delle finanze pubbliche o di un rapido progresso verso la sostenibilità, ed esso si riteneva adempiuto facendo riferimento al disavanzo strutturale che, per i paesi più indebitati, non poteva superare l'1% del Pil - lo 0,5 secondo il *Fiscal Compact* -; i progressi erano valutati in senso positivo, anche analizzando il tasso di crescita della spesa, che per gli Stati membri che avessero già conseguito l'obiettivo di bilancio a medio termine, non doveva superare il tasso di riferimento a medio termine del potenziale di crescita del Pil, mentre per gli Stati che ancora non l'avessero conseguito, la crescita annua della spesa doveva mantenersi ad un livello inferiore rispetto alle previsioni di crescita del Pil. La definizione di soglie quantitative riguardava quindi la sola quantificazione della soglia del saldo strutturale, a cui corrispondeva il raggiungimento dell'OMT, ritenuto come limite di sicurezza che, una volta raggiunto, avrebbe consentito ai paesi di lasciare operare gli stabilizzatori automatici in presenza di *shock* esterni senza violare il parametro del 3% del rapporto *deficit*/Pil[20].
La clausola di resilienza attuale relativa al disavanzo, invece, non si limita a fissare una misura limite per il saldo strutturale, idonea ad assicurare un margine rispetto al valore di riferimento del 3% per il rapporto tra indebitamento netto e il Pil, ma introduce un ulteriore parametro, strettamente connesso al primo, consistente nel saldo "primario" strutturale, che, in base alla norma deve seguire una determinata traiettoria perché sia possibile contenere il saldo strutturale entro l'1,5% del Pil: ai sensi dell'art. 8, il saldo al netto della spesa per interessi deve essere indirizzato verso un miglioramento annuale pari allo 0,4% del Pil, in caso di traiettoria di rientro di durata regolare, ma che viene ridotto allo 0,25% in caso di estensione a sette anni della stessa.
L'obiettivo del saldo primario strutturale è perseguito attraverso la traiettoria pluriennale della spesa netta la quale, nel crescere meno del Pil nominale durante il

[19] L'OMT fissato nel precedente PSC consisteva nel perseguire un disavanzo strutturale inferiore all'1% del Pil che, per i paesi con un rapporto debito/Pil significativamente al di sopra del 60%, è stato ridotto dal Fiscal Compact allo 0,5%.
[20] Cfr. M. BORDIGNON, N. SCUTIFERO, *Il Patto di Stabilità e Crescita tra ieri e oggi*, in https://osservatoriocpi.unicatt.it/, 25 novembre 2022.

ISSN 2036-7821

periodo di aggiustamento, garantisce un miglioramento nel rapporto tra saldo primario e Pil, al netto di oscillazioni dovute a fattori esogeni o temporanei ai quali – come si legge a pag. 8 del PSB italiano – sarebbe "inopportuno rispondere con misure di bilancio che rischiano di risultare pro-cicliche". Così congegnate, quindi, le regole che impongono una contrazione maggiore del rapporto deficit/Pil nei confronti dei paesi destinatari di una traiettoria di riferimento fanno segnare un elemento di criticità, nell'ulteriore allungamento del periodo di aggiustamento, che lascia il paese stesso imbrigliato da una serie di vincoli volti a centellinare il volume della spesa pubblica per un lungo periodo di tempo, anche dopo e anche oltre quello necessario al rientro nei parametri di Maastricht.

Nonostante lo scarso impatto applicativo delle regole del pregresso PSC nel fronteggiare le ben note situazioni di crisi degli anni scorsi, non viene pertanto ripensato l'approccio delle istituzioni europee per ovviare all'assenza di una politica economica sovranazionale collegata alla politica monetaria, ma invece affida esclusivamente alla ripetitiva imposizione di rigidi obiettivi numerici e parametri uguali per tutti gli Stati membri, nonché alle procedure per gli squilibri eccessivi, l'obiettivo del risanamento dei conti nazionali[21].

Una volta attivata la procedura di infrazione per disavanzo eccessivo, per gli anni in cui si prevede che esso superi il valore di riferimento, inoltre, anche il percorso correttivo di spesa netta viene agganciato a soglie decisamente non flessibili, dovendo essa risultare coerente con un aggiustamento strutturale minimo su base annua pari almeno allo 0,5 % del Pil; mentre, se la procedura sia stata avviata sulla base del criterio del debito, il percorso correttivo di spesa netta deve corrispondere al percorso della spesa netta stabilito dal Consiglio a norma dell'articolo 17 del regolamento (UE) 2024/1263 (nuova versione dell'art. 3 reg. 2024/1264)[22].

Ex ante ed *ex post*, quindi, le condizioni affinché uno Stato possa conseguire una

[21] Originariamente non contemplate dalla prima proposta discussa dalla Commissione con gli Stati membri, nell'ambito dei negoziati ha prevalso l'impostazione "dogmatica" portata avanti dai Paesi "frugali", i quali, – temendo un eccesso di discrezionalità – hanno chiesto l'inserimento di soglie numeriche per la riduzione del *deficit* e del debito, nonostante alcuni altri paesi tra cui l'Italia e la Francia, rivendicassero maggiori spazi per finanziare a debito gli investimenti pubblici, attraverso lo scorporo dal *deficit* di alcune tipologie di spese. Ripercorre l'iter approvativo della riforma, L. BARTOLUCCI, *Il percorso della riforma del patto di stabilità: il compromesso raggiunto peggiora la buona proposta della commissione (ma è comunque un passo in avanti rispetto al "vecchio" patto)*, in Diritti comparati, 8 gennaio 2024, p. 4, il quale rileva come si è preferito propendere per la rigidità delle regole fiscali a causa delle difficoltà che si incontrano per stabilire cosa e quanto scorporare dal *deficit* e perché l'eccesso di flessibilità sarebbe stato interpretato come un incentivo all'azzardo morale dai mercati i quali, ignorando gli scorpori, avrebbero potuto sempre influire sullo *spread*.

[22] Come evidenziato da F. SALMONI, *Debito pubblico e Patto di stabilità e crescita. Le nuove regole*, cit., si tratta di un "ritorno al vecchio sistema, sebbene attenuato", nonostante che detti vincoli non fossero presenti nella proposta avanzata dalla Commissione il 9 novembre 2022, laddove era difatti richiesto che il rapporto debito/Pil fosse solo ridotto al termine del percorso di aggiustamento, senza l'imposizione di ulteriori obblighi. Al contrario, le soglie contemplate nel reg. in esame contraddicono "una delle idee centrali della proposta della Commissione: la differenziazione del percorso di aggiustamento dei diversi paesi sulla base delle loro caratteristiche specifiche".

ISSN 2036-7821

valutazione positiva degli interventi di politica economica dispiegati per evitare o per giungere all'abrogazione delle procedure correttive sono costituite da regole quantitative uguali per tutti, che si pongono come obiettivi finali del piano strutturale oppure delle raccomandazioni specifiche di cui all'articolo 126, § 7, rivolte dal Consiglio allo Stato membro, una volta assunta la decisione sulla esistenza di un disavanzo eccessivo, alle quali lo stesso è tenuto a dare seguito effettivo entro un termine massimo di sei mesi.

Non sfugge quindi che il quadro delle regole fiscali a cui resta ancorata la contrattazione tra paesi è molto più contorto di quello originariamente derivante dal pregresso PSC, e che, di nuovo si è deciso di ricorrere ad indicatori basati su variabili non osservabili, che obbligano all'adozione di politiche di inasprimento fiscale, quantunque ai tempi delle crisi ne sia stata ampiamente dimostrata la loro inutilità e nonostante l'accento ripetutamente posto dallo stesso regolamento sulla necessità di garantire un livello adeguato di investimenti pubblici "per conseguire i principali obiettivi della riforma del quadro di *governance* economica", nonché per rispondere "alle priorità attuali e future dell'Unione" (*cons*. n. 7). Non si è mancato di rilevare altresì la inutilità nella pratica dell'analisi sulla sostenibilità del debito visto che comunque sono state reintrodotte soglie rigide, le quali prevalgono a prescindere dall'esito di tale analisi. E, soprattutto, si torna ancora una volta ad implicare nella sua valutazione delle grandezze strutturali, che chiamando in causa il Pil potenziale e l'*output gap*, risultano non osservabili obiettivamente e difficilmente stimabili.

3.1. La natura "politica" delle prerogative riconosciute alla Commissione nell'ambito delle procedure di rientro nei parametri.

La perseverante adozione di variabili instabili spinge a attribuire oggi, più che nel passato, una connotazione "politica" al ruolo della Commissione nel calcolo del percorso da adottare con la traiettoria di spesa, molto più accentuata rispetto a quello svolto nella definizione delle raccomandazioni soggettive e dei piani strutturali: ancorché ancorato allo scenario di aggiustamento derivante dalla DSA[23], che nel futuro sarà condotta con una metodologia discussa con gli Stati membri nell'ambito

[23] Si legge nel *cons.* n. 21 del regolamento che per i primi piani nazionali strutturali di bilancio di medio termine, la plausibilità della diminuzione del debito pubblico nel medio termine si baserà sulla metodologia descritta nel *Debt Sustainability Monitor 2023* della Commissione (leggibile in https://economy-finance.ec.europa.eu/), col supporto di un gruppo di lavoro costituito da esperti degli Stati membri, dalla Commissione e dalla Banca centrale europea. Quest'ultimo può invitare rappresentanti del Comitato consultivo europeo per le finanze pubbliche e del meccanismo europeo di stabilità in qualità di osservatori. A sua volta, per poter probabilmente assicurare un addentellato con i principi democratici, il Parlamento europeo dovrà avere la possibilità di invitare la Commissione a presentare la propria metodologia nel contesto del dialogo economico introdotto dal regolamento. La variabile chiave della DSA è il saldo primario strutturale, ovvero il saldo di bilancio della Pubblica Amministrazione, esclusi i pagamenti per interessi e al netto di effetti ciclici e di misure temporanee o *una tantum*, in rapporto al PIL.

ISSN 2036-7821

del Comitato Economico Finanziario, e nonostante la possibilità consentita agli Stati membri di ritoccare verso l'alto, a certe condizioni, il livello della spesa pluriennale, la plausibilità della traiettoria è pur sempre frutto della osservazione di una serie di variabili macroeconomiche non obiettive, e pertanto anche di valutazioni discrezionali da parte della Commissione stessa; tra l'altro questo potere, cumulandosi ai compiti di regolazione imparziale della procedura che il nuovo testo le affida, contribuisce a dare luogo ad una impropria commistione in capo al medesimo soggetto di funzioni politiche e di poteri di monitoraggio e controllo[24].
Il potere discrezionale della Commissione, inoltre, accentua la sua portata all'aumentare del periodo temporale dei piani strutturali di bilancio o, più precisamente del periodo di aggiustamento: la sua proroga, infatti, è subordinata all'assunzione dell'impegno ulteriore da parte dello Stato rispetto alla adozione di una serie pertinente di riforme e investimenti e, anche se il regolamento prescrive un lungo elenco di criteri generali che gli Stati devono impegnarsi a rispettare per la concessione della detta proroga, nondimeno, la riorganizzazione dei processi di spesa avviene sotto la lente della Commissione, a cui lo Stato è tenuto a sottoporre un piano "sufficientemente dettagliato" delle riforme e degli investimenti. In un contesto caratterizzato dalla necessità di mantenere basso e coerente col sentiero definito dal Piano il tasso di crescita della spesa netta, il giudizio della Commissione sfuma verso un esercizio politico dei propri poteri, con ricadute sull'orizzonte delle riforme e degli investimenti possibili, i quali, per di più devono condividere le ridotte opportunità di spesa con il finanziamento delle priorità comuni dell'Unione: il rischio di una valutazione negativa della Commissione appare molto pericoloso per un paese come l'Italia e alcuni altri, tutti ugualmente caratterizzati da un volume di debito altissimo, soprattutto per i riflessi che potrebbero riverberarsi sui mercati, per cui è evidente che la contrazione della spesa – in una misura appropriata a ricondurre il rapporto debito/Pil su un percorso di riduzione plausibile - richiede decisioni allocative delle risorse disponibili molto più oculate, accompagnate da capacità programmatorie, monitoraggio e valutazione finalmente efficienti[25].

3.2. La traiettoria di spesa netta raccomandata all'Italia.

Nell'esercizio dei compiti attribuitele dal regolamento in commento e sulla scorta

[24] Per una sintesi degli aspetti positivi e negativi della riforma, *ex plurimis*, R. BRUNETTA, *Il nuovo Patto di stabilità non funzionerà. Ecco perché è una buona notizia,* in https://www.ilfoglio.it/economia/2024/02/10, 10 febbraio 2024, dove l'A. preconizza che, come sotto la vigenza del precedente PSC, i parametri prescritti dalle nuove disposizioni continueranno a non essere rispettati, ma al più gli Stati manifesteranno una tendenza ad incamminarsi su percorsi di rientro, "nella consapevolezza che questa situazione vada bene anche ai mercati".

[25] Si legge in *Manovra-2025-2027 - orientamento restrittivo ma necessario*, in https://osservatoriocpi.unicatt.it/ocpi-pubblicazioni, 29 ottobre 2024, che la manovra per il 2025-2027 è volta a ridurre il *deficit* di bilancio, dal 3,7% del Pil del preconsuntivo 2024 al 3,3% nel 2025, al 2,8% nel 2026 e al 2,6% nel 2027. La riduzione del *deficit* da un anno all'altro configura un orientamento moderatamente restrittivo della politica di bilancio.

ISSN 2036-7821

delle indagini descritte, nel giugno 2024, la Commissione ha trasmesso all'Italia la propria valutazione della traiettoria di spesa netta che, in quanto tarata, per volontà del Governo in carica, su un periodo di aggiustamento settennale, ha indicato un'ipotetica crescita media dell'aggregato di spesa netta "autorizzata" pari all'1,5% in termini nominali, coerentemente con un miglioramento *ex ante* del saldo primario strutturale di 0,6 punti percentuali di Pil nei primi tre anni, mentre, a partire dal 2028 e fino al 2030, la correzione stimata risulta leggermente più alta (0,67 nel 2028, e 0,64% nel 2030). Il percorso di correzione del bilancio italiano è, inoltre, influenzato dalla circostanza che l'Italia, insieme ad altri Stati, è stata sottoposta a procedura per disavanzi eccessivi e che, per l'effetto, essa dovrà garantire un miglioramento minimo del saldo strutturale complessivo di almeno 0,5 punti percentuali del PIL all'anno: le conseguenze di questo percorso di rientro del *deficit*, tuttavia, sono oggi e per tutto il triennio 2025-2027, attenuate dal fatto che questa percentuale è applicata con riferimento al "solo" saldo primario strutturale, per tenere conto dell'aumento atteso del rapporto tra spesa per interessi e Pil rispetto agli anni precedenti, per via dell'ondata inflazionistica e del conseguente l'inasprimento dei tassi da parte della Bce; esse tuttavia saranno rese più stringenti dal 2028 al 2030, quando la disposizione temporanea di favore non sarà più operativa. L'osservanza della traiettoria di spesa per tutti gli anni dell'aggiustamento dovrebbe far segnare nell'anno finale dell'aggiustamento stesso, il 2031, un *surplus* primario strutturale pari al 3,3% del PIL[26], ma, al contempo, le ipotesi della Commissione e della simulazione DSA denotano un effetto molto ridotto sullo *stock* del debito, la cui variazione annua si dovrebbe attestare, dopo un periodo di ulteriore aumento (2025-2028), intorno al -1% del Pil alla fine del periodo di aggiustamento, come accadeva nella vigenza dell'OMT: l'obiettivo di ridurre ogni anno il rapporto debito-Pil, come richiesto dall'art. 7, quindi, resta fermo al piano teorico e, anche se è innegabile che la riduzione di una così alta mole di debito richiede tempi incalcolabili, è altrettanto certo che neppure l'imposizione di dette condizioni - volute dalla Germania e dagli altri paesi "frugali" – sia in grado di fornire una spinta alla ristrutturazione del debito, senza porre una vera attenzione a politiche fiscali (europee) che sostengano la crescita economica, pena il rischio di una ricaduta in politiche fiscali pro-cicliche[27].

[26] Queste le prescrizioni contenute nel PSB italiano, cit., p. 21 ss. riguardo alla traiettoria di riferimento per la spesa netta ricevuta da parte della Commissione europea.

[27] Secondo la traiettoria di spesa trasmessa dalla commissione europea il 21 giugno, infatti, il rapporto debito/Pil continuerebbe a salire fino al 2029, mentre farebbe segnare una leggera discesa dal 2030. Il *deficit*, invece, per il 2024/2025,è previsto in discesa di 0,4 punti percentuali di Pil ma questo aggiustamento non sarebbe a carico di una riduzione del livello delle spese né di un aumento della pressione fiscale, bensì interamente imputabile ad una non ben definita voce "altre entrate", che porterebbe un aumento di circa 9 miliardi, esattamente la misura del deficit aggiuntivo derivante dalla manovra in essere, purtuttavia dall'esame del disegno di legge di bilancio, per il 2025 le maggiori entrate ammonterebbero a molto meno, al massimo a 0,4 miliardi rispetto al 2024. Per un esame dettagliato della coerenza della manovra di bilancio con gli obblighi di rientro del *deficit*, si veda la

ISSN 2036-7821

In ogni caso, a causa della procedura di infrazione per *deficit* eccessivo intrapresa dall'UE nel luglio 2024[28], l'Italia è oggi assoggettata ad un percorso di aggiustamento che, come detto, annuncia una correzione del *deficit* (strutturale) di almeno lo 0,5% del Pil all'anno, presumibilmente fino al 2030, anno in cui è prevedibile un rapporto tra indebitamento netto e Pil al di sotto del 3%; quando l'Italia uscirà dalla PDE, per effetto della clausola di resilienza citata, il piano di aggiustamento dovrà condurre ad un ulteriore aumento della correzione annua, fino a raggiungere l'obiettivo dell'1,5% di *deficit* su Pil e non più del 3%.

Insomma, se il nuovo piano strutturale italiano non riceverà osservazioni di particolare rilievo dalla Commissione, significa che, a dispetto della imposizione delle soglie cd. "ragioneristiche"[29], il senso delle nuove disposizioni può, molto più realisticamente, riassumersi al più nella sua capacità di incanalare i paesi membri su un percorso di riduzione, la cui plausibilità si fonda - praticamente, solo - su un basso livello di rischio che detto rapporto non diminuisca negli anni successivi al periodo di aggiustamento (art. 10, §1, b)[30].

---

relazione *Manovra 2025-2027: orientamento restrittivo, ma necessario*, pubblicata il 29 ottobre 2024 a cura dell'Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani – OCPI, dove si manifestano perplessità sulla effettività di uno spazio di bilancio per una manovra espansiva di 9 miliardi, anche perché molte delle coperture, come quelle relative alle banche e alle assicurazioni, in realtà derivano semplicemente dal rinvio ad una data futura – il 2027 - di una serie di deduzioni loro spettanti, in pratica una sorta di prestito fatto allo Stato, il che significa, pertanto, che dal 2027 si produrrà un ulteriore costo, con ripercussioni negative per gli anni a venire.

[28] La proposta di decisione del Consiglio sull'esistenza di un disavanzo eccessivo in Italia emanata sulla scorta della relazione della Commissione è leggibile in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML. Dopo aver rimarcato che i termini per l'apertura della procedura per i disavanzi eccessivi risiedono sul mancato rispetto del criterio del disavanzo e sulla necessità di riportarlo in linea con i Trattati, mentre per il caso del mancato rispetto del criterio del debito, il graduale rientro deve essere coerente col percorso della spesa netta sulla base dei piani strutturali di bilancio di medio termine presentati dagli Stati membri, il Consiglio precisa che la decisione rispetto all'Italia riguarda solo il superamento del rapporto tra il disavanzo pubblico e il Pil rispetto al valore di riferimento del 3%, poiché, assente a quella data la decisione finale del Consiglio sul percorso della spesa netta, "la Commissione non è in grado di valutare il rispetto del criterio del debito conformemente alle nuove norme"

[29] L'espressione è di G. CARNAZZA, E. CARNEVALI, *Riforma del Patto di stabilità e crescita: un'occasione persa*, in https://eticaeconomia.it, 13 febbraio 2024, i quali, parimenti si interrogano sulla validità di queste soglie sul riordino delle finanze pubbliche e sulla quasi totale assenza di approcci innovativi rispetto al passato: "purtroppo, non c'è ragione per pensare che la riforma appena varata rappresenti un qualche passo avanti rispetto a prima. Mentre gli Stati Uniti sono impegnati in un piano per la riconversione ecologica dell'economia fondato su politiche industriali e fiscali estremamente aggressive, l'Europa sembra dedita a dare la caccia a vecchi fantasmi".

[30] Esaminando il quadro della manovra finanziaria per il 2025, M. BORDIGNON, L. RIZZO, R. SECOMANDI, *Le sorprese della manovra*, in https://lavoce.info/archives, 29/10/2024, evidenziano una serie di discrepanze tra il DPB e il disegno di legge di bilancio presentato al Parlamento il 23 ottobre: in particolare riguardo alla ampiezza delle coperture, nel DPB si parlava genericamente di maggiori entrate non specificate per oltre 3 miliardi di euro. Nella proposta di legge di bilancio questa voce viene invece ridotta a 1,2 miliardi, e la componente ulteriore di spesa che occorre coprire deriva principalmente da riduzioni dei fondi dei ministeri, per un importo pari a circa 2,15 miliardi di definanziamenti di numerosi programmi di spesa, fatta eccezione di quelli del Ministero della difesa. La strategia per la riduzione della spesa pubblica, pertanto, poggia su una serie di tagli lineari ai programmi di spesa, come ad esempio quelli per l'Anas e per la rete ferroviaria, ma non è chiaro a quali aree si

ISSN 2036-7821

4. Funzioni di controllo della Commissione sui piani strutturali di bilancio e la necessità di nuove misure di contenimento della spesa pubblica.

Il ruolo dominante della Commissione non si esaurisce nelle attività di consulenza e indirizzo finalizzate alla elaborazione del piano: esso prosegue infatti per tutto il percorso di aggiustamento in virtù dell'obbligo della presentazione da parte degli Stati – entro il 30 aprile di ogni anno - di una relazione annuale sui progressi compiuti (art. 21), da sottoporre all'attenzione della Commissione nell'esercizio dei suoi poteri di monitoraggio, e le cui risultanze vengono riportate in un apposito conto di controllo, con particolare attenzione alle deviazioni, tanto verso l'alto che verso il basso, delle spese nette effettive dal percorso della spesa netta. In dettaglio, nell'ambito del conto di controllo attivato per ciascuno Stato membro, dovrà essere registrato un debito quando la spesa netta interna in un dato anno è superiore al percorso della spesa netta approvato dal Consiglio. Esso registrerà invece un credito quando detta spesa sia inferiore. Il saldo cumulato del conto di controllo sarà pari alla somma di debiti e crediti annuali e sarà espresso in percentuale del PIL (art. 22, § 1-4).

L'unica forma di monitoraggio attualmente prevista nel testo ha ad oggetto quindi il conto di controllo sull'andamento dell'aggregato di spesa, registrandone le deviazioni annuali in eccesso o in difetto. Da questo resoconto, tuttavia, esula un'analisi delle deviazioni nella riduzione effettiva del debito, come potrebbe accadere nel caso in cui, malgrado sia stato rispettato il percorso di spesa, "andamenti imprevisti - e pertanto non considerati *ex ante* -, di variabili non incidenti sull'aggregato di spesa, abbiano determinato un'evoluzione del debito diversa da quanto inizialmente prevista"[31].

Solo in presenza di una raccomandazione del Consiglio che attiva una delle clausole di salvaguardia generali o nazionali (artt. 25, 26), il conto di controllo dello Stato interessato non registra deviazioni nel percorso di spesa.

Quello che la norma non chiarisce è se l'esame della Commissione sull'osservanza della traiettoria tecnica delle spese si concentri solo su questo documento, o se invece si estenda, in funzione di vigilanza preventiva, anche ai documenti attualmente presentati dai singoli Stati nell'ambito delle procedure del Semestre Europeo, per consentire all'UE di effettuare l'analisi annuale dei disegni di legge di bilancio, e che per l'Italia, si concretizza in particolare nella sottoposizione alla Commissione del Documento programmatico di bilancio (DPB), perché anch'esso contribuisca alla

---

riferiscano e se sia stata effettuata una valutazione del possibile impatto sulla qualità dei servizi erogati alla collettività.

[31] Aspetto, questo, chiarito dal Dossier: *La riforma della governance economica europea: profili finanziari dei testi concordati in sede di Consiglio e nell'ambito del "Trilogo"*, a cura dell'Osservatorio sulla finanza pubblica e le politiche di bilancio della Camera dei deputati, 4 marzo 2024, leggibile in https://temi.camera.it/leg19/dossier/OCD18-19746/, p. 13 ss..

ISSN 2036-7821

"bollinatura" annuale, ed *ex ante*, della coerenza della legge di bilancio con le previsioni contenute nel Piano.

L'introduzione di nuovi controlli - ricorrenti e sistematici - da parte della Commissione sull'effettiva osservanza del tasso di crescita della spesa netta stabilito nell'ambito del Piano, rende più che mai urgente per l'Italia una riorganizzazione delle procedure interne connesse alla programmazione, monitoraggio e valutazione della spesa pubblica, anche attraverso la istituzione di processi integrati di revisione della spesa. Perché le nuove regole europee non restino solo delle suggestioni, occorre una più attenta misurazione dell'ammontare complessivo di spesa delle amministrazioni pubbliche nel momento della programmazione, una oculata decisione allocativa sulle risorse disponibili e, non da ultimo, un serio sistema di valutazione dell'impatto reale delle spese sul miglioramento delle grandezze macroeconomiche.

Queste decisioni, quindi, diventano il centro - e il limite - delle future decisioni di bilancio e costituiscono il perimetro all'interno del quale definire le misure di attuazione.

L'esigenza di rispettare gli obiettivi fissati ma anche lo scopo di evitare quelle duplicazioni che finora ne hanno vanificato l'efficacia, rappresentano ottime ragioni per determinare seriamente le istituzioni italiane a porre tra le proprie priorità il potenziamento degli strumenti di monitoraggio e il ripensamento dei documenti di finanza pubblica inclusi nell'articolazione del ciclo di bilancio.

Queste azioni dovrebbero svolgersi in sintonia con la messa a punto, previa una ulteriore evoluzione della sperimentazione già iniziata[32], del sistema di allocazione delle risorse volto al superamento del criterio della spesa storica: il riferimento riguarda l'assunzione del cd. bilancio a Base Zero (ZBB, acronimo inglese di *zero base budgeting*), ovvero di un bilancio che, partendo dallo "zero" a ogni nuovo ciclo, rimette in discussione, annualmente, ogni singola voce di spesa valutandola alla stregua delle priorità di riferimento delle azioni proposte, e non solo per gli aggiustamenti al margine, fondati sul presupposto che quello sarebbe stato lo stanziamento minimo necessario per il soddisfacimento delle esigenze di spesa delle amministrazioni richiedenti.

Proprio la pressione esercitata dai Trattati europei ha spinto l'Italia a valutare l'ipotesi di uscire dalla cd. logica incrementale, che era divenuta di automatica

[32] Il riferimento riguarda la Relazione RGS sulla sperimentazione del bilancio a base zero ai sensi dell'art. 21 della legge 243 del 2012, 12 dicembre 2014, in www.rgs.mef.gov.it, p. 4 ss. La RGS, tuttavia, rileva delle criticità nell'adozione di questo sistema, osservando che esso, in quanto rimette in discussione le dotazioni finanziarie dei singoli programmi, non si attaglia alle esigenze della programmazione di medio e lungo termine, e in particolare alla programmazione della spesa per investimenti che, per sua natura, richiede invece un maggior grado di affidamento in ordine alla disponibilità delle risorse. Ovviamente, non meno scevra da problemi appare la possibilità di accettazione del nuovo paradigma da parte delle pubbliche amministrazioni.

ISSN 2036-7821

applicazione al momento della redazione dei bilanci, e che aveva determinato il sistematico rifinanziamento in aumento di qualunque programma di spesa, a prescindere dalla sua reale utilità: una volta ammessa l'esigenza della prospettiva di un processo permanente di analisi e revisione della spesa, gli studi in corso evidenziano le varie potenzialità del bilancio "a base zero", che risiedono nella sua capacità di indurre i livelli manageriali delle amministrazioni a un più incisivo ruolo di programmazione e nella maggiore responsabilizzazione dei centri amministrativi nella individuazione delle linee direttive in relazione all'azione amministrativa e, in generale, alla qualità della spesa (ad esempio, quella dei servizi erogati), così da fornire al decisore politico elementi di analisi e valutazione delle politiche pubbliche.

5. La scarsa flessibilità della traiettoria di riferimento: il rischio della riproposizione di politiche anticicliche.

A prescindere dai casi in cui possa concedersi la proroga del periodo di aggiustamento (art. 14) - al sussistere di specifici criteri -, o dalla sopravvenienza di eventi imprevedibili oppure, ancora, di circostanze oggettive impeditive dell'attuazione del piano originario, in fondo, la traiettoria di aggiustamento resta immodificabile nel corso del tempo di riferimento, ed in più, anche posto che una deviazione dal percorso della spesa netta fosse autorizzata, resterebbe ferma la condizione della intangibilità della sostenibilità di bilancio a medio termine: andando oltre la sua natura di misura solo reputazionale, a livello applicativo il precipitato di questa regola è una contrazione nel ventaglio delle misure di bilancio anticicliche che restano a disposizione degli Stati tenuti ad un percorso di rientro nei parametri, essendo queste ultime, invece, garantite solo per gli Stati già rispettosi degli *standards* europei. L'abrogazione della regola del ventesimo all'anno è sicuramente una misura di favore verso gli Stati indebitati ma, da sola non è in grado di facilitare l'adozione di politiche anticicliche giacché le variazioni dal percorso annuale possono essere molto limitate dall'esigenza di raggiungere comunque l'obiettivo previsto nel corso del periodo programmato, ancorché la traiettoria della spesa netta escluda dal calcolo la componente ciclica della spesa per i sussidi di disoccupazione, delle misure *una tantum* e di altre misure temporanee.

Se queste sono le regole che dovranno essere rispettate, in tempi eccezionali – come quelli in cui si si è versato negli ultimi anni – il debito non potrà più permettersi di salire di 10 o anche di 20 punti, in tal modo disattendendo una delle ragioni più importanti nella determinazione a mettere mano alla riforma della disciplina sul coordinamento e la sorveglianza dei bilanci pubblici, ovvero di rivedere le regole fiscali e la *governance* europea in modo da stimolare gli Stati ad attuare politiche maggiormente orientate alla crescita, e consentire loro di spendere nei momenti in cui occorre sostenere una temporanea flessione dell'economia.

ISSN 2036-7821

Il divieto di incidere sulla sostenibilità generale del bilancio è un vincolo estremamente stringente, soprattutto se lo si paragona alle misure solidaristiche che hanno ispirato le azioni europee durante la pandemia: dinanzi a crisi analoghe a quelle verificatesi nei primi anni 2000 o nel biennio 2020-2021, nessuno Stato membro "sotto osservazione" potrà infatti permettersi deviazioni dal percorso della spesa netta tali da compromettere il risultato finale della sostenibilità di bilancio. E questa limitazione riguarda anche gli Stati già assoggettati alla procedura di infrazione per disavanzo eccessivo, i quali, pur versando in gravi difficoltà economiche, si troveranno a dover affrontare *shock* esogeni con uno strumentario fiscale particolarmente ristretto, dal momento che nemmeno in tali circostanze sarebbero autorizzati ad abbandonare la traiettoria stabilita nell'ambito della procedura di rientro.

Sul versante degli eventi idonei a configurarsi come circostanze eccezionali, essi sono oggetto di interpretazioni che possono leggere in senso estensivo o restrittivo la scarna definizione fornita dal testo, ovvero l'essere "eventi esogeni imprevedibili non soggetti al controllo dello Stato membro".

Sia nell'ipotesi del ricorrere di gravi *shock* per la zona euro o per l'Unione nel suo complesso, che per il caso che intervengano circostanze eccezionali con rilevanti ripercussioni sulle sue finanze pubbliche, è consentita l'attivazione di una clausola di salvaguardia – rispettivamente, generale in presenza di una grave congiuntura negativa diffusa all'intera zona euro, e nazionale, se l'evento eccezionale riguarda un unico paese – finalizzata ad una deviazione dal percorso della spesa netta sulla scorta di raccomandazioni "autorizzatorie" della Commissione e del Consiglio; l'indeterminatezza delle circostanze che consentono ad uno Stato membro di deviare dal percorso della spesa netta, tuttavia, anche in questo caso, comporta che il momento decisionale sia frutto di valutazioni ampiamente discrezionali da parte delle istituzioni europee e per questo, capaci di trasformarsi in scelte politiche, di cui ben si conoscono le conseguenze sul livello di "gradimento" sia popolare che dei mercati.

In conclusione, il regolamento legittima, come il precedente Patto, deviazioni temporanee dal piano a medio termine solo in circostanze eccezionali e a questa fattispecie si aggiunge l'ulteriore possibilità per gli Stati di rivedere il piano strutturale nazionale: quest'ultima opzione, consentita prima della fine del periodo di aggiustamento, è ammessa allorché la richiesta di riforma del piano sia determinata dall'avvicendarsi di nuovi governi di diverso orientamento politico oppure in presenza di circostanze oggettive impeditive dell'adempimento.

L'istituto della "revisione" consente di rimettere in discussione "nel merito" il percorso di rientro grazie alla elaborazione, sempre di competenza della Commissione, di una nuova traiettoria di spesa; tuttavia, esso non consente una

ISSN 2036-7821

dilazione dei termini previsti fino ad allora riguardo allo sforzo di aggiustamento, né una riduzione quantitativa degli impegni assunti. La proroga del periodo di aggiustamento non discende infatti in automatico dalla richiesta di presentare un piano riveduto, ma ancora una volta dipende da una valutazione della Commissione, chiamata, in questa sede, a testare il livello di attuazione delle riforme che avevano giustificato la proroga del piano originario.
Le clausole di salvaguardia, invece, rappresentano in sostanza solo una forma di proroga autorizzata del termine per il conseguimento degli obiettivi macroeconomici, vista la temporaneità delle deviazioni significative dal piano di medio termine – un anno salvo ulteriori proroghe -, e la necessità di un'intesa volta a correggere in un periodo limitato le deviazioni consentite (cons. n. 42).

6. Conclusioni.

La riforma da poco approvata cerca di affrontare i molti difetti riscontrati nel vecchio quadro della *governance* economica: le nuove regole fiscali possono anche far segnare un miglioramento nel coordinamento delle politiche economiche dei singoli Stati con gli obiettivi che si prefigge l'UE per rafforzare la resilienza economica sovranazionale alle sfide future, soprattutto sotto il profilo della gradualità del loro raggiungimento. Tuttavia, come si è visto, gli obiettivi perseguiti continuano ad essere legati esclusivamente a vincoli quantitativi e la Commissione concentra i suoi sforzi molto più sul contingentamento della spesa pubblica – anche se al netto della spesa per interessi, delle misure discrezionali sul lato delle entrate e di altre variabili di bilancio al di fuori del controllo del Governo -, piuttosto che sull'importanza del contributo delle riforme e degli investimenti al risanamento dei conti. È un segnale che è ancora forte la voce dei paesi frugali e che si sta esaurendo il senso di comunità che ha marcato le politiche economiche EU negli ultimi anni.
Il ripristino di tali regole quantitative, uguali per tutti i paesi, riflette l'incapacità di abbandonare del tutto la struttura del precedente Patto di stabilità e crescita, basata su regole numeriche predefinite, ancorché l'originario approccio proposto nel testo iniziale dalla Commissione presentasse degli spunti innovativi, rinvenibili soprattutto nell'individuazione di regole tarate in base alle situazioni di finanza pubblica e alle prospettive economiche diverse dei singoli paesi, determinate attraverso la metodologia comune dell'analisi di sostenibilità del debito.
Anche il nuovo quadro, quindi, è frutto di complicati compromessi che sconfessano i valori della semplificazione e della flessibilità i quali, invece, avrebbero un ruolo considerevole nel favorire lo sviluppo di progettualità europea verso prospettive un po' più ambiziose[33] rispetto alle ripetitive politiche basate sugli zero virgola[34].

[33] Sulle sfide e sulle prospettive che attendono l'UE, secondo il Rapporto commissionato da Ursula von der Leyen a Mario Draghi sul futuro della competitività europea, A. POGGI, F. FABRIZZI, *Il nuovo Whatever it takes. Il*

ISSN 2036-7821

Ridurre il debito e il *deficit* è una necessità ma nonostante da più parti si ritiene – anche a livello di istituzioni europee - che ciò debba avvenire senza soffocare la crescita, in realtà nessuna ricetta per il contemperamento delle due sfide è stata ancora proposta dai ministri economici dell'area euro; nella dichiarazione dell'eurogruppo sugli orientamenti di spesa per il 2025 al più si auspica che le strategie per la riduzione degli elevati livelli di disavanzo e debito siano applicate "in modo da ridurre al minimo l'impatto sulla crescita", così dimostrando che sin d'ora se ne prevede il rallentamento. La volontà di trasporre queste cautele in proposte concrete per ora resta nella sfera dei buoni propositi ma la necessità di trovare soluzioni capaci di stimolare la crescita o, almeno, di non deprimerla, si fa ancora più urgente di fronte al rischio che le prospettive economiche continuino a ristagnare al ribasso, più ancora di quanto finora si sta constatando[35].

Come si è visto, l'attuale braccio preventivo assume a centro delle proprie funzioni di coordinamento e vigilanza sui conti pubblici il concetto di spesa netta, per la quale è richiesto che, nel corso della traiettoria di riferimento, resti ad un livello più basso della crescita della produzione a medio termine, allo scopo di non continuare ad alimentare la crescita dello *stock* di debito.

Il nuovo testo opera numerosi richiami all'importanza delle riforme e degli investimenti e questo denota come la Commissione abbia assunto consapevolezza del fatto che, per quanto uno Stato si adoperi per l'adozione di consistenti sforzi di aggiustamento fiscale, resta molto difficile per quelli più indebitati il rientro dall'eccesso di debito/*deficit*. Il parametro della spesa, come definito dal sistema, invece, diventa l'unico indicatore per verificare l'effettiva attuazione del piano senza alcuna considerazione della sua composizione qualitativa, in quanto continua ad essere misurata come un aggregato indistinto: la traiettoria tecnica, essendo il documento orientativo per la stesura del piano strutturale, deve ricomprendere anche la fetta della spesa dedicata agli investimenti – giacché questi non sono stati

---

rapporto Draghi: ambizioni e difficoltà del futuro dell'Europa, in www.federalismi.it, editoriale dell'11 settembre 2024. Il rapporto Draghi dal titolo *Il futuro della competitività Europea* - parte A e parte B -, del settembre 2024 è leggibile in italiano in https://www.eunews.it/.

[34] Cfr. G. TRIA, *La marcia per la stabilità, gli «zero virgola» e i documenti europei*, in https://www.ilsole24ore.com/, 10 settembre 2024, il quale fa presente come "il primo "zero virgola", cui dovrà rispondere il Governo italiano, è una riduzione dello 0,5% l'anno del *deficit* pubblico fino a quando il *deficit* stesso non tornerà sotto il 3% e quindi l'Italia uscirà dallo stato di infrazione per deficit eccessivo"; a questo punto, ci sarà un nuovo "zero virgola" da rispettare, relativo al percorso di aggiustamento che prevede, quale clausola quantitativa oggi sospesa perché attualmente l'Italia si trova appunto in una PDE, la riduzione del rapporto debito/Pil dell'1% l'anno.

[35] Cfr. E. BONINI, *L'economia europea tiene, ma è ostaggio dei 'fattori esterni'*, in https://www.eunews.it/2024/05/15/, 15 maggio 2024, dove si osserva che, anche se la crescita europea è stata migliore del previsto all'inizio del 2024 e la riduzione dell'inflazione ha creato le premesse per una "graduale espansione dell'attività economica […], l'incertezza e i rischi al ribasso per le prospettive economiche sono ulteriormente aumentati negli ultimi mesi". Per l'Italia, il commissario Gentiloni ha preannunciato l'aumento del debito pubblico allo scopo di proteggere gli investimenti.

ISSN 2036-7821

esclusi dal computo totale -, e nessuna ulteriore diversificazione viene operata in base ad altre possibili destinazioni, quali ad esempio, le spese per la ricerca, l'istruzione, e per promuovere politiche attive per il lavoro – le uniche escluse sono quelle per le indennità di disoccupazione necessarie a contrastare gli effetti del ciclo economico -, né con l'obiettivo di scorporarle dall'intero ammontare, né col fine di incentivarne l'adozione.

Le nuove regole non concedono uno spazio significativo alla composizione della spesa pubblica nelle sue due componenti di parte corrente e in conto capitale né danno accesso ad una qualche forma anche ridotta di *golden rule* per esentare gli investimenti pubblici dal computo del *deficit* su Pil: questa articolata impalcatura mira a rinvenire ed imporre un limite alla crescita dell'aggregato di spesa, a prescindere dalle proposte di obiettivi di crescita della produzione che uno Stato (si spera, rispettando un principio di credibilità) potrebbe presentare all'UE, e nonostante – ad esempio – in certi anni questo faccia segnare una crescita superiore alle attese delle entrate di bilancio, siano esse di natura ciclica o strutturale[36], le maggiori risorse non possono essere investite per incrementare neppure le spese in conto capitale dovendo contribuire ad una riduzione "contabile" del debito.

La regola fondata su un tetto di spesa predefinito può risultare perciò anche più rigida rispetto a quella dell'equilibrio e -come si è cercato di dimostrare - neppure è in grado di mettere al riparo da quegli effetti prociclici che si erano osservati nell'applicazione della disciplina sul saldo strutturale, tanto più in relazione a *shock* esogeni; ad esempio, il sistema della deviazione dalla traiettoria di spesa non consente l'adozione di rapidi scostamenti di bilancio nel caso occorra fronteggiare un evento imprevisto e, comunque, è sempre richiesta la compensazione con una riduzione di altre spese o un aumento delle entrate, perché sia rispettata la regola della spesa fissata per quel Paese e garantita l'intangibilità della clausola sulla sostenibilità di bilancio a medio termine (artt. 24 e 25).

L'impressione che deriva dalla lettura della nuova disciplina è che, se è vero che l'intento di rafforzare la titolarità degli Stati membri attraverso un accordo individuale sul percorso di aggiustamento, abbia indotto a ritenere che il nuovo PSC sia migliorativo per la maggiore flessibilità e per il lasso di tempo più ampio consentito agli Stati per ridurre il debito, in realtà questo strumento sembra subire una significativa trasformazione, da procedura destinata a mettere al riparo l'Unione europea da comportamenti irresponsabili di qualche Stato membro che potrebbero contagiare l'intera area euro, in una procedura che, prima ancora di dover arrivare ad adottare misure correttive, riduce l'accesso ai finanziamenti per spese strategiche

[36] Come evidenziato dal Dossier: *La riforma della governance economica europea: profili finanziari dei testi concordati in sede di Consiglio e nell'ambito del "Trilogo"*, cit., p. 10 ss., dove si rappresenta altresì che nel caso in cui l'andamento delle entrate possa risultare "meno dinamico del previsto", questa circostanza non limiterà la capacità di spesa del Paese ai fini del rispetto delle regole europee.

ISSN 2036-7821

e accentra nelle mani della Commissione, in aggiunta alle raccomandazioni che intervengono nel Semestre europeo, un potere di controllo quantitativo diffuso delle politiche economiche nazionali di governo. Il "coordinamento efficace delle politiche economiche" a cui è intitolato il regolamento n. 2024/1263 non trova riscontro nel suo contenuto, dove la prospettiva della stabilità dell'area euro è sorretta esclusivamente da un modello incentrato sulla sorveglianza di bilancio – come il precedente PSC –, in presenza di un contesto carente di qualunque strumento di politica fiscale espansiva comune: pensare, ad esempio, di prevedere la predisposizione di programmi per lo sviluppo di una politica industriale sovranazionale consentirebbe all'UE di aggredire il basso tasso di crescita del Pil europeo. Da sole, tutte le regole fiscali comportano vincoli finanziari a carico degli Stati membri, che possono compromettere le opportunità di crescita del paese e dell'intera area euro, a meno che queste non siano contemperate da altre misure realmente in grado di garantire, al bisogno, l'applicabilità di politiche fiscali anticicliche e di incentivare la riduzione del debito pubblico eccessivo nei momenti di favorevoli del ciclo economico, grazie ad una temporanea contrazione della spesa pubblica.

Tuttavia, la visione europea è rimasta molto limitata e si è accettato ancora una volta il "male minore" di un indebolimento delle potenzialità di crescita dei singoli Stati, pur di obbligarli al rispetto quasi "punitivo", di soglie predefinite, che li vincolano "a convergere verso l'austero 1,5% di *deficit*/Pil"[37]. tutte le regole fiscali determinano vincoli finanziari a carico degli Stati membri, che possono compromettere le opportunità di crescita del paese e dell'intera area sovranazionale oppure che, se ben congegnate, consentono l'adozione di politiche fiscali anticicliche ed incentivare la riduzione del debito pubblico eccessivo:

In assenza di altre politiche, l'impianto del nuovo Patto appare debole a fronte delle sfide europee ma anche nella prospettiva del rafforzamento della stabilità dei bilanci: l'impatto sui Pil nazionali, soprattutto a partire dal 2027, quando si dovranno confrontare con la fine del PNRR e degli sconti sulla spesa per interessi non sarà irrilevante, ma non lo sarà neppure quello sul Pil europeo, che dovrà rinunciare a beneficiare delle occasioni di crescita dei singoli Stati.

[37] Come evidenzia G. PIGA, *Patto di stabilità, la tenaglia europea e il colpo di reni che serve all'Italia*, 28 dicembre 2023, in https://24plus.ilsole24ore.com/, i prossimi governi dovranno fare da soli quello che "un'Europa sospettosa non ha consentito e cioè trovare, ma non a *deficit*, risorse per finanziare le necessarie e inevitabili spese per lo sviluppo per il tramite degli investimenti pubblici". La mancanza di crescita europea, unitamente all'affermarsi di nuove misure di *austerity* "non potrà che stimolare populismi e estremismi, mettendone a rischio la stabilità tanto cara, paradossalmente, ai falchi dell'austerità, risultati vincitori nella lotta sulla riforma del Patto".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerazioni sul giudizio di ottemperanza

di Nicola Di Modugno

(Ricercatore confermato di diritto amministrativo presso l'Università del Sannio – Benevento)

Sommario

1. Il giudizio di ottemperanza quale motore di sviluppo del processo amministrativo. – 2. L'ottemperanza di chiarimenti. – 3. L'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato. – 4. La conversione dell'azione di nullità in ricorso di annullamento. – 5. Il Commissario *ad acta:* l'esigenza di terzietà del sostituto del giudice; conclusioni.

Abstract

The introduction in the administrative process, according to case law, of the enforcement proceedings gave rise to an evolution of the whole system that is still ongoing. Legislatively, the 2010 Code incorporated, among other innovations, in particular two cognitive actions that have arisen in the practice of the enforcement proceedings: the compliance of clarification, and the action for nullity of the administrative deed, issued in violation and/or circumvention of the res judicata. Article 32, paragraph 2, of the Code of Civil Procedure also stipulated that if the conditions are met, the judge can always order the conversion of actions. Conversion is the only remedy in difficult cases in which the qualification of the deed conflicting with the res judicata as nullity or voidability is uncertain. Finally, with regard to the commissario *ad acta*, the problem of his impartiality is still unresolved, given the long-lasting practice of assigning that position to the managers of the same administrations concerned.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Il giudizio di ottemperanza quale motore di sviluppo del processo amministrativo. Una dottrina molto autorevole[1], soffermandosi sull'estensione, allora soltanto di matrice giurisprudenziale, alla sentenza amministrativa, del giudizio di ottemperanza[2], originariamente previsto per le sole sentenze del giudice ordinario[3] relative ai diritti soggettivi (art. 4, L. n. 2248 All. E del 1865 e art. 27, n. 4, TUCS del 1924), osservò che in tal modo si posero le basi di una profonda evoluzione del processo amministrativo modificando la sentenza ordinativa in sentenza di condanna sulla base dell'utilizzazione dei principi dinamici latenti nello stesso ordinamento, che costituisce il connotato tipico dell'interpretazione[4] in chiave pretoria[5] tradizionalmente svolta dal Consiglio di Stato[6]. Basta tenere presente la

[1] Il riferimento è al saggio di M. NIGRO, *Sulla natura giuridica del processo di cui all'art. 27 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato* (1954), ora in NIGRO, *Scritti giuridici*, Tomo I, Milano, 1996, pp. 139-240, che significativamente, scriveva: «*Si può dire che in tal modo .... si trasforma radicalmente il sistema giurisdizionale amministrativo modificando la sentenza ordinativa in sentenza di condanna*». Osservava ancora, lucidamente, il Maestro: «*È però facile rispondere che non di trasformazione si tratta ma di sviluppo secondo la linea evolutiva insita nella stessa pronunzia amministrativa: proprio in questa utilizzazione dei principi dinamici latenti nello stesso ordinamento sta il compito e il limite dell'interpretazione analogica*»-

[2] Sul tema, cfr. F. SAITTA, *L'attuazione dei provvedimenti del giudice amministrativo: l'azione di ottemperanza tra codice e giurisprudenza,* in *Diritto e processo amministrativo,* Fascicolo 3/2024, p. 547 e ss.

[3] Sull'originario impianto del giudizio di ottemperanza introdotto nel 1889 per l'esecuzione delle sole sentenze rese dal giudice ordinario nei confronti della PA è tuttora fondamentale il saggio di F. CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la Pubblica Amministrazione,* Torino, 1905.

[4] Sul tema, A. TRAVI, *L'interpretazione della norma amministrativa,* in www.giustizia-amministrativa.it, 2023, che conclude, significativamente, affermando che «*Fedeltà alla norma non significa solo fedeltà a un testo. Quando la Quarta sezione ammise il ricorso contro il silenzio-rigetto certamente non si basò sul testo di una disposizione positiva: la legge Crispi contemplava solo la domanda di annullamento di un provvedimento. Tuttavia la Quarta Sezione applicò ugualmente la legge Crispi, che intendeva assicurare una tutela contenziosa contro l'amministrazione che fosse in una posizione di potere. Di conseguenza in questa giurisprudenza è riscontrabile non l'aderenza a una disposizione, ma comunque la comprensione ed un'aderenza piena alla legge*». E' chiaro che tale conclusione, formulata con riferimento alla giurisprudenza pretoria, che ammise il ricorso avverso il silenzio rigetto del ricorso gerarchico, è da ritenersi pienamente valida anche con riguardo all'estensione giurisprudenziale dell'ammissibilità del ricorso di ottemperanza all'attuazione delle sentenze amministrative.

[5] Sulla giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato sono tuttora fondamentali, malgrado sia trascorso oltre un secolo, le splendide pagine di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (1911-1914), Ristampa con note di aggiornamento (Ed. Miele), Padova, 1960, pp. 152-153, in cui significativamente si legge: «*La consuetudine interpretativa è assai frequente, data la scarsa chiarezza delle norme giuridiche amministrative. Essa è sussidiata dalla giurisprudenza. In vista di essa si deve tener ferma un'interpretazione costantemente seguita, anche se non ha sicura base nella legge. Così i limiti dell'autorità giudiziaria di fronte all'amministrativo, il modo di intendere gli atti amministrativi, la possibilità di condanna nei danni (interpretazione dell'art. 4 della legge sul cont. amm. 20 marzo 1865) si fondano piuttosto su una consuetudine interpretativa, che sopra il testo o la ragione della legge che sono tutt'altro che chiari.*

La nozione di eccesso di potere menzionato come vizio degli atti amministrativi nell'art. 22 della Legge sul Cons. di Stato è di per sé poco chiara, risulta ormai da una consuetudine interpretativa sussidiata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato». Prosegue F. CAMMEO, *Corso,* cit. pp. 165-166, osservando che: «*La giurisprudenza è costituita da principi che emergono da decisioni uniformi di autorità giurisdizionali in casi uguali. Si ha così, secondo i giudici, una giurisprudenza giudiziaria, amministrativa, ecc.. Analoga alla giurisprudenza e specifica del diritto amministrativo è la prassi: cioè i principi risultanti dalla condotta degli organi amministrativi, specie di quelli di controllo (decisioni di ricorsi amministrativi non contenziosi, pareri del Consiglio di Stato che le accompagnano, ecc.). Né la giurisprudenza, né la prassi sono fonti di diritto. Di regola esse sono interpretazioni di norme giuridiche preesistenti, ma anche quando non lo sono come nei casi di rapporti*

ISSN 2036-7821

vigente disciplina codicistica delle azioni[7] proponibili nel processo amministrativo (v., soprattutto, l'art. 34 c.p.a.) per vedere la forza anticipatrice di tale insegnamento. Si può, anzi, considerare tale intuizione come una geniale anticipazione della successiva evoluzione del processo amministrativo. Se, infatti, non vi è stato il superamento del processo impugnatorio che tuttora sussiste (art. 29, c.p.a.), attesa la perdurante centralità dell'azione di annullamento nel nostro sistema, è innegabile, però, che la stessa sentenza di cognizione ha assunto degli indiscutibili profili di

---

nuovi, cui la giurisprudenza o la prassi applicano l'analogia o l'equità, in ogni modo le regole così affermate non valgono giuridicamente, se non per il caso o i casi decisi, non in generale. Perciò non hanno quel carattere di generalità che è proprio delle norme giuridiche. Però il ripetersi di decisioni conformi può esser fonti di consuetudine interpretativa o, in base all'analogia o all'equità, introduttiva». E' altamente significativo che NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunale amministrativi*, ora in *M. NIGRO, La riforma del processo amministrativo*, Milano, 1980, pp.100-101, nell'esaminare la giurisprudenza pretoria che aveva esteso il giudizio di ottemperanza alle sentenze amministrative riconobbe ad essa «*...il valore di posizione di una vera e propria norma consuetudinaria...*».

[6] Osserva autorevolmente M. CLARICH, *I materiali della legge nel giudizio amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2022*: «In realtà, a ben considerare, nel diritto amministrativo prima di porre la questione dei materiali della legge paradossalmente si potrebbe quasi capovolgere la prospettiva e parlare dei materiali della giurisprudenza nella produzione delle leggi.*

Vi sono, infatti, numerosi esempi di leggi amministrative emanate recependo principi emersi via via nella giurisprudenza, in particolare del Consiglio di Stato che ha avuto fin dall'istituzione della IV Sezione nel 1889 un ruolo fondamentale nel plasmare il regime giuridico dell'atto e del procedimento amministrativo e dello stesso processo.

Da ultimo, anche la legge di delega per la riforma del Codice dei contratti pubblici (legge 21 giugno 2022, n. 78) prevede come criterio generale quello di adeguare la riforma, oltre che al diritto europeo, ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori (art. 1, comma 1).

Si possono richiamare esempi ancor più rilevanti come il Codice del processo amministrativo, per il quale la legge di delega (legge 18 giugno 2009, n. 69) ha posto il principio di "adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori" (art. 44). Anche la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che è una legge di principi, ha in gran parte legificato e razionalizzato il lavoro della giurisprudenza su vari istituti fondamentali, come, per esempio, l'obbligo di motivazione, la revoca e l'annullamento d'ufficio.

In definitiva, veniamo da una tradizione nella quale, almeno per quanto riguarda il diritto amministrativo generale, spesso il legislatore è andato al seguito della giurisprudenza, avallando quella che, come si accennerà qui di seguito, è stata definita come "normazione giurisprudenziale", piuttosto che viceversa... Conviene svolgere qualche ulteriore considerazione sul ruolo del giudice amministrativo, più che come interprete e "bocca della legge", come creatore di norme che talora, come già chiarito, ricevono poi un riconoscimento formale ex post da parte del legislatore.

Il problema è più in generale quello del rapporto giudice amministrativo-legge, cioè dei parametri normativi e dei principi generali come base delle decisioni che in molti casi il giudice amministrativo tende a costruire in modo creativo.

A tal riguardo basta richiamare il dibattito, che per lungo tempo ha agitato la nostra disciplina, sulla cosiddetta natura giurisprudenziale del diritto amministrativo e sull'opportunità di non imbrigliare troppo il giudice amministrativo in regole rigide di tipo legislativo. La stessa codificazione del processo amministrativo e ancor prima del procedimento amministrativo incontrò all'epoca una certa resistenza da una parte di studiosi che ritenevano preferibile lasciare maggior libertà al giudice amministrativo nel plasmare le regole processuali e dell'agire amministrativo.

In un saggio dell'inizio degli anni '80 del secolo scorso Fabio Merusi, rivolgendosi a un pubblico anche di giuristi inglesi, illustrava le ragioni per le quali il diritto amministrativo nacque e si sviluppò come un diritto essenzialmente giurisprudenziale quasi sul modello della common law.

La prima ragione è legata al principio del non liquet, ovvero alla necessità della IV Sezione del Consiglio di Stato, fin dalle sue prime decisioni, di riempire di contenuto le scarne disposizioni normative processuali poste dalla legge del 1889 istitutiva della Sezione, integrandole e specificandole in sede interpretativa».

[7] Sul punto, N. DI MODUGNO, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, in Dir. proc. amm., 2013, pp. 791 ss.

ISSN 2036-7821

condanna[8]. Tali profili di condanna e, più in generale, ordinativi, ai sensi dell'art. 34, lett. c) ed e), c.p.a., costituiscono le più recenti e significative manifestazioni di una trasformazione profonda del processo amministrativo. Trasformazione che, senza l'evoluzione derivante dall'estensione ad esso del giudizio di ottemperanza, sarebbe stata, semplicemente, impensabile.

E' essenziale, a tal proposito, precisare che l'autorevole insegnamento sopra richiamato ha affermato che il Consiglio di Stato, con la decisione della Quarta Sezione del 9 marzo 1928 n. 181[9], che sancì l'estensione del giudizio di ottemperanza alle proprie sentenze, si sarebbe, in realtà[10], comportato da legislatore[11]. Vero è che da una semplice lettura della motivazione della decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato 9 marzo 1928 n. 181[12] appare evidente che vi era già la chiara

[8] Su tali profili condannatori della sentenza amministrativa, v. DI MODUGNO, *Fermenti, cit.*, pp. 794 ss.

[9] Tale celebre decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato è stata ripubblicata in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), Milano, 2001, pp. 131-140, con commento di R. DIPACE.

[10] In tal senso, nel quadro della dottrina dell'epoca vanno ricordate le critiche alla svolta giurisprudenziale del 1928 autorevolmente avanzate da G. ZANOBINI, *Corsoi di diritto amministrativo,* Vol. II, *La giustizia amministrativa,* Milano, 1945, p. 217, che scrive: «*L'art. 27, n. 4, è stato ritenuto applicabile, oltreché alle sentenze dell'autorità giudiziaria, anche alle decisioni della giurisdizione amministrativa, nei casi in cui il contegno dell'amministrazione non sia conforme a ciò che risulta stabilito. Questa interpretazione analogica non trova fondamento nei principi generali ed anzi è con essi in contrasto: il sistema del nostro diritto attribuisce alle decisioni delle giurisdizioni amministrative propria efficacia costitutiva (annullamento o sostituzione di atti amministrativi), per la quale l'inosservanza da parte dell'amministrazione rappresenterebbe una situazione anomala, una deviazione dell'amministrazione dai principi di ordine e di giustizia: fatti poco potrebbero giovare i comuni mezzi giuridici*».

Sul punto è tuttora fondamentale l'insegnamento di NIGRO, *Giustizia amministrativa,* 3^ Ed., Bologna, 1983, p. 403, secondo cui tale dottrina si oppone «*...al nuovo orientamento in base alla considerazione che di un rimedio, come quello dell'art. 27 n. 4, non c'era alcun bisogno e spazio nel processo ammi9nistrativo perché, essendo esso un processo di mero annullamento, l'eliminazione dell'atto era un puro e automatico effetto della sentenza, senza alcun bisogno di alcun altro intervento dell'amministrazione o del giudice. In realtà, l'introduzione del rimedio operò un vero e proprio strappo nel tessuto normativo*».

[11] Scrive M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza,* in M. NIGRO *Scritti giuridici,* Tomo III, Milano, 1986, pp. 1522-1523 «*...non si comprende nulla della funzione di esso giudizio nell'economia del processo amministrativo, se non ci si rende conto che l'applicazione dell'art. 27 n. 4* (del T.U. sul Consiglio di Stato n. 1054/1924, allora in vigore, ndr.*) a queste sentenze è avvenuta non per estensione diretta, né per analogia (sono le contrastanti posizioni della Cassazione e del Consiglio di Stato), ma per un fatto di pura e semplice (direi di bruta) innovazione giurisprudenziale... L'introduzione fu il frutto della (sia pure oscuramente) avvertita trasformazione del processo da processo di annullamento puro a processo con elementi ordinatori e dalla (sia pure avvertita e confusa) volontà di cooperare a questa trasformazione e di spingerla in avanti nell'intento di assicurare effettività alla giurisdizione amministrativa. Il giudice amministrativo non volle affatto estendere alla sentenza amministrativa il regime che l'art. 4* (della L. 20 marzo 1865 allegato e) n. 2248, ndr.*) faceva alla sentenza civile, ma utilizzò, per l'attuazione della prima, il solo strumento di cui poteva disporre per piegare la resistenza o rimediare l'inerzia dell'amministrazione; ed, ovviamente, lo assunse per quello che poteva significare e valere nel nuovo quadro in cui essa voleva – con quella oscura e confusa volontà di cui ho detto – inserirlo*».

[12] Si legge, fra l'altro, nella motivazione della decisione della Quarta Sezione 9 marzo 1928 n. 181, ora in PASQUINI, SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni,* cit. p. 133: «*La Sezione, dopo attento esame del fondamento delle opposte tesi in argomento sì delicato, stima dovere aderire a quella che riconosce l'anzidetta potestà all'autorità giurisdizionale amministrativa. Si concede che la concreta esecuzione del giudicato amministrativo spetta in proprio ed esclusivamente all'amministrazione, così come negli ordinamenti processuali civili il procedimento di cognizione e di dichiarazione di un diritto è compiutamente distinto dal procedimento di esecuzione, nel quale si riconosce la presenza di una attività meramente esecutiva dello Stato; si concede altresì che la preminente potestà degli organi della gerarchia*

ISSN 2036-7821

consapevolezza che l'annullamento del provvedimento impugnato aveva come logico presupposto l'accertamento della lesione dell'interesse legittimo in capo al ricorrente. Pertanto, la Quarta Sezione ritenne ammissibile il ricorso di ottemperanza nel processo amministrativo avente ad oggetto interessi legittimi. In altre parole, la forza espansiva dell'interesse legittimo[13] quale situazione soggettiva di tipo sostanziale costituì la vera base di tale svolta giurisprudenziale che appare ispirata ad un'autorevole dottrina[14] che già da tempo aveva riconosciuto il contenuto di accertamento della lesione dell'interesse legittimo come elemento essenziale della sentenza amministrativa di annullamento. Può dirsi, pertanto, che la Quarta Sezione del Consiglio di Stato riconoscendo come contenuto tipico della sentenza amministrativa l'accertamento della lesione dell'interesse legittimo, in senso sostanziale, del ricorrente abbia anticipato di quasi vent'anni gli articoli 24 e 113 della Costituzione che, come a tutti noto, riconoscono la generalità e la pienezza della tutela giuridica dell'interesse legittimo[15] ponendolo (art. 24 Cost.) sullo stesso piano del diritto soggettivo. Ancora, venticinque anni dopo le Sezioni Unite Civile della Corte di Cassazione, con la celebre sentenza dell'8 luglio 1953 n. 2157[16] (Est. Torrente), dichiararono che il Consiglio di Stato, nell'estendere alle proprie sentenze il giudizio di ottemperanza (che, si badi bene, costituiva già allora, un'ipotesi di

amministrativa è quella di annullamento di atti amministrativi non conforme a legge; ma sempre sta fermo il principio che logico inscindibile contenuto della pronuncia di annullamento di atto amministrativo vi è la pronuncia dichiarativa della lesione da parte dell'amministrazione di un interesse del privato giuridicamente protetto, e, pertanto, dell'obbligo dell'amministrazione alla restaurazione del medesimo. Segue da tali premesse che, ove l'amministrazione, violando il giudicato amministrativo, abbia emesso un positivo concreto provvedimento difforme dalla dichiarazione di diritto contenuta nel predetto giudicato, bene è proponibile l'istanza del privato diretta all'annullamento del medesimo. Che, se l'amministrazione di fronte al giudicato amministrativo, siasi mantenuta in atteggiamento negativo, poiché la perdurante omissione dell'amministrazione sempre importa lesione d'un legittimo interesse del privato, riconosciuto e dichiarato dal giudicato, bene è a ritenersi in tal caso ammissibile il ricorso del privato all'autorità giurisdizionale. Questa, riconfermando col sigillo di nuova pronuncia la perdurante violazione del legittimo interesse del privato e l'obbligo dell'amministrazione di ripararlo, costituirà, ove permanga sine iuxta causa l'inazione dell'autorità amministrativa, legale titolo allo interessato per l'istanza, dinanzi alla competente autorità, di rifazione del danno».

[13] Sull'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale cui corrisponde l'obbligo gravante sulla P.A. di presa in considerazione adeguata e completa della posizione del singolo è tuttora fondamentale la monografia di L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, 1989. Tale teorizzazione è proseguita in tempi più recenti con il saggio di L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 4/2007, e in *studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, Padova, 2007, Vol. I, Sez. Seconda, pp. 185 e ss..

[14] Il riferimento è a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo (1911-1914)*, cit., p. 733, che, significativamente, scrive: «*Si è anche osservato che le giurisdizioni di giustizia amministrativa possono annullare atti amministrativi, quelle di merito anche modificarli o sostituirvi nuovi provvedimenti. Ciò, si dice, è funzione amministrativa. Ma si dimentica che l'atto amministrativo è annullato, modificato, o sostituito, in virtù di un preesistente diritto in senso lato (interesse tutelato dalla legge o dall'equità): ed è sull'accertamento di questo diritto, della sua lesione e della necessità di ripararlo che cade il giudicato,..*».

[15] Sul tema è fondamentale la monografia di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.

[16] In Foro Amm., 1953, con nota adesiva di G. MIELE, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato rispetto all'attuazione delle decisioni del giudice amministrativo*, ora in G. MIELE, *Scritti giuridici*, Vol. II, Milano, 1987, pp. 629 e ss..

ISSN 2036-7821

giurisdizione di merito (pertanto, di carattere tassativo), si era mantenuto nell'ambito della propria giurisdizione[17]. In tal modo la Cassazione rigettò la censura di eccesso di potere giurisdizionale sollevata, sul punto, dall'Avvocatura Generale dello Stato. Soltanto quarantatre anni dopo la su richiamata decisione del Consiglio di Stato del 1928, il legislatore, con l'art. 37 della L. 6/12/1971 n. 1034[18],recepì[19] l'estensione giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo.

2. L'ottemperanza di chiarimenti.

Tornando all'esame della disciplina codicistica in tema di azioni nel processo amministrativo, il superamento, voluto dal legislatore del 2010, del monolitismo[20]

---

[17] Si legge, fra l'altro, nella predetta sentenza: «*Il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 27 n. 4 citato, può conoscere anche dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'ordine dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato della giurisdizione amministrativa*».

[18] L'art. 37 della L. 6/12/1971 n. 1034 stabiliva: «*I ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso al giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria, che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico, sono di competenza dei Tribunali Amministrativi Regionali quando l'autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del Tribunale Amministrativo Regionale. Resta ferma, negli altri casi, la competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale.*

Quando i ricorsi siano diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del Tribunale Amministrativo Regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione, della cui esecuzione si tratta.

La competenza è peraltro del tribunale amministrativo regionale anche quando si tratti di decisione di tribunale amministrativo regionale confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello».

[19] Sulla recezione da parte del legislatore del 1971 dell'estensione giurisprudenziale del giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo è essenziale il pensiero di M. NIGRO, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa*, cit., loco cit, pp. 100-101, che osserva: «*La legge esplicitamente ammette tale giudizio per l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli "organi di giustizia amministrativa" (art. 37, quinto comma). Tale ammissione è significativa non già per il fatto che viene consacrata in modo diretto legislativamente, l'interpr4tazione che da circa quarant'anni la giurisprudenza dà dell'art5. 27 n. 4 del testo unico – l'orientamento della giurisprudenza al riguardo aveva ormai il valore di posizione di una vera e propria norma consuetudinaria – quanto perché il legislatore sembra così di voler prendere atto della trasformazione del processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul potere – trasformazione che l'ammissione del ricorso d'ottemperanza produce (e svela) – e della funzione primaria ed essenziale che tale giudizio ha assunto e più dovrà assumere in questa trasformazione. Il giudizio di ottemperanza viene cioè a prender posto nel sistema non più quale espediente escogitato dal giudice amministrativo, con qualche forzatura della legge processuale, per rimediare alla patologica inadempienza dell'amministrazione, ma quale naturale completamento del giudizio di legittimità, diretto ad assicurare ai risultati di esso la massima influenza nell'azione amministrativa. Questo punto è decisivo ed è augurabile che la giurisprudenza ne senta tutta l'importanza, portando ancor più avanti, sul fondamento legislativo, l'orientamento da essa già inaugurato*».

[20] Per il superamento del monolitismo dell'azione di annullamento ben prima della codificazione del processo amministrativo del 2010, sia consentito il rinvio a N. DI MODUGNO, *Tipicità (o atipicità) delle azioni e tipicità dei dispositivi di accoglimento del ricorso nella sentenza amministrativa di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 1/1992, pp. 84-85, secondo cui già sotto il vigore dell'art. 26 della L. 6/12/1971 n. 1034 il giudice di legittimità avrebbe potuto adottare «*...ogni altro tipo di sentenza a tutela della situazione sostanziale del singolo...Sulla base delle su esposte considerazioni ci pare di poter concludere che, in omaggio ai principi costituzionali (artt. 24 e 113 Cost.) oggi anche il processo amministrativo, come il processo civile secondo l'insegnamento di Chiovenda "...deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"*».

ISSN 2036-7821

dell'azione di annullamento, che caratterizzava l'originario impianto del processo amministrativo, non implica il venir meno dei profili cognitori tipici del giudizio di ottemperanza che pure è, essenzialmente, un giudizio di esecuzione. Profili cognitori che, di fronte alla riedizione del potere amministrativo, sovente possibile malgrado la sentenza di accoglimento del ricorso del privato, sono indispensabili per assicurare la necessaria elasticità[21] della risposta del giudice dell'ottemperanza all'atteggiamento, spesso tutt'altro che collaborativo, della P.A. soccombente. E ciò proprio in ragione del fondamentale principio di effettività della tutela in quanto, qualora si dovesse rigorosamente tenere distinte le sfere della cognizione e dell'esecuzione, si finirebbe col tornare indietro costringendo il ricorrente, vittorioso in un primo giudizio, ad inseguire le Amministrazioni soccombenti. Amministrazioni che, sovente, cedono alla tentazione di utilizzare gli spazi di discrezionalità residua, pura o tecnica, per emanare altri atti ulteriormente lesivi del suo interesse pur ritenuto meritevole di tutela dalla sentenza di cognizione. Tali profili cognitori, tipici del giudizio di ottemperanza, per un verso, trovano specifiche manifestazioni nella recente disciplina codicistica. Peraltro, in linea generale, essi derivano dallo stesso carattere, essenzialmente dinamico, dell'attuazione della sentenza amministrativa. Attuazione che, in molti casi, richiede il riesercizio del potere da parte della P.A.. Ciò rende impossibile la trasposizione dell'istituto del titolo esecutivo nel processo amministrativo. Tali istituti di carattere cognitorio[22] sono rappresentati

[21] È tuttora quanto mai attuale l'autorevole insegnamento di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo,* Napoli, 1958, pp. 156-157, che, significativamente, scrive: «*Al problema della direzione del procedimento si collega quello dell'adeguazione del procedimento alle esigenze della lite. Le liti sono diverse l'una dall'altra come le malattie né alcun medico penserebbe a prescrivere per tutti i malati lo stesso metodo di cura...Possono darsi tali differenze tra lite e lite che se le medesime regole dovessero essere eseguite per tutte, ne risulterebbe una rigidezza pregiudizievole al buon esito del processo. L'accenno alla rigidezza suggerisce la formula utile per indicare un altro principio, da tenere in conto per la costruzione e per la manovra del processo: alludo al principio di elasticità*».

[22] Tale assetto del giudizio di ottemperanza, ora desumibile dalla codificazione del 2010, avvalora la perdurante attualità dell'insegnamento di NIGRO, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza,* loco cit., pp. 1548-1549, che prendendo atto del carattere a volte implicito, elastico, incompleto e condizionato delle regole desumibili dalla sentenza amministrativa di cognizione, lucidamente afferma che se per un verso la mera interpretazione del giudicato rientra ancora nell'ambito strettamente esecutivo del giudizio di ottemperanza «*...negli altri casi il giudice dell'ottemperanza sicuramente concorre (applicando gli ordini concettuali richiamati) a identificare la volontà concreta della legge o a formare la normativa del caso concreto: è quindi attività di cognizione, pur se la cognizione è compiuta in funzione immediata della sua traduzione in realtà pratica e contestualmente con questa. Tutto ciò mi fa insistere nella definizione del giudizio di ottemperanza come giudizio misto di cognizione e di esecuzione*». Prosegue il Maestro alla nota 33 che si legge sempre a p. 1549: «*Forse però rovescerei l'ordine di prevalenza dei due momenti e non direi più che si tratta di un giudizio necessariamente di cognizione ed eventualmente di esecuzione...ma che si tratta di un giudizio necessariamente di esecuzione ed eventualmente di cognizione*». Precisa, inoltre, NIGRO, *Il giudicato amministrativo,* loco cit., p. 1549, testo: «*...che il giudice dell'ottemperanza cumula un'attività cognitoria (quando scioglie "le riserve" e colma le insufficienze del giudicato: sotto questo profilo, integra il giudicato stesso) e una attività esecutiva (quando assume le misure necessarie a tradurre effettivamente nella realtà il diritto posto dal primo giudice e da esso stesso giudice dell'ottemperanza). E' misto nel senso che, come si comprende, i due aspetti sono così strettamente congiunti da far ritenere impossibile o notevolmente difficile distinguerli*».

ISSN 2036-7821

dall'ottemperanza di chiarimenti[23] e dall'azione di nullità degli atti emanati in violazione e/o elusione del giudicato. Come ha precisato la stessa Adunanza Plenaria[24], l'ottemperanza di chiarimenti è un'azione di cognizione[25] che il Codice ha inserito nell'ambito del giudizio di ottemperanza. Su di essa intendiamo soffermarci attesa la sua indubbia rilevanza sul piano della pratica processuale che, rispetto, ad es., al processo civile, ne fa un *unicum*. Tale azione è prevista dall'art. 112, 3° comma, c.p.a. che, com'è noto, stabilisce: «*Il ricorso di cui al presente articolo può essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alla modalità di ottemperanza*». Precisa, inoltre, l'art. 114, 7° comma, c.p.a. che: «*Nel caso di ricorso ai sensi del comma 5 dell'articolo 112, il giudice fornisce chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza, anche su richiesta del commissario*». Trattasi di una disciplina alquanto sommaria. Comunque possiamo dire che, ai sensi del citato art. 114, 7° comma, c.p.a., la legittimazione a richiedere chiarimenti al giudice circa le modalità di ottemperanza non è limitata alle sole parti ma si estende anche al commissario *ad acta*. Ed infatti, la giurisprudenza formatasi sul punto riconosce la legittimazione al commissario *ad acta* ma la nega[26] al ricorrente vincitore ritenendo legittimate le sole parti soccombenti, essenzialmente, l'Amministrazione resistente, sulla quale grava l'onere dell'ottemperanza. Deve, inoltre, ammettersi, a nostro avviso, anche la

[23] Sul tema, D. PALAZZO, *La c.d. ottemperanza di chiarimenti nel processo amministrativo,* in F. APERIO, A. CARBONE, E. ZAMPETTI (a cura di), *Dialoghi di Diritto amministrativo,* Roma, 2020, pp. 189 e ss..

[24] Sulla composizione e sull'attività giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è essenziale il saggio di E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato,* in FOLLIERI, BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo* (2010-2015), Prima rist., Lavis (TN), p. 25 ss..

[25] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 2/2013.

[26] In tal senso, fra le tante, Cons. Stato, Sezione VII, 13/07/2023 n. 6859, in cui, significativamente, si legge: «*L'art. 112 cod. proc. amm. prevede, al comma 5, che il ricorso possa "essere proposto anche al fine di ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza".*

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, con orientamento cui si intende dare continuità, ha affermato che lo strumento in esame non può trasformarsi in un pretesto per investire il giudice dell'esecuzione, in assenza del presupposti suindicati, di questioni che devono trovare la loro corretta risoluzione nella sede dell'esecuzione del decisum, nell'ambito del rapporto tra parti e amministrazione, salvo che successivamente si contesti l'aderenza al giudicato dei provvedimenti così assunti" (Cons. Stato IV n° 2521 del 5 aprile 2022, VI n° 7713 del 18 novembre 2021).In questo contesto la parte privata vittoriosa in sede di cognizione non è legittimata a chiedere chiarimenti al giudice amministrativo in ordine alle modalità di ottemperanza al giudicato da parte dell'Amministrazione soccombente, potendo agire ai sensi del comma 2 per l'ottemperanza della sentenza ogniqualvolta la parte pubblica soccombente non vi provveda; è invece quest'ultima, oltre che il commissario ad acta, la parte titolata a chiedere chiarimenti al giudice sui punti del decisum che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza (Cons. Stato, sez. IV n° 2521 del 5 aprile 2022, 17 dicembre 2018, n. 7089; 17 dicembre 2012, n. 6468; V, 19 giugno 2013, n. 3339).

Nella fattispecie in esame, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati, l'azione di chiarimenti è inammissibile, in quanto parte ricorrente è la parte vittoriosa del giudizio, sicché il rimedio che essa ha a disposizione, a fronte di condotte dell'Amministrazione ritenute elusive del giudicato, è l'ordinaria azione di ottemperanza ex art. 112, comma 2, lett. a) c.p.a.».

ISSN 2036-7821

legittimazione[27] dei controinteressati[28] a richiedere chiarimenti in ordine all'ottemperanza, essendo pacifica la loro dignità di parti necessarie in posizione di piena autonomia rispetto alla stessa Amministrazione resistente. Ed infatti, di fronte ad atteggiamenti compiacenti della P.A. nei confronti del ricorrente vincitore in sede cognitoria, ben potrebbe configurarsi la autonoma legittimazione del controinteressato, soccombente in tal sede, ad agire dinanzi al giudice dell'ottemperanza al fine di ottenere i necessari chiarimenti allo scopo di prevenire siffatte eventualità. Un'acuta dottrina[29] definisce tale ricorso come azione delucidativa. In realtà, l'oggetto di tale azione, che, sostanzialmente, come si è visto, è di tipo cognitorio, è costituito dall'esatta interpretazione[30] della sentenza ottemperanda. Interpretazione della sentenza che, mentre nel ricorso per l'ottemperanza, promosso dal ricorrente vincitore, rappresenta, sul piano logico-giuridico, il presupposto per ottenere, mediante l'azione di ottemperanza, l'adozione delle misure attuative del giudicato, nell'azione di chiarimenti costituisce l'unico vero oggetto del giudizio[31]. Appare evidente, pertanto, che l'azione *de qua* va inquadrata

[27] La legittimazione all'ottemperanza di chiarimenti in capo al controinteressato è stata riconosciuta da Cons. Stato (Sez. VI), 26/03/2014 n. 1472. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. lo scritto di G. MARI, *Il giudizio di ottemperanza,* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il giudizio amministrativo, principi e regole,* Napoli, 2024, p. 677, che scrive: «*E' considerato legittimato anche il soggetto controinteressato, in so, ad esempio di giudicato di annullamento di un provvedimento a lui favorevole da cui consegua l'obbligo della PA di riesercitare il potere, in quanto soggetto interessato a dirimere eventuali incertezze*».

[28] Sul controinteressato nel processo amministrativo come parte principale è tuttora fondamentale la monografia di F. PUGLIESE, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo, I: per la tutela cautelare,* Napoli, 1989.

[29] Il riferimento è a S. TARULLO, *Il giudizio di ottemperanza,* in F.G. SCOCA (a cura di) *Giustizia amministrativa,* 4^ Ed., Torino, 2011, p. 590.

[30] Sul punto, cfr. R. DIPACE, *Il giudizio di ottemperanza,* in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa,* 9^ Ed., Torino, 2023, pp. 669-670, che osserva: «*Si tratta di chiedere chiarimenti al giudice sui punti del decisum che presentano elementi di dubbio o di non immediata chiarezza e sulle conseguenti modalità di azione per darne esecuzione. In questa sede, quindi, si devono porre questioni concrete, specifiche e rilevanti concernenti l'interpretazione del singolo giudicato mentre è escluso che attraverso il giudizio si riaprano questioni, relative al merito della vicenda definita con il giudicato*».

[31] Come ha di recente precisato la Quinta Sezione del Consiglio di Stato con sentenza del 16/6/2023 n. 5971: «*14. Il Collegio ritiene inammissibile il ricorso per chiarimenti ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm. per i rilievi di seguito enunciati. 14.1. L'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa (Adunanza Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2) ha chiarito che il ricorso ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm. non presenta caratteristiche che consentono di ricondurlo, in senso sostanziale, al novero delle azioni di ottemperanza, trattandosi di un ricorso che ha natura giuridica diversa tanto dall'azione finalizzata all'attuazione del comando giudiziale (art. 112, comma 2), quanto dall'azione esecutiva in senso stretto (art. 112, comma 3), e che presuppone, fondamentalmente, dubbi e incertezze sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo. Al ricorso ex art. 112 cod. proc. amm.. non può neppure essere attribuita la natura di incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 114, comma 7, cod. proc. amm., ponendosi esso dal punto di vista logico – sistematico completamente al di fuori dal giudizio di ottemperanza.*

Il rimedio per la richiesta di chiarimenti è, quindi, ammissibile, nel suo contenuto di strumento volto a ottenere precisazioni e delucidazioni su punti del decisum ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione, laddove si riscontrino elementi di dubbio o di non immediata chiarezza, senza che con ciò possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2324; id. 6 settembre

ISSN 2036-7821

nell'ambito delle azioni tipiche di mero accertamento, essendo il giudice dell'ottemperanza chiamato ad accertare il vero contenuto della propria precedente sentenza di cognizione.

Tale inquadramento dell'ottemperanza di chiarimenti ha destato alcune perplessità in parte della dottrina[32] che pone in dubbio che possa formare oggetto di mero accertamento una domanda volta alla mera interpretazione della sentenza. E' vero che la dottrina contemporanea del processo civile[33] ritiene che l'azione di mero accertamento, pur dovendo considerarsi pacificamente, quale rimedio generale, nonostante il silenzio del codice di procedura civile sul punto, subisca rigorose limitazioni in concreto dovendo, salvo ipotesi espressamente previste dalla legge, avere ad oggetto un diritto o uno *status* e non l'esistenza o l'interpretazione di norme

---

2017, n. 4232; id. 30 novembre 2015, n. 5409). 14.2. L'ottemperanza di chiarimenti assume, pertanto, un mero incidente sulle modalità di esecuzione del giudicato, utilizzabile quanto vi sia un situazione di incertezza da dirimere che impedisce la sollecita esecuzione del titolo esecutivo, e non un'azione o una domanda in senso tecnico, con la conseguenza che non può trasformarsi in un'azione di accertamento delle legittimità o liceità della futura azione amministrativa, né in un'impugnazione mascherata, che porti di fatto a stravolgere il contenuto della pronuncia, la quale non può più venire riformata né integrata dal giudice dell'ottemperanza ove la pretesa avanzata sia de plano ricavabile dal tenore testuale della sentenza da eseguire.La giurisprudenza amministrativa ha, in più occasioni, chiarito che l'istituto non deve essere un pretesto per investire il giudice dell'esecuzione su questioni che devono trovare la loro concreta risoluzione in sede di esecuzione del decisum, nell'ambito del rapporto tra i privati a l'amministrazione, salvo che successivamente si contesti l'aderenza al giudicato dei provvedimenti così assunti .Il principio è stato recentemente ribadito dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 21762 del 29 luglio 2021, secondo cui il 'ricorso' di ottemperanza, previsto dall'art. 112, comma 5, cod. proc. amm. presenta profili peculiari che lo distinguono dalle altre forme di 'azione' di ottemperanza.Con particolare riferimento alla fattispecie in esame, va considerato che oggetto del ricorso ex art. 112, comma 5, cod. proc. amm., è la rappresentazione del modo con cui il potere-dovere di ottemperanza dell'Amministrazione deve essere esercitato ('modalità di ottemperanza'), e l'azione consiste nell'attivazione di un potere che la norma stessa riconosce al giudice amministrativo.Non può revocarsi in dubbio che per l'ammissibilità del ricorso è necessario che sussista la 'res dubia', ossia che vi sia incertezza sulla portata del giudicato, ossia dubbi e incertezze sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo.Come sopra precisato, e' stato in più occasioni chiarito che deve ammettersi il rimedio della richiesta di chiarimenti nel suo contenuto proprio di strumento volto a ottenere delucidazioni su punti del decisum ovvero sulle concrete e precise modalità di esecuzione, laddove si riscontrino elementi di dubbio o non immediata chiarezza, senza che con ciò possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il proprium delle statuizioni rese (Cons. Stato, n. 5978 del 2018; Cons. Stato n. 2324 del 2017; Cons. Stato n. 1680 del 2015) o addirittura indirizzare preventivamente l'agire amministrativo».

[32] Cfr. F. VOLPE, *L'ottemperanza di "chiarimento". Un istituto inutile o dannoso?*, in www.lexitalia.it, 2010, nello stesso senso, più di recente, D. PALAZZO, *La c.d. ottemperanza di chiarimenti*, cit., pp. 209-210.

[33] Cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. I, *I principi*, Bari, 2023, p. 37, che, dopo aver sottolineato che l'ammissibilità dell'azione di accertamento quale figura generale «*...trovi un argomento decisivo nell'art. 24, 1° co., Cost. e nella rilevata atipicità del diritto di azione*», osserva: «*Ciò non esclude affatto, peraltro, che l'azione di m. a., superato lo scoglio derivante dalla mancanza di una sua previsione come rimedio generale, incontri, poi, rigorose limitazioni in concreto. Un primo limite attiene all'oggetto. E' pacifico, infatti, che l'azione di accertamento, al pari di qualunque altra azione, debba vertere, salvo ipotesi espressamente previste dalla legge, su un diritto o su uno status mai sull'esistenza o sull'interpretazione di norme giuridiche astrattamente considerate, né su meri fatti, avulsi dal contesto di un determinato rapporto giuridico*».

ISSN 2036-7821

giuridiche e neppure meri fatti se non inseriti nel contesto di un determinato rapporto giuridico. Tale insegnamento va contestualizzato con riguardo alla specifica nozione dell'azione di interpretazione autentica della sentenza civile[34] dovuta a un'autorevole non recente insegnamento in materia di ermeneutica[35] che venne, però, già all'epoca, posto in discussione da una dottrina altrettanto autorevole nell'ambito del processo civile[36] con delle obiezioni tuttora valide. La richiamata dottrina affermò che l'azione di accertamento interpretativo, non prevista dal vigente codice di procedura civile del 1940, avrebbe potuto ritenersi ammissibile soltanto in presenza di una specifica pretesa esecutiva fatta valere dalla controparte. Pertanto, è proprio la natura di azione di mero accertamento, rivestita dall'ottemperanza di chiarimenti, che, a nostro avviso, ci consente di porre nella sua giusta luce la vera *ratio* della opzione giurisprudenziale, fatta propria anche dall'Adunanza Plenaria, volta ad escludere il ricorrente vincitore dall'ambito dei legittimati ad agire nell'ottemperanza di chiarimenti.

A ben vedere, più esattamente, ciò che manca al ricorrente vincitore, in tale tipologia di azione dichiarativa, non è la legittimazione *ad causam* che, invece, sussiste ma è l'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.) in mero accertamento che tale giurisprudenza riconosce ai soli soccombenti. E ciò in quanto il ricorrente vincitore ha sì interesse all'esatta interpretazione della sentenza ottemperanda ma non in sé e per sé ma quale presupposto logico-giuridico all'adozione della misure attuative. Misure attuative alla cui adozione la P.A. ed i contro interessati, invece, hanno interesse soltanto ad opporsi. Più precisamente la P.A. soccombente, su cui grava l'obbligo di conformarsi al giudicato favorevole al ricorrente vincitore, tende, mercè l'ottemperanza di chiarimenti, a mantenere integra la sfera di discrezionalità residua da far valere in

[34] Sull'interpretazione della sentenza civile è ora fondamentale la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 21/02/2022 n. 5669.

[35] Ci riferiamo al pensiero di E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 269, che scrive: «*Si può affermare in via generale che ogni qualvolta sorga un interesse tale da giustificare un'azione di accertamento, o se più piace, ogni qualvolta sorgerebbe tale interesse se il precetto oscuro fosse di origine contrattuale (l'azione di accertamento è stata principalmente studiata in ordine a situazioni create dalle parti), si può chiedere all'autorità giudiziaria di accertare il significato di un precetto giurisdizionale da essa già reso. E' noto che l'interesse all'accertamento, produttivo della legittimazione ad agire, nasce sotto particolari condizioni, quando cioè la stessa situazione di diritto sostanziale resti oscura, e le parti interessate manchino per conseguenza di una precisa regola di condotta*».

[36] Il riferimento è a S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 10^ Ediz. aggiornata ed ampliata da C. Punzi, Padova, 1987, pp. 230-231, testo e nota 44, che scrive: «*Si ritiene ammissibile dalla dottrina che l'interpretazione del giudicato possa costituire oggetto di azione di accertamento in via principale*». Prosegue, però, il Maestro nella nota 44 sempre a pag. 231: «*Il BETTI, Op. cit., 268, parla di interpretazione autentica della sentenza nella ipotesi della Cassazione che corregge la motivazione lasciando fermo il dispositivo. V. anche CARNELUTTI, Interpretazione autentica della sentenza, in Riv. Dir. Proc. Civ. 1933, II, p. 53 ss., ma questa sarà interpretazione più corretta della legge non della sentenza. Comunque l'istituto della correzione della motivazione ha ben altra portata... Lo stesso BETTI ammette l'azione di accertamento interpretativo. La giurisprudenza, sebbene a malincuore, talvolta l'ammette. Sembra lecito dubitare dell'ammissibilità di una simile azione, non potendo l'interpretazione essere data che in relazione a una pretesa di esecuzione della sentenza, non quindi principaliter*».

ISSN 2036-7821

sede di riedizione del potere amministrativo. Il controinteressato, invece, nel tentativo di conservare il bene della vita assicuratogli dal provvedimento annullato con la sentenza di cognizione, fa valere un interesse meramente oppositivo che forma oggetto della contrapposta pretesa all'ottemperanza vantata dal ricorrente vincitore. In altre parole, nell'ottemperanza di chiarimenti, essendo venuto meno il provvedimento amministrativo annullato dalla sentenza cognitoria, dietro il *petitum* dell'interpretazione autentica della sentenza ottemperanda, emerge, a tutto tondo, il conflitto di interessi[37] che costituiva l'oggetto vero del processo di annullamento definito con la sentenza di cognizione. L'amministrazione cercherà, in tutti i modi, attraverso una interpretazione restrittiva della sentenza di cognizione, di ridurre la portata dei vincoli conformativi derivanti dal giudicato di annullamento che, al contrario, il ricorrente vincitore farà valere in tutta la loro portata in modo da condizionare la riedizione del potere in senso favorevole alla propria pretesa. Il controinteressato, invece, fa valere puramente e semplicemente, il proprio interesse alla conservazione del bene della vita accordatogli con il provvedimento annullato, ad es., l'aggiudicazione dell'appalto, il permesso di costruire impugnato vittoriosamente dal ricorrente. Ed è proprio tale interesse oppositivo che, sostanzialmente, il controinteressato fa valere richiedendo al giudice i chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza. Interesse oppositivo che, pertanto, si contrappone a quello pretensivo fatto valere dal ricorrente vincitore con l'esercizio dell'azione di ottemperanza in senso stretto.

Occorre ora soffermarsi sull'istanza di chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza proposta dal commissario *ad acta.* In giurisprudenza è stata avanzata la tesi secondo cui detta istanza non avrebbe natura di azione di ottemperanza[38]. Sul

[37] Sul punto, vanno ricordate le insuperate pagine di M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo (1981),* ora in *NIGRO, Scritti giuridici,* Tomo III, cit. p. 1464, in cui, significativamente, si legge: «*...si profila una nuova forma di legalità, non una legalità-legittimità ma una legalità-giustizia, perché non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto assetto di tali interessi. Questa nuova forma di legalità mette in luce la funzione creativa del giudice, la sua posizione nel conflitto sociale nell'assoluzione dei grandi e piccoli conflitti d'interessi. Di tale sua posizione e funzione il giudice amministrativo deve convincersi e appropriarsi fino in fondo*». Un'analoga concezione per la giurisdizione civile è autorevolmente affermata da G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile,* Vol. I, cit., p. 5, che scrive: «*La giurisdizione fin qui considerata è detta contenziosa perché presuppone l'esistenza di un conflitto intersoggettivo ed ha come obiettivo la risoluzione e la composizione in via autoritativa del confitto stesso (della "lite", per adoperare una terminologia che risale a Carnelutti). Questa, fra le tante definizioni proposte dalla dottrina per spiegare la funzione essenziale della giurisdizione, sembra quella più calzante ed aderente alla realtà*».

[38] Il riferimento è alla sentenza del Cons. Giust. Amm. Sic. 31/12/2019 n. 1100 che riconduce la mancata previsione della notifica alle parti dell'istanza del Commissario all'impossibilità di qualificare la richiesta di chiarimenti proposta dal medesimo come azione di ottemperanza. Si legge, infatti, nella motivazione della predetta sentenza del C.G.A. Sic. n. 1100/2019: «*Osserva il Collegio che, in forza di una interpretazione letterale e sistematica, l'istanza di chiarimenti del commissario ad acta, indicata solo nell'art. 114 comma 7 mediante richiamo all'art. 112 comma 5, non può essere qualificata come "azione di ottemperanza", sicché la stessa non va notificata alle parti; a garanzia del contraddittorio e,*

ISSN 2036-7821

piano processuale non vi è dubbio che detta istanza non vada notificata alle parti, anche in ragione del fatto che la comunicazione, da parte della Segreteria del giudice, della data della camera di consiglio fissata per l'esame di detta richiesta del Commissario *ad acta* è pienamente idonea ad assicurare adeguatamente la garanzia del contraddittorio. Va anche condivisa la tesi dell'appellabilità della decisione di chiarimenti resa sull'istanza del commissario. Va detto, però, che sul piano sistematico appare contraddittorio, per un verso, negare la natura di accertamento all'istanza di chiarimenti proposta dal commissario *ad acta* e, per altro verso, riconoscere natura decisoria, indipendentemente dalla forma della sentenza o dell'ordinanza, al provvedimento reso dal collegio su detta istanza. Appare evidente, infatti, che riconoscere una diversa natura all'istanza del commissario rispetto all'azione di ottemperanza di chiarimenti proposta dalla parte interessata implicherebbe di dover affermare che detta istanza altro non sarebbe che una sollecitazione rivolta al giudice dal suo ausiliario all'esercizio di poteri officiosi che, nella specie, non appaiono configurabili. In altre parole, affermare correttamente, come ha fatto tale giurisprudenza, la natura decisoria del provvedimento collegiale che fornisce i richiesti chiarimenti implica, necessariamente, di dover inquadrare la predetta istanza nell'ambito delle azioni di mero accertamento allo stesso modo del ricorso avanzato, in tal senso, dalla parte interessata. Vero è che, in realtà, l'istanza proposta dal commissario *ad acta* costituisce una vera e propria azione di accertamento proposta in surroga dell'amministrazione inadempiente all'obbligo di conformarsi al giudicato.

---

quindi del principio del giusto processo, è sufficiente che le parti ne abbiano avuto conoscenza mediante la comunicazione d'ufficio della data della camera di consiglio fissata per l'esame della stessa. Nella fattispecie in oggetto non soltanto le parti ne hanno avuto comunicazione, ma la stessa parte odierna appellante era presente all'udienza camerale di esame della istanza del commissario ad acta, attraverso il difensore. Né vale, al riguardo, obiettare che il difensore era presente attraverso un proprio delegato, poiché anche ad ammettere che lo stesso difettasse di elementi sul contenuto dell'ordinanza in discussione, nessun dubbio che il delegato avrebbe dovuto successivamente riferire al difensore costituito della parte appellante sul contenuto dell'istanza. Quanto ai rimedi esperibili, la circostanza che il giudice adito si pronunci su una istanza di chiarimenti del commissario ad acta, che non è in senso proprio una azione di ottemperanza, non significa che il rimedio esperibile sia il reclamo, come sostiene l'appellante. Il reclamo al medesimo giudice costituisce, infatti, un rimedio "nominato" ed è ancorato a presupposti ben individuati: ha per oggetto "gli atti del commissario ad acta" e non i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza. Contro gli atti del giudice dell'ottemperanza sono previste le impugnazioni, delle parti o dei terzi, ovviamente se ed in quanto siano atti "decisori". Se sono meramente "ordinatori" non sono impugnabili, se non unitamente alla decisione finale (Cons. St., sez. IV, n.2141/2018). In particolare va rilevato, con specifico riferimento alla appellabilità o meno della decisione di chiarimenti resa ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., che appare decisivo accertare, volta per volta, quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza) adottato dal Giudice in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque, ausiliario o parte, richiesti».

ISSN 2036-7821

Va, infine, esaminato il problema dell'impugnabilità dei provvedimenti collegiali in materia di ottemperanza di chiarimenti resi ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a. Anche a tali provvedimenti deve ritenersi applicabile l'art. 114, comma 8, c.p.a. che, com'è noto, stabilisce: «*Le diposizioni di cui al presente Titolo si applicano anche alle impugnazioni avverso i provvedimenti giurisdizionali adottati dal giudice dell'ottemperanza*». Facendo applicazione di tale norma, la giurisprudenza[39] ritiene che tali provvedimenti, se e in quanto siano atti decisori, sono appellabili se emessi dai TAR. Non sono, al contrario, impugnabili i provvedimenti meramente ordinatori se non unitamente alla decisione finale. A tali fini, pertanto, aldilà della stessa veste formale di ordinanza o di sentenza, va accertato il contenuto effettivo del provvedimento pronunciato dal Collegio in ordine ai chiarimenti richiesti, indipendentemente dalla circostanza che tale istanza sia stata proposta dal commissario *ad acta* o dalle parti interessate. E' chiaro, infatti, che qualora il provvedimento definisca l'azione di accertamento interpretativo indipendentemente dalla circostanza che sia stata proposta dalla parte interessata ovvero dal commissario *ad acta*, tale pronuncia, rivestendo pacificamente natura decisoria, se

[39] In tal senso, va richiamata la sentenza del Cons. Giust. Amm. Sic. 31/12/2019 n. 1100 che così, significativamente, statuisce: «*Quanto ai rimedi esperibili, la circostanza che il giudice adito si pronunci su una istanza di chiarimenti del commissario ad acta, che non è in senso proprio una azione di ottemperanza, non significa che il rimedio esperibile sia il reclamo, come sostiene l'appellante. Il reclamo al medesimo giudice costituisce, infatti, un rimedio "nominato" ed è ancorato a presupposti ben individuati: ha per oggetto "gli atti del commissario ad acta" e non i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza. Contro gli atti del giudice dell'ottemperanza sono previste le impugnazioni, delle parti o dei terzi, ovviamente se ed in quanto siano atti "decisori". Se sono meramente "ordinatori" non sono impugnabili, se non unitamente alla decisione finale (Cons. St., sez. IV, n.2141/2018).*
In particolare va rilevato, con specifico riferimento alla appellabilità o meno della decisione di chiarimenti resa ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., che appare decisivo accertare, volta per volta, quale sia il contenuto effettivo del provvedimento (indipendentemente dalla veste formale di ordinanza o sentenza) adottato dal Giudice in sede di ottemperanza e, segnatamente, in occasione della risposta a chiarimenti da chiunque, ausiliario o parte, richiesti. Secondo il Consiglio di Stato (sez. IV, n. 2641/2018), ferma restando la regola generale della impugnabilità di tutte le decisioni rese dal giudice di primo grado in sede di ottemperanza (il c.p.a. che non ha previsto, in parte qua, alcuna ipotesi di inappellabilità), vale anche per le decisioni rese ai sensi dell'art. 112 comma 5 c.p.a. il principio secondo cui non sono appellabili le statuizioni rese in primo grado nell'ambito di un giudizio di ottemperanza che, essendo prive di natura decisoria definitiva, abbiano effetti meramente esecutivi e dunque sostanzialmente ordinatori.Si tratta di un orientamento pienamente condivisibile, coerente con i principi frequentemente affermati dalla Corte di Cassazione (ss. uu. n. 2610/2017) circa la non impugnabilità, salvo che non sia diversamente disposto dalla legge, dei provvedimenti non decisori e comunque non definitivi.Tali sono quei provvedimenti che hanno indole meramente esecutiva, "sempre revocabili, reiterabili e soprattutto destinati ad essere cristallizzati solo con la sentenza che chiude definitivamente il giudizio di esecuzione, questa si certamente appellabile" (Cons. St., sez. IV, n. 1759/2018).Ciò posto, nella fattispecie in oggetto, il giudice, nel rispondere a una richiesta di chiarimenti formulata dal commissario ad acta, ha interpretato il giudicato da eseguire, sicché ha reso un provvedimento decisorio. Il rimedio è in conseguenza di ciò l'appello, non essendo previsto il rimedio del reclamo al medesimo giudice contro i provvedimenti del giudice dell'ottemperanza».

ISSN 2036-7821

resa in primo grado dal TAR è, senza alcun dubbio, appellabile dinanzi al Consiglio di Stato.

3. L'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato.

La tutela dell'interesse pretensivo del ricorrente vincitore è, al contrario, alla base della stessa azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato. Tale azione ha anch'essa un'origine giurisprudenziale essendo stata introdotta nel processo amministrativo con la decisione dell'Adunanza Plenaria del 19 marzo 1984 n. 6 che esaminò l'ipotesi in cui:«*...dal giudicato derivi non già un semplice vincolo all'attività discrezionale, ma un obbligo talmente puntuale da non lasciare spazio alcuno all'esercizio di poteri dell'amministrazione*». Prosegue l'Adunanza Plenaria: «*In questi casi, infatti, l'ottemperanza al giudicato si concreta nell'adozione di un atto, il cui contenuto è integralmente desumibile dalla sentenza, onde deve ritenersi che l'amministrazione sia carente del potere di provvedere diversamente e che eventuali atti difformi dal giudicato possano essere dichiarati nulli indipendentemente da una impugnazione nel termine di decadenza...giacchè l'adozione di atti nulli può essere equiparata ad un contegno puramente omissivo dell'amministrazione, il cui accertamento non richiede necessariamente le forme e le garanzie di un ordinario giudizio di cognizione*». L'Adunanza Plenaria non si limitò, in tale fattispecie, a enunciare il su indicato principio di diritto in ordine alla nullità dell'atto emanato in violazione del giudicato ma, dopo aver dichiarato la nullità di detto atto, procedette alla nomina del vincitore del concorso ritenendo superflua, a tal fine, la nomina di un commissario *ad acta*[40]. Tale svolta giurisprudenziale è stata recepita dal legislatore soltanto ventuno anni dopo, sul piano del diritto sostanziale, con l'art. 14 della L. 11/2/2005 n. 15 che, novellando la L. 7/8/1990 n. 241, vi ha introdotto l'art. 21 *septies*. Tale norma, com'è noto, al 1° comma, stabilisce: «*E' nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*». Il legislatore con tale norma non si è limitato a recepire l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria formulato con la decisione n. 6/1984, ora richiamato, ma, estendendo la categoria della nullità anche all'ulteriore ipotesi dell'atto elusivo[41] del giudicato, categoria elaborata dalla precedente

[40] Si legge, infatti, nella decisione n. 6/1984: «*Il ricorso è, pertanto, ammissibile e, nel merito, va accolto, non essendosi l'amministrazione conformata, nel termine assegnato, alle puntuali indicazioni delle sentenze passate in giudicato. Di conseguenza devono dichiararsi nulle le delibere n. 830/82 e 240/83 del Comitato di gestione dell'Unità sanitaria locale e, nell'esercizio del potere di sostituzione previsto dall'art. 26, comma 2, L. 6 dicembre 1971 n. 1034, deve procedersi direttamente alla nomina del vincitore del concorso, risultando superflua a tal fine la nomina di un commissario*».

[41] B. SASSANI, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, pp. 117 e ss., che, significativamente, osserva: «*La linea cd. dell'elusione va considerata un punto d'arrivo di grande momento nel cammino della giustizia amministrativa. Bisogna riconoscere che, con essa, il giudice dell'ottemperanza ha compiuto i passi decisivi verso il completamento di un sistema legislativamente appena abbozzato. E grazie a questi passi che oggi è possibile tracciare le linee teorico-ricostruttive più adatte alla sensibilità giuridico-processuale*

ISSN 2036-7821

giurisprudenza del Consiglio di Stato, risalente agli anni sessanta del Novecento, ha conferito all'istituto la massima estensione superando la tesi che l'elusione, a differenza della violazione del giudicato, fosse ancora da inquadrarsi quale figura sintomatica di eccesso di potere. L'Adunanza Plenaria, nello statuire la nullità dell'atto amministrativo emanato in violazione del giudicato, ritenne di doversi avvalere del potere sostitutivo previsto in materia di giurisdizione di merito dall'art. 26, 2° comma, della L. n. 1034/1971, allora vigente, secondo cui il giudice amministrativo «*...quando è investito di giurisdizione di merito, può anche riformare l'atto o sostituirlo...*». In base a tale norma la decisione n. 6/1984 proclamò il vincitore del concorso sostituendosi direttamente all'amministrazione inadempiente avendo ritenuto superflua la nomina di un commissario *ad acta.* Fin da allora l'Adunanza Plenaria ebbe ben chiaro che la declaratoria di nullità dell'atto emanato in violazione del giudicato non è mai fine a sé stessa ma si pone, sempre, in termini di strumentalità rispetto all'ottenimento del bene della vita che costituisce l'oggetto dell'interesse legittimo che il ricorrente vincitore ha fatto valere vittoriosamente nel giudizio di cognizione. Bene della vita che la P.A. resistente, sostanzialmente, gli ha negato con l'atto emanato in elusione o in violazione del giudicato. Pertanto, lo scopo del ricorrente è quello di ottenere che, previa declaratoria di nullità di tale atto, il giudice dell'ottemperanza si sostituisca alla P.A. inottemperante.

L'azione di nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato è attualmente prevista dall'art. 114, 4° comma, lett. b), c.p.a., che stabilisce che «*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso...dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato*». A tale azione non si applica il termine decadenziale di 180 giorni previsto dall'art. 31, n. 4, c.p.a. per le altre ipotesi di nullità dell'atto amministrativo previste dalla legge. Ed infatti, l'art. 31, comma 4, terzo periodo, c.p.a., stabilisce: «*Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'art. 114, comma 4, lett. b) per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV*». Pertanto, anche a tale azione di nullità si applica l'art. 114, 1° comma, c.p.a., che, come è noto, stabilisce: «*...l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza*». Con tale norma il codice del processo amministrativo ha recepito il principio in tal senso desumibile dall'art. 2953 c.c. secondo cui: «*I diritti per i quali la legge stabilisce una prescrizione più breve di dieci anni, quando riguardo ad essi è intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato si prescrivono con il decorso di dieci anni*». Detto termine decennale, proprio in quanto si riferisce ad un'ipotesi di prescrizione e non di decadenza, può essere interrotto non necessariamente con la proposizione del ricorso ma anche mediante la notificazione alla P.A. soccombente, su cui grava l'obbligo di conformarsi al giudicato, di un atto di diffida e costituzione

contemporanea, quanto alla portata della pronuncia di accoglimento e dalla sua esecuzione, con i riflessi immediati di tali ricostruzioni sull'inquadramento delle situazioni soggettive delle parti e sui poteri del giudice».

ISSN 2036-7821

in mora. Tale principio è stato affermato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza del 4/12/2020 n. 24 che ha ritenuto la sua applicabilità anche ai giudicati aventi ad oggetto interessi legittimi per i quali l'Adunanza Plenaria n. 5 del 1991 aveva fatto propria la soluzione opposta. La sentenza n. 24/2020 ha, infatti, ritenuto che «*...l'art. 114, comma 1, ha introdotto la diversa regola per la quale in ogni caso è "interrompibile" il termine di prescrizione decennale, quando si agisce con l'actio iudicati: non rileva sotto tale profilo la posizione soggettiva di cui si chiede tutela al giudice dell'ottemperanza*». Pertanto, l'Adunanza Plenaria ha enunciato il seguente principio di diritto: «*Il termine decennale previsto dall'art. 114, comma 1, del c.p.a. in ogni caso può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato*».

Orbene, deve ritenersi che tale principio applicabile al ricorso di ottemperanza, come si è visto, indipendentemente dall'oggetto del giudicato, che si riferisca cioè a diritti soggettivi o ad interessi legittimi, debba applicarsi anche all'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato sulla base dell'antico brocardo recepito dalla stessa decisione n. 24/2020 secondo cui «*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*».

Tale regola *iuris* è stata recepita dall'Adunanza Plenaria quale canone essenziale nell'interpretazione delle leggi processuali amministrative.

In realtà, come già un antico ma sempre attuale insegnamento[42] aveva a suo tempo chiarito, l'interprete non può distinguere laddove non ha distinto il legislatore sempre che l'interpretazione letterale della norma che ne deriva non si ponga in contrasto con l'interpretazione logica dello stesso precetto normativo.

Invero, il rischio di tale contraddizione nella materia *de qua* non sussiste in quanto la pari dignità sul piano della tutela giuridica, sancito dall'art. 24 Cost., tra diritto soggettivo e interesse legittimo giustifica pienamente una identità di disciplina del termine per l'esercizio dell'azione di ottemperanza. Tanto anche sulla base dell'art. 1 c.p.a. che dispone che «*La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*». La giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la proposizione dell'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato con ricorso incidentale proposto dalla parte resistente nel giudizio di ottemperanza di chiarimenti. Il Consiglio di Stato, infatti, ha affermato che l'azione di ottemperanza di chiarimenti e la domanda di nullità per violazione e/o elusione del giudicato sono tra di loro connesse[43], e, pertanto, è ad esse applicabile l'art. 32, 1°

[42] Cfr. F. CAMMEO, *Corso*, cit., p. 239, che osserva: «*...si dimostra erroneo l'altro aforisma "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus", ove lo si intenda come un divieto di limitare la portata della lettera della legge, se la limitazione è imposta dall'interpretazione logica*». Pertanto, seguendo questo sempre attuale insegnamento, l'interprete deve circoscrivere la portata di tale regola *iuris* individuandone l'eccezione che deriva dalla necessità di limitare l'ambito qualora l'interpretazione letterale indistinta della norma, senza alcuna limitazione, condurrebbe ad un risultato illogico.

[43] Sulla connessione è tuttora fondamentale la monografia di M. RAMAJOLI, *La connessione nel processo amministrativo*, Milano, 2002, pp. 13-14, che ha elaborato una teorizzazione della connessione nel silenzio della

ISSN 2036-7821

comma, c.p.a. che, come è noto, stabilisce: «*E' sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV*».

Orbene, nella fattispecie in esame, il problema della diversità del rito non si pone per nulla in quanto entrambe le azioni, rientrando quali altrettante *species* nell'unico *genus* del giudizio di ottemperanza, rientrano nell'ambito dei giudizi in camera di consiglio[44]. Come ha chiarito il Consiglio di Stato (Sezione VI) con la sentenza n. 1472, pubblicata il 26/03/2014[45], entrambe le azioni presuppongono il previo accertamento del contenuto della sentenza di cognizione che riveste la natura di questione pregiudiziale.

Vengono ora in evidenza i poteri del giudice della nullità per violazione e/o elusione del giudicato. Va, innanzitutto, precisato che secondo la dottrina del processo civile[46]

---

normativa processuale *ante codicem*, adattando i principi del processo civile alle esigenze del processo amministrativo in cui all'epoca la connessione era «*...istituto di pressocchè esclusiva creazione giurisprudenziale e di abbondante creazione giurisprudenziale, data la rilevanza pratica del fenomeno*».

In questo quadro, RAMAJOLI, *la connessione*, cit., pp. 78-79, criticava la giurisprudenza del Consiglio di Stato *ante codicem* in quanto assoluttizzava il carattere atomistico del processo amministrativo esaltando «*...la centralità della connessione nel processo amministrativo e l'impossibilità di ridurla ad una mera questione di opportunità e di economia processuale*». E' da ritenersi, pertanto, che il legislatore del codice nel dettare l'art., 32, 1° comma, c.p.a. che, innovando sulla precedente giurisprudenza ammette il cumulo oggettivo di domande nel processo amministrativo, si sia ispirato a tale autorevole insegnamento giustamente critico nei confronti del vecchio orientamento giurisprudenziale restrittivo in materia.

[44] Sui processi in camera di consiglio, malgrado sia antecedente alla codificazione del 2010, N. SAITTA, *I giudizi in camera di consiglio nella giustizia amministrativa*, II Ed., Milano, 2003, che si sofferma ampliamente sul processo di ottemperanza nel capito ottavo alle pagine 133-205.

[45] Si legge significativamente nella motivazione della sentenza n. 1472/2014 della VI Sezione del Consiglio di Stato (Est. Lopilato): «*12.– Alla luce dei chiarimenti resi, occorre esaminare il ricorso incidentale proposto dal Ministero, con cui si è chiesto che venga dichiarata la nullità dell'atto di autorizzazione n. 10 del 2014, e l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale, sollevata da Italia Nostra, sul presupposto dell'esistenza del predetto atto. Sul piano dell'ammissibilità del ricorso incidentale, contestata dai ricorrenti principali nel corso della discussione in camera di consiglio, deve rilevarsi che nel processo amministrativo è consentita, ai sensi dell'art. 32 cod. proc. amm., il cumulo di azioni connesse. Nel caso in esame il ricorrente principale ha proposto, come già rilevato, un'azione di ottemperanza con finalità di accertamento del rapporto processuale. L'amministrazione ha proposto un'azione di ottemperanza con finalità di accertamento della nullità dell'atto adottato dal Comune per asserita violazione del giudicato. La connessione tra le due domande è resa palese dalla circostanza che il giudizio sulla nullità dell'atto presuppone il previo accertamento del contenuto della sentenza di cognizione. Ciò comporta anche l'infondatezza dell'eccezione sollevata da Italia Nostra, in quanto non sussistono preclusioni tra la proposizione dell'azione di chiarimenti e l'eventuale esistenza di atti di esecuzione del giudicato, quando, come nel caso in esame, l'accertamento del rapporto impedisce che vengano posti in essere "ulteriori" atti invalidi. Nel merito il ricorso incidentale è fondato. Il Comune, infatti, ha riesercitato il potere, adottando un nuovo atto di autorizzazione, in applicazione della normativa vigente al momento dell'adozione degli atti di autorizzazione annullati. L'effetto conformativo della sentenza imponeva, invece, per le ragioni esposte, che si applicasse la nuova normativa. L'atto impugnato è, pertanto, nullo perché elusivo dell'accertamento disposto con la sentenza n. 6223 del 2013*».

[46] Cfr. C. DELLE DONNE, *L'esecuzione: il giudizio di ottemperanza*, in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, 2012, p.

ISSN 2036-7821

la declaratoria della nullità va qualificata come una sentenza di mero accertamento in via principale che elimina in via definitiva l'atto e con esso i suoi effetti. In particolare, l'art. 133, 1° comma, n. 5, c.p.a., stabilisce che è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la «*...nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato*». La *ratio legis* appare evidente in quanto l'atto violativo o elusivo del giudicato potrebbe anche implicare la lesione di un diritto soggettivo e non necessariamente soltanto di un interesse legittimo. Peraltro, tale azione rientrando nell'ambito del giudizio di ottemperanza rappresenta, altresì, un'ipotesi di giurisdizione di merito[47]. Può dirsi, dunque, che l'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato costituisce un caso di giurisdizione esclusiva e di merito con la conseguenza che il giudice amministrativo, in tale ipotesi, è investito di una giurisdizione piena[48] finalizzata ad assicurare l'effettività della tutela. Ed infatti, proprio in funzione dell'esigenza di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo che l'art. 114 c.p.a. ha attribuito, in continuità con le vecchie leggi sulla giustizia amministrativa, al giudice dell'ottemperanza, in qualità di giudice del merito, il potere di sostituirsi totalmente alla P.A. inadempiente senza necessariamente doversi avvalersi del commissario *ad acta.* L'art. 114, 4° comma, lett. a), c.p.a., stabilisce: «*Il giudice, in caso di accoglimento del ricorso...ordina l'ottemperanza, prescrivendo le relative modalità, anche mediante la determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo o l'emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione inadempiente*».Tale norma si inserisce armonicamente nel sistema in quanto il giudizio di ottemperanza rientra, ai sensi dell'art. 134, 1° comma, lett. a), c.p.a., nell'ambito della giurisdizione di merito. Il principio richiamato è stato autorevolmente ribadito dalle Sezioni Unite Civile della Corte di Cassazione con la recente sentenza n. 6494/2015 che così statuisce: «*...la speciale giurisdizione di ottemperanza affidata al giudice amministrativo presenta caratteri peculiari, in virtù dei quali non è esclusa l'ingerenza del giudice nel merito dell'agire della pubblica amministrazione, giacchè al medesimo giudice amministrativo è espressamente attribuito un potere di giurisdizione anche nel merito (artt. 7, comma 6, e 134 cod. proc. amm.), con possibilità, non solo di "sostituirsi all'amministrazione" (art. 7, comma 6, cod. proc. amm.) nominando, ove occorra, un commissario ad acta a norma dell'art. 114, comma 4, lett. d), cod. proc. amm., ma anche di procedere alla "determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo" ed*

1281, che scrive: «*...la declaratoria della nullità elimina in via definitiva l'atto e con esso i suoi effetti (mezzo al fine ne è l'accertamento in via principale)*».

[47] Sul giudizio di ottemperanza come giurisdizione di merito cfr. il saggio di M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito,* in B. SASSANI, R. VILLATA (a cura di), *Il codice,* cit. p. 190, che sottolinea il potere del giudice dell'ottemperanza, previsto dall'art. 114, 4° comma, lett. a), di determinare il contenuto del provvedimento amministrativo e di emanare lo stesso in luogo dell'amministrazione.

[48] Sulla piena giurisdizione è tuttora fondamentale la monografia di A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo. Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva,* Padova, 2001.

ISSN 2036-7821

alla "emanazione dello stesso in luogo dell'amministrazione" art. 114, comma 4, lett. a, cod. proc. amm.) (Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 1823)».

Il problema è di delimitare, in concreto, i confini dell'attività amministrativa successiva alla sentenza, sottoposta al sindacato del giudice dell'ottemperanza *sub specie* di nullità per violazione o elusione del giudicato amministrativo, rispetto all'ambito investito dagli spazi nuovi di esercizio del potere amministrativo sottoposti al sindacato ordinario del giudice di legittimità. Un contributo essenziale all'approfondimento di tale difficile problematica è stato recato dalla su richiamata sentenza n. 2/2013 dell'Adunanza Plenaria. Sentenza che se, per un verso, non ha condiviso la prospettiva, delineata dalla VI^ Sezione remittente, di un giudizio di ottemperanza che attrae nel proprio ambito, pressocchè integralmente, il sindacato sulla riedizione del potere, individuando un canone essenziale al quale l'amministrazione deve attenersi nel riesercizio di tale potere in sede di attuazione della sentenza: l'obbligo di interpretare[49] la sentenza ottemperanda secondo buona fede (art. 1366 c.c.)[50]. Tale autorevole insegnamento giurisprudenziale costituisca un essenziale contributo alla ricostruzione sistematica di tutto il giudizio di ottemperanza. Vero è che, secondo un autorevole insegnamento[51], la ricostruzione scientifica dell'interpretazione della sentenza costituisce il tema più difficile in quanto, a rigore a tale attività ermeneutica, non sono applicabili nè i canoni previsti per l'interpretazione della legge, nè quelli che il codice civile prevede (art. 1362 ss. c.c.) per l'interpretazione del contratto[52]. Senz'altro, però, sulla base di tale fondamentale sentenza dell'Adunanza Plenaria, possiamo dire che il canone ermeneutico della buona fede[53] (art. 1366 c.c.)[54] deve trovare applicazione nell'interpretazione della sentenza amministrativa. A nostro sommesso avviso, a tale fondamentale principio devono aggiungersi tre regole ermeneutiche che hanno un valore eminentemente logico: quella che impone l'interpretazione complessiva delle clausole (art. 1363 c.c.), la regola secondo cui le espressioni con più sensi devono, nel

[49] In tal senso è essenziale l'autorevole insegnamento di G. ABBAMONTE, *Il Consiglio di Stato in sede contenziosa,* in G. PALEOLOGO (a cura di), *I Consigli di Stato di Francia e Italia,* Milano, 1998, p. 231, che, significativamente, scrive: «*Non può, quindi, più riconoscersi alcun potere dispositivo della P.A. in ordine ai contenuti di accertamento desumibili dal giudicato, interpretato secondo i canoni comuni dell'interpretazione degli atti giuridici, a cominciare dalla buona fede*».

[50] Sull'interpretazione della sentenza amministrativa secondo buona fede cfr. N. DI MODUGNO, *Il processo amministrativo come processo d'accertamento,* in *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte* (a cura di G. Leone), Tomo I, Napoli, 2019, pp. 603-604.

[51] Cfr. S. SATTA, *Diritto processuale civile,* 10^ Ed., Padova, 1987, p. 230.

[52] Sull'ermeneutica contrattuale, M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale,* IV Ed., Torino, 2021.

[53] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" alla "alternanza",* Milano, 2001.

[54] Il Consiglio di Stato con la recente sentenza della Quinta Sezione del 3/1/2024 n. 119 ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali dei contratti della P.A. «*...deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1366 cod. civ.)*».

ISSN 2036-7821

dubbio, essere intese nel senso più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto (art. 1369 c.c.) ed, infine, il principio di conservazione della clausola (art. 1367 c.c.) che impone di interpretare le singole clausole nel senso in cui possano avere qualche effetto[55]. Regola, quest'ultima, che, non a caso, un autorevole insegnamento[56] poneva a fondamento di ogni attività ermeneutica. E' pacifico che le norme di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. costituiscono altrettanti principi tradizionalmente applicabili anche nell'interpretazione dell'atto amministrativo[57].

Sul piano pratico si pone il problema della scelta del mezzo di tutela più appropriato per la difesa del ricorrente vincitore di fronte alle ulteriori manifestazioni del potere amministrativo successive alla sentenza di cognizione, in quanto la linea di demarcazione tra attività violativa e/o elusiva del giudicato e nuova attività amministrativa, nel cui quadro la tutela del privato può essere fatta valere soltanto con l'ordinaria azione di annullamento del provvedimento amministrativo prevista dall'art. 29 c.p.a., non sempre è agevolmente individuabile. La giurisprudenza, però, non circoscrive la portata dell'azione di nullità per violazione e/o elusione del giudicato alla sola ipotesi in cui il giudicato non lasci spazi ulteriori per la riedizione del potere da parte dell'amministrazione soccombente. Al di là dei casi di elusione fra cui emerge l'esempio classico dei c.d. atti soprassessori va evidenziato il caso della pura e semplice reiterazione da parte della P.A. in sede di riedizione del potere dei medesimi vizi dell'atto amministrativo che già avevano condotto al suo annullamento con la sentenza di cognizione[58]. Accanto a tali ipotesi, in cui la

[55] M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione (1939),* ora in M. S. GIANNINI, *Scritti,* Vol. I, Milano, 2000, p. 192, che, soffermandosi sull'interpretazione della sentenza, scriveva: «*Sono...applicabili gli artt. 1132, 1133, 1136 c.c. ma non già perché essi contengono norme giuridiche generali, bensì in quanto sono regole logiche*». Va ricordato che l'art. 1132 c.c. del 1865 corrisponde al vigente art. 1367 c.c. (Conservazione del contratto), l'art. 1133 c.c. del 1865 corrisponde al vigente art. 1369 c.c. (Espressione con più sensi) ed infine l'art. 1136 c.c. del 1865 corrisponde al vigente art. 1363 c.c. (Interpretazione complessiva delle clausole).

[56] In tal senso, è tuttora attuale l'insegnamento di G. CAPOGRASSI, *Polemiche sull'interpretazione (1941),* in G. CAPOGRASSI, *Opere,* II, Milano, 1959, p. 359: «*Chi ha partecipato alla controversia giuridica tra due parti ... sa che in ultima analisi il dubbio si riduce, per usare le parole del fondamentale art. 1132 codice civile* (cui ora corrisponde il vigente art. 1367, c.c. n.d.r.)*, a scegliere tra dare un senso qualunque esso sia ad una clausola o non darle nessun senso. Sembra ovvio, anzi, una inutile banalità quello che dice l'art. 1132: Come può dubitarsi che una clausola possa interpretarsi in modo che non abbia nessun senso?*».

[57] Sul punto, L. MACCARONE, *Sull'interpretazione nel diritto amministrativo,* Napoli, 2007, p. 174 ss..

[58] Sul punto va richiamata la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quarta, 20/03/2024 n. 2695, in cui, significativamente, si legge: « *2. I ricorrenti deducono 4 motivi di gravame (estesi da pagina 7 a pagina 12 del ricorso) così compendiati: a) nullità delle note per violazione del giudicato, violazione dell'art. 11, comma 1, delle preleggi; b) nullità delle note per violazione del giudicato sotto altro profilo, in subordine, eccesso di potere per falsità dei presupposti, erronea presupposizione e travisamento dei fatti; c) nullità per violazione del giudicato, in subordine, incompetenza del responsabile u.t.c. ad imporre la nuova VAS; d) ulteriore profilo di nullità per violazione del giudicato. in via gradata, insussistenza di oneri economici dei ricorrenti in vista di un nuovo procedimento di VAS. 3. Il ricorso è fondato, nei sensi che seguono.4. Per i fatti sottesi al contenzioso e all'odierno gravame, il collegio rinvia alle sentenze sopra cennate, in particolare alla sentenza di*

ISSN 2036-7821

questa Sezione n. 1153/2023 che ha ricostruito la vicenda e che l'odierno ricorso ha altrettanto ben sintetizzati. 5. Va solo osservato, ai fini che qui interessano, che con la sentenza n. 1153/2023, questa Sezione, in riforma della sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, 22 marzo 2022, n. 522, ha "ordinato "al Comune di Margherita di Savoia di ottemperare alla sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, 13 ottobre 2020, n. 1677, nei sensi, modalità e termini di cui in motivazione".6. Con le avversate note del 3/7/2023 e del 21/8/2023, il responsabile dell'ufficio tecnico dell'intimato Comune ha stabilito, in sede di ottemperanza alla pronuncia n. 1153/2023, che "In merito alle attività procedurali si comunica che preventivamente il Piano di Lottizzazione di Completamento dell'Insula 29CR5 del P.R.G. del Comune di Margherita di Savoia deve essere obbligatoriamente sottoposto a V.A.S. (Valutazione Ambientale Strategica) ai sensi della L. R. n. 44/2012 e smi". 7. Le note avversate violano frontalmente i giudicati. 8. La sentenza n. 1153/2023 ha ordinato "al Comune di Margherita di Savoia di ottemperare alla sentenza del T.a.r. per la Puglia, sede di Bari, 13 ottobre 2020, n. 1677, nei sensi,modalità e termini di cui in motivazione". 9. Segnatamente, la sentenza n. 1677/2020 ha statuito che "nella fattispecie concreta, si è in presenza di una deliberazione del Consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33, che ha già approvato un piano di lottizzazione, del quale si richiede la sottoscrizione della convenzione, e di un rapporto ambientale di V.A.S. (datato luglio 2011), che i proponenti hanno prodotto a suo tempo. Null'altro è esigibile da parte di costoro. Rebus sic stantibus, senza ulteriormente gravare sulla posizione dei privati, è solo l'Amministrazione che può valutare funditus l'interesse pubblico ambientale e se vi siano profili nuovi non già considerati e quali essi siano e, per questo, è la stessa a dover, in prospettiva logico-giuridica, dare impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di V.A.S., qualora lo ritenga in concreto indispensabile, alla luce del P.P.T.R. Infine, va ricordato che, in base all'art. 12, comma 6, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 (come modificato dall'art. 2, comma 10, d.lgs. 29 giugno 2010 n. 128), la verifica di assoggettabilità a V.A.S., ovvero la V.A.S. relative a modifiche a piani e programmi, ovvero a strumenti attuativi di piani o programmi, già positivamente sottoposti alla verifica di assoggettabilità, si limita a considerare i soli effetti significativi sull'ambiente, che non siano stati già considerati dagli strumenti urbanistici. Orbene, agli atti v'è già il rapporto ambientale V.A.S. dell'anno 2011, che, qualora non più valido e/o suscettivo di necessario aggiornamento, secondo l'apprezzamento degli uffici tecnici del Comune, agli incombenti occorrenti dovrà provvedere l'Amministrazione comunale stessa, senza ulteriormente gravare sulla posizione della parte, che attende l'ottemperanza del giudicato".10. Le note comunali hodie avversate violano il prefato giudicato laddove, a fronte della deliberazione del Consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33 tutt'ora vigente e a mezzo di ufficio amministrativo-tecnico privo di competenza in ordine a qualsivoglia modifica della deliberazione del Consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33 e alla valutazione di assoggettabilità a Vas, hanno stabilito che: - "in merito alle attività procedurali … preventivamente il piano di lottizzazione di completamento dell'insula 29CR5 del p.r.g. del comune di Margherita di Savoia deve essere obbligatoriamente sottoposto a Vas …";- "L'autorità procedente è il privato …".11. Ebbene, le note avversate s'appalesano illegittime, tenuto conto che:- i giudicati in esecuzione avevano sancito la perdurante vigenza ed efficacia della deliberazione del consiglio comunale del 19 dicembre 2011 n. 33 (recante l'approvazione del piano di lottizzazione e della relativa convenzione) che, allo stato non risulta, revocata;

- dette note non tengono in debita considerazione il fatto che la sentenza ottemperanda ha tra l'altro affermato che "risulta impropria l'affermazione del Comune in ordine alla mancanza di una V.A.S., strumento che certo non ha senso logico-giuridico se posteriore all'approvazione della pianificazione urbanistica. Certo, i proponenti hanno già adempiuto a quanto loro incombeva" e che "Rebus sic stantibus, senza ulteriormente gravare sulla posizione dei privati, è solo l'Amministrazione che può valutare funditus l'interesse pubblico ambientale e se vi siano profili nuovi non già considerati e quali essi siano e, per questo, è la stessa a dover, in prospettiva logico-giuridica, dar impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di V.A.S., qualora lo ritenga in concreto indispensabile, alla luce del P.P.T.R".12. Per le considerazioni che precedono, va dichiarata la nullità, ex art. 21-septies della legge n. 241 del 1990, delle note dell'ufficio tecnico comunale prot. n. 10082 del 3 luglio 2023 e prot. n. 12626 del 21 agosto 2023. Pertanto, in forza dei giudicati provenienti dalle suindicate sentenze, il comune dovrà decidere se sottoscrivere la convenzione con i contenuti a suo tempo approvati con delibera del consiglio comunale nel 2011 o, in alternativa, procedere, esclusivamente tramite i competenti organi comunali, a una nuova valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla eventuale assoggettabilità del piano di lottizzazione a una nuova Vas, alla luce

ISSN 2036-7821

violazione del giudicato appare manifesta, ve ne sono altre di più complessa qualificazione soprattutto nei casi nei quali l'annullamento del provvedimento impugnato è stato pronunciato in sede cognitoria per difetto di istruttoria e di motivazione[59]. Non da oggi autorevole dottrina[60] ha sottolineato l'estrema

delle sopravvenienze normative con conseguente modifica dei precedenti deliberati. In quest'ultimo caso, tuttavia, occorrerà procedere nello scrupoloso rispetto delle sentenze ottemperande che, come detto, hanno affermato che "i proponenti hanno già adempiuto a quanto loro incombeva" (pagina 9 della sentenza 1677/2020) e che eventualmente è onere dell'amministrazione "dar impulso, nel caso di specie, ad un nuovo procedimento di VAS" (pagina 10 della sentenza 1677/2020), null'altro essendo "esigibile" (pagina 9 della sentenza 1677/2020) in capo ai ricorrenti».

[59] Sul punto cfr., fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 18/08/2021 n. 5917, che così statuisce: « *8. - Il ricorso per l'ottemperanza è infondato. Giova premettere che la concentrazione nel giudizio di ottemperanza di tutte le questioni che sorgono dopo il giudicato, in relazione alla sua esecuzione, non si spinge sino al punto di affermare che qualsivoglia provvedimento adottato dopo un giudicato, ed in conseguenza dello stesso, debba essere portato davanti al giudice dell'ottemperanza, atteso che il ricorrente può rivolgersi a quest'ultimo, oltre che in caso di inerzia totale o parziale (e dunque per conseguire l'attuazione della sentenza : art. 112, comma 2, Cod. proc. amm.), anche in presenza di atti violativi od elusivi del giudicato (in tale caso chiedendone l'accertamento della nullità, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. b, Cod. proc. amm.); laddove invece l'atto nuovo successivo al giudicato non sia elusivo o violativo ma autonomamente lesivo, in quanto copre spazi lasciati in bianco dal giudicato, deve essere azionato il rimedio del ricorso ordinario (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 2 febbraio 2016, n. 388; V, 23 maggio 2011, n. 3078). Ciò non vale ovviamente ad escludere la polisemicità intrinseca al giudizio di ottemperanza, quanto piuttosto ad enuclearne i limiti sistemici; entro tali limiti, secondo l'insegnamento di Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2, va riconosciuto come effettivamente nell'ambito dell'azione di ottemperanza si raccolgono diverse azioni, talune meramente esecutive, altre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, garantito dall'art. 24 Cost. Seppure dunque il giudice dell'ottemperanza deve considerarsi come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato, tale regola sconta il limite che ha riguardo ad atti emanati in violazione od elusione del giudicato, ravvisabile prevalentemente in presenza di un giudicato da cui deriva un obbligo puntuale, sì che il contenuto dell'atto risulta nei suoi tratti essenziali integralmente desumibile dalla sentenza (Cons. Stato, VI, 3 maggio 2011, n. 2602; IV, 13 gennaio 2010, n. 70). In generale, dunque, quando l'amministrazione rinnova l'esercizio delle sue funzioni dopo un giudicato di annullamento, l'interessato che si duole delle nuove conclusioni raggiunte dall'amministrazione può proporre un unico giudizio davanti al giudice dell'ottemperanza lamentando la violazione od elusione del giudicato, ovvero la presenza di nuovi vizi di legittimità nella rinnovata determinazione. Il giudice dell'ottemperanza è quindi chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a chc fare con il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori. Nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento costituisce violazione od elusione del giudicato, ne dichiara la nullità, con la conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella cioè volta a sollecitare un giudizio sulla illegittimità dell'atto gravato). Viceversa, in caso di reiezione della domanda di nullità, il giudice dispone la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cod. proc. amm. (in termini Cons. Stato, VI, 1 aprile 2016, n. 1294). 8.1. - Nel caso di specie, caratterizzato dal fatto che il giudicato ha accertato vizi di difetto di istruttoria e di motivazione, tralatiziamente definiti formali, si è già, quasi per definizione, al di fuori dell'ambito dell'obbligo puntuale. Inoltre la lettura della delibera del 24 febbraio 2021 esclude ogni carattere elusivo del giudicato, i cui limiti oggettivi sono stati bene enucleati dal CSM ai fini della riedizione dell'attività valutativa, limitata ai candidati dottori La Rana, Clemente e Ginefra. Ha ritenuto però il CSM che il sopraggiunto dato informativo rappresentato dallo scambio di messaggi telefonici tra alcuni candidati partecipanti alla procedura oggetto di controversia ed il dott. Palamara, potendo influire sul giudizio espresso dalla V Commissione, costituisca «un elemento nuovo e sopravvenuto, idoneo a legittimare l'annullamento d'ufficio della presente procedura di conferimento di incarico direttivo ai sensi degli artt. 21-octies e 21-nonies della L. n. 241/90». Ha dunque provveduto tenendo conto dell'accertamento contenuto nel giudicato ai fini della comparazione tra i candidati Ginefra-La Rana e Ginefra-Clemente, per poi procedere alla rinnovazione dei profili dei candidati le cui posizioni non hanno costituito oggetto del giudicato, compresa la dott.ssa Antonelli, pervenendo all'esito a nominare quest'ultima. Ne discende*

ISSN 2036-7821

problematicità della determinazione, in concreto, dell'intensità del vincolo conformativo derivante dal giudicato nelle ipotesi di annullamento per vizi della motivazione del provvedimento.

Ad ogni modo, se il vizio della motivazione non è meramente formale[61] la rinnovazione dell'atto annullato con diversa motivazione[62] potrebbe presumersi[63]

---

l'infondatezza del ricorso per l'ottemperanza, difettando il presupposto dell'atto elusivo del giudicato.9. - Dovrebbe conseguentemente essere disposta la conversione del rito per la disamina della domanda di annullamento della delibera del CSM, che, in sede di esecuzione del giudicato, è andata oltre i limiti dell'accertamento nello stesso contenuto per la rilevanza della sopravvenienza di fatto, che è stata, a ragione od a torto, ritenuta idonea a limitarne l'efficacia ripristinatoria e conformativa (nella contrapposizione tra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, secondo le linee tracciate da Cons. Stato, Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11).La conversione del rito da ottemperanza a cognizione ordinaria, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cod. proc. amm., non può essere disposta dinanzi a questo stesso Consiglio di Stato, in quanto presuppone che il giudice adito sia competente su entrambe. Ha già posto in evidenza la Sezione (cfr. Cons. Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4654) che la conversione ex art. 32 Cod. proc. amm. consiste nella cancellazione del ricorso per ottemperanza dal ruolo degli affari in camera di consiglio e nella contestuale fissazione dell'udienza pubblica per il giudizio di merito della domanda di impugnazione, nel rispetto delle forme previste dall'art. 87 Cod. proc. amm. Per la domanda di annullamento la competenza è del Tribunale amministrativo regionale del Lazio ai sensi dell'art. 13 Cod. proc. amm.9.1. - Qualificato dunque il ricorso come azione di annullamento ordinario, in applicazione analogica delle norme sul rilievo dell'incompetenza contenute nell'art. 15 Cod. proc. amm., sulla base dell'eadem ratio consistente nel fatto che questo Consiglio di Stato è stato adito in unico grado ai fini dell'azione di ottemperanza svolta in via principale, la conversione dell'azione (non condivisa dal ricorrente sotto il profilo della prospettazione giuridica, ed in particolare dell'inesistenza dei presupposti, ma sulla quale non ha manifestato una opposizione) deve tradursi nella dichiarazione di incompetenza, e nell'indicazione del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, come giudice competente sulla stessa ai sensi dell'art. 15, comma 4, e nel richiamo al termine fissato per la riassunzione della causa davanti a quest'ultimo giudice».

[60] Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 1^ Ed., Bologna, 1976, pp. 268-269, che osservava: «*Il problema massimo è quello della stessa identificazione della natura e della consistenza che variano in relazione alle qualità del potere (vincolato o discrezionale) e al tipo di vizio per il quale è stato disposto l'annullamento dell'atto (si pensi soltanto alle gravissime difficoltà inerenti all'ambito del vincolo nel caso di annullamento dell'atto per vizio della motivazione)*».

[61] Tale differenza viene magistralmente colta già da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 1971, pp. 611-612, che osserva: «*Comunque preme sottolineare come il vizio che ci occupa assume un duplice rilievo: o mette in luce un'irregolarità nell'esercizio della funzione, nella formazione della volontà dell'agente, in specie sotto il profilo dell'individuazione e ponderazione dei motivi, oppure attiene soltanto all'esternazione (cioè alla manifestazione dei motivi e dei presupposti) o alla forma dell'esternazione (motivi manifestati sì, ma non nel modo previsto, ad es. soltanto oralmente). Nel primo caso il vizio di motivazione assume rilievo sostanziale, come è del resto generalmente riconosciuto quando si osserva che tale irregolarità consente di accertare la presenza dell'eccesso di potere; nel secondo invece il vizio appare soltanto esteriore. Quindi se l'annullamento dell'atto avviene per un difetto di motivazione meramente formale, l'amministrazione sarà in grado, con le opportune correzioni, di riemanare l'atto. Ma se il vizio in realtà attiene alla formazione del contenuto precettivo dell'atto la cosa non è così pacifica*».

[62] Sul punto, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., pp. 612-612, che scrive: «*Sorge un problema, che è stato felicemente espresso in questi termini: basta che l'autorità amministrativa cambi nella nuova edizione del provvedimento la motivazione, perché possa ritenersi diverso il motivo? Cioè annullato un provvedimento perché preso un motivo x, mentre quello corretto era il motivo y, è sufficiente che l'autorità prenda un altro, identico, provvedimento, dicendo nella motivazione di aver seguito il motivo y? O non rimane il sospetto che sotto la maschera della nuova e corretta motivazione si nasconda ancora il vecchio e scorretto motivo?*».

[63] Nello stesso senso, R. VILLATA, *L'esecuzione*, cit., p. 613-614, secondo cui: «*Ci pare logico ritenere che vi sia una certa presunzione di insincerità della parte motiva. Perciò, se non si vuol proprio sostenere che il giudicato di annullamento per un vizio di motivazione che si traduce in realtà in un vizio sostanziale, impedisce che venga rinnovato un atto identico nel dispositivo, ma corretto nella motivazione, per lo meno si deve pensare che l'autorità ha l'onere di dare qualche prova della sincerità della uova motivazione. Ossia, se esistono tutti i presupposti perché venga emesso, pur se diversi da quelli addotti a sostegno del primo atto annullato, sarà legittimo il nuovo provvedimento, in quanto vi sia una nuova volizione,*

ISSN 2036-7821

elusiva del giudicato con il conseguente ribaltamento dell'onere della prova della compatibilità con la sentenza della nuova motivazione addotta dalla P.A. soccombente in sede di riedizione del potere. In tali ipotesi il giudice amministrativo,[64] qualora non ritenga che la nuova motivazione addotta in sede di riedizione del potere sia incompatibile con il giudicato, fa uso del potere, previsto dall'art. 32, 2° comma, c.p.a., di disporre la conversione dell'azione di nullità per violazione o elusione del giudicato, in sede di ottemperanza, come azione di annullamento, purché proposta nel termine di decadenza di sessanta giorni ora previsto dall'art. 29 c.p.a., salva l'ipotesi che ritenga sussistente l'errore scusabile da parte del ricorrente.

A questo punto, ritiene d'una certa utilità concentrare l'attenzione brevemente sull'incidente di conversione del rito. Normalmente, infatti, il problema della conversione sorge di fronte all'azione *ab origine* proposta in forma di ricorso di ottemperanza di cui viene disposta la conversione dal giudice dell'ottemperanza in azione di annullamento. Detta conversione implica, in base al codice, il passaggio della causa dal rito camerale, previsto per l'ottemperanza, al rito ordinario previsto, salvo eccezioni, per l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 29 c.p.a. Qualora il giudizio di ottemperanza sia stato incardinato dinanzi al TAR, avendo questi accolto il ricorso di cognizione, la conversione può essere disposta direttamente dal giudice dell'ottemperanza che statuisce il mutamento del rito con la conversione del ricorso di ottemperanza in ricorso ordinario con contestuale fissazione dell'udienza pubblica di discussione del giudizio.[65] Nell'altra ipotesi in cui sia stato, invece, adito in unico grado il Consiglio di Stato in sede di ottemperanza la giurisprudenza[66] ritiene che la

---

intrinsecamente diretta secondo le finalità previste dalla legge. E di questa nuova e corretta volizione, per superare il dubbio che i nuovi motivi risultanti dall'atto siano un semplice accorgimento formale, l'autorità deve dare prove adeguate. Altrimenti anche il nuovo atto amministrativo sarà illegittimo, e precisamente per violazione del giudicato. E nell'incertezza ci pare preferibile la soluzione più rigorosa: cioè se rimangono dubbi fondati che la nuova motivazione sia in realtà un espediente, non resta che ritenere trattarsi di un provvedimento invalido».

[64] Il riferimento è, ad es., tra le tante, a Cons. Stato, Sezione Quinta, 18/08/2021 n. 5917, la cui motivazione viene riportata alla nota precedente.

[65] Per un interessante caso di conversione del giudizio di ottemperanza in processo ordinario di annullamento del provvedimento cfr. TAR Puglia – Bari, Sez. Seconda, Ord. Coll. 6/12/2019 n. 1623, che così statuisce: «*Ritenuto... che, quindi, ai sensi di quanto dispone l'art. 32 del codice del processo amministrativo, sussistano i presupposti qualificanti e indispensabili, onde poter procedere alla conversione della proposta azione di ottemperanza in azione di annullamento del provvedimento impugnato, con cognizione piena, salva restando la facoltà d'impugnazione con motivi aggiunti dei nuovi provvedimenti prodotti in vista dell'udienza del 19 novembre 2019, che ha comportato la necessità di rinvio e di conversione del rito; 5 -Vista l'istanza di fissazione dell'udienza depositata il 24 aprile 2019; P.Q.M. il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione II, dispone il mutamento di rito, con la conversione del proposto ricorso per l'ottemperanza in ricorso ordinario per l'annullamento del provvedimento impugnato. Fissa l'udienza pubblica per la discussione di merito alla data del 21 aprile 2020*».

[66] In tal senso, Cons. Stato, Sez. Quinta, 18/8/2021 n. 5917, e, in precedenza, Cons. Stato, Sez. Quinta, 5/10/2017 n. 4654, in cui, significativamente, si legge: «*19. La Savda ha al riguardo articolato ulteriori censure nel proprio ricorso (motivi IV e V), proposte in via subordinata rispetto a quelle di elusione del giudicato finora esaminate, e per le quali ha*

ISSN 2036-7821

conversione non possa essere disposta dinanzi al Consiglio di Stato in quanto questa presuppone che il giudice adito sia competente sia in sede di ottemperanza che in sede di cognizione. Pertanto, la conversione dell'azione, in tale ipotesi, deve tradursi nella dichiarazione d'incompetenza, in applicazione dell'istituto della *traslatio iudicii*,[67] con l'emanazione di un'ordinanza collegiale con la quale in Consiglio di Stato dichiara la propria incompetenza, ai sensi dell'art. 15, 4° comma, c.p.a., con la consequenziale riassunzione, a cura del ricorrente, della causa dinanzi al TAR dichiarato competente nel termine di trenta giorni dalla comunicazione di detta ordinanza. In tal caso il processo prosegue dinanzi al nuovo giudice nelle forme ordinarie con salvezza degli effetti sostanziali della domanda oggetto di conversione.

4. La conversione dell'azione di nullità in ricorso di annullamento.

La definizione più felice del fenomeno della conversione è quella imperniata non sulla valutazione della volontà presunta delle parti bensì sull'intento pratico perseguito dalle parti.[68] Tale concezione è fondamentale ai nostri fini in quanto ci

---

chiesto la conversione dell'azione ex art. 32 cod. proc. amm., secondo i principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 15 gennaio 2013, n. 2.

20. Questa richiesta va accolta nei termini che seguono.La conversione del "rito", da ottemperanza a cognizione ordinaria, non può infatti essere disposta davanti a questo stesso Consiglio di Stato, poiché essa presuppone che il giudice adito sia competente su entrambe (cfr. in questo senso Cons. Stato, IV, 22 gennaio 2013, n. 356 e 7 aprile 2014, n. 1625; V, 1° ottobre 2015, n. 4604). Più in particolare, la conversione di cui all'art. 32 cod. proc. amm. consiste nella cancellazione del ricorso per ottemperanza dal ruolo degli affari in camera di consiglio e nella contestuale fissazione dell'udienza pubblica per giudizio di merito della domanda di impugnazione, al fine di osservare le forme tassativamente previste dall'art. 87 cod. proc. amm. per le diverse tipologie di azioni esperibili davanti al giudice amministrativo.21. La possibilità di emanare un simile provvedimento di carattere ordinatorio è tuttavia condizionato dal presupposto processuale dato dalla competenza, pacificamente non sussistente in capo a questo Consiglio di Stato in relazione all'ordinaria domanda di annullamento svolta in via subordinata dalla Savda.Per quest'ultima è infatti ravvisabile, ai sensi dell'art. 5 del codice del processo, la competenza in primo grado dei tribunali amministrativi regionali, e precisamente del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, secondo i criteri della sede dell'autorità emanante e degli effetti dell'atto enunciati al comma 1 dell'art. 13 cod. proc. amm.22. Pertanto, qualificata l'azione di cui ai motivi IV e V del presente ricorso come azione di annullamento ordinario, in applicazione analogica delle norme sul rilievo dell'incompetenza contenute nell'art. 15 del codice del processo, sulla base della eadem ratio consistente nel fatto che questo Consiglio di Stato è stato adito in unico grado ai fini dell'azione di ottemperanza svolta in via principale, oltre che ai fini della salvezza degli effetti sostanziali della domanda e di tutela del diritto d'azione ex art. 24 Cost., la «conversione dell'azione» richiesta dalla Savda deve tradursi nella dichiarazione di incompetenza, nell'indicazione del Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta, come giudice competente sulla stessa ai sensi del comma 4 della disposizione da ultimo richiamata, e nel richiamo al termine fissato dalla stessa per la riassunzione della causa davanti a quest'ultimo giudice».

[67] Sull'istituto della *traslatio iudicii* è tuttora fondamentale il saggio di F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e "traslatio iudicii"* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Fasc. 3-2005, pp. 729-750.

[68] Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, p. 508, secondo cui: «*...il negozio (o elemento) invalido o inefficace, può non di meno produrre gli effetti di un negozio (o elemento) di tipo o carattere diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma (art. 2424 cod. civ.), qualora l'intento pratico perseguito dalle parti (intento comune, se contratto : art. 1362) comporti questa diversa valutazione giuridica e un criterio oggettivo come quello della*

ISSN 2036-7821

consente di emancipare l'idea stessa della conversione dalla precedente teoria volontaristica[69] con cui è stata impropriamente identificata. Ne era derivata una pretesa incompatibilità tra il concetto di conversione[70] e l'attuale teorizzazione degli atti processuali civili[71]. Pretesa incompatibilità che viene, tuttora, affermata dalla dottrina prevalente nel processo civile che la ricollega, per l'appunto, al superamento della vecchia teoria del negozio giuridico processuale[72] cui viene ricondotta. E' chiaro, però, che, qualora si consideri la concezione oggettiva della conversione, prevalente nell'odierna dottrina civilistica, tale pretesa incompatibilità verrebbe totalmente meno.

Venendo allo studio della dottrina classica del diritto amministrativo formatosi sull'istituto, va ricordato, innanzitutto, che ancora in continuità con la teoria negoziale tipica della Pandettistica[73], si pone un autorevole non recente insegnamento[74] che individua il *proprium* della conversione nella parte meno apparente della volontà del soggetto in luogo di quella esplicitamente manifestata, ritenendo che la *ratio* dell'istituto fosse quella di far salva la validità della dichiarazione negoziale qualora risulti che possa trasferirsi nell'ambito di un diverso negozio sulla base del principio generale secondo cui se l'atto invalido risponde ai requisiti di forma e di sostanza prescritti per altro atto valido può essere riconosciuto dall'ordinamento giuridico riconducendolo alla forma di quest'ultimo. L'istituto della conversione viene nettamente distinto dall'affine figura della conservazione

---

buona fede esige un trattamento corrispondente». Del resto osservava ancora il Maestro: «*...la conversione del negozio o elemento invalido o inefficace obbedisce alla medesima esigenza generale di conservazione del negozio giuridico che guida l'interpretazione del contratto, quando esso o una singola clausola ammetta due sensi (art. 1367 cod. civ.), e giustifica la convalida del negozio invalido...*».

[69] Sul superamento della tradizionale teoria volontaristica del negozio giuridico v. la fondamentale monografia di F. G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva,* Perugia, 1979, pp. 133 ss..

[70] Sul concetto di conversione nel processo civile, v. L. SALVANESCHI, *Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte,* in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, pp. 121 ss.

[71] Il riferimento è alla monografia di F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili,* Padova, 1999, p. 183, testo e nota 61, che condivide sul punto il pensiero della Salvaneschi.

[72] Sulla conversione nel quadro della teoria del negozio giuridico processuale è doveroso ricordare l'antico saggio di L. Ferrara, *Sulla conversione del negozio giuridico processuale,* in *Studi e questioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1908, pp. 35 ss..

[73] Cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette,* I, n. 83 (15): «*L'espressione (conversione) non è felicemente scelta. Il negozio giuridico non viene tenuto fermo, per ciò che lo trasformi in un altro, ma vien tenuto fermo per quello che è; non si fa che porre in evidenza un lato non manifesto*».

[74] U. FORTI, *Diritto amministrativo,* Parte generale, Vol. II, *Il rapporto - la teoria degli atti (Lezioni raccolte dal dott. Iaccarino),* Rist. della IV ed., Napoli, 1947, p. 227, che, soffermandosi sull'istituto nel diritto privato, osservava che con la conversione si riconosce «*...la parte effettiva e meno apparente della volontà del soggetto, in luogo di quella in modo espresso manifestata*». Aggiungeva il Maestro che anche nell'ambito degli atti amministrativi «*... appare altrettanto giustificata l'intima ragione dell'istituto e cioè l'utilità di far salva, per quanto sia possibile, la validità della dichiarazione, ove risulti che questa possa, per dir così, trasferirsi nell'ambito di diverso negozio*». Tanto sulla base del principio generale «*... secondo cui se un negozio invalido risponde tuttavia ai requisiti di forma e di sostanza prescritte per altro negozio, viene, sotto questo secondo aspetto, riconosciuto dall'ordinamento giuridico*».

ISSN 2036-7821

dalla dottrina successiva[75]. Il superamento della posizione volontaristica avviene, secondo un'interpretazione sistematica molto simile alla su richiamata dottrina civilistica, sulla base della convinzione che si possa far luogo alla conversione qualora lo scopo dell'atto soggetto a conversione sia ricompreso nella funzione pratica dell'atto valido[76].

Come ognun vede tale insegnamento, che segna nel diritto amministrativo italiano il superamento della teoria negoziale, come è stato autorevolmente osservato[77], non parla più di volontà presunta dell'agente bensì di "*funzione pratica*" dell'atto. Particolarmente coerente con questa concezione della conversione si rileva uno degli esempi di conversione prospettati da tale dottrina, tuttora attuale, quale quello del ricorso gerarchico invalido al quale può riconoscersi il valore di una denuncia[78] valida come istanza di annullamento d'ufficio. Tale esempio riguarda un istituto, il ricorso gerarchico, tipico della giustizia amministrativa ed appare, sul piano sistematico, la strada ad un proficuo impiego della nozione anche nell'ambito della teoria degli atti processuali amministrativi[79]. È significativo ricordare, inoltre, che oggi autorevole dottrina afferma la piena compatibilità della conversione col diritto amministrativo qualora la si concepisca come un atto interpretativo che consente di evidenziare la vera natura del provvedimento[80]. Ci sembra di ritenere che sulla base delle ora esposte considerazioni, l'idea della conversione come atto interpretativo possa, senza dubbio, essere recepita anche nel diritto processuale amministrativo.

---

[75] Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo,* Volume I, *Principi generali,* 7^ ed., Milano, 1954, p. 333, secondo cui «*...la conservazione non è che l'aspetto positivo dell'annullamento parziale...*». Ad es., l'autorizzazione rilasciata per periodo superiore a quello massimo consentito dalla legge «*... può restar valida se ridotta al tempo prescritto*». Ancora, una forma particolare di conservazione viene definita dal Maestro quella consistente nel tener fermi, in caso di annullamento di un atto, gli atti del procedimento anteriori a quello illegittimo. Secondo Zanobini, invece, la conversione si verifica qualora «*...un atto amministrativo invalido, o addirittura nullo, se considerato come proprio nella categoria in cui è stato collocato dalla volontà dell'amministrazione, possa ritenersi valido, se considerato proprio di una diversa figura giuridica*».

[76] Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo,* 2^ ed. rist. Padova, 1966, p. 173, secondo cui: «*Perché si possa far luogo alla conversione occorre non solo che i requisiti di sostanza e di forma del nuovo atto siano contenuti nell'atto invalido, ma anche che la funzione pratica di questo comporti quella dell'atto a cui è diretta la conversione*». Osserva, inoltre, che: «*... qui la fattispecie obbedisce al criterio di abbandonare alla sua sorte, l'atto invalido e di far valere, in quella vece, un atto giuridico di tipo differente compreso nel primo*».

[77] Cfr. NIGRO, *Rileggendo Giovanni Miele* (1987), in NIGRO, *Scritti,* vol. III, cit., p. 1946 che significativamente, scrive: «*.... bisogna dire che Miele ... si rivela subito completamente fuori dalla pandettistica e dall'influenza del diritto privato*».

[78] In tal senso MIELE, *Principi, cit.,* p. 173.

[79] Sull'invalidità degli atti processuali amministrativi è, tuttora, fondamentale la monografia di C.E. GALLO, *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo,* Milano, 1983.

[80] In tal senso R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo,* 2^ Ed., Torino, 2017, pp. 716-719, che osservano: «*Se si concepisce la conversione come un atto interpretativo che consente di evidenziare la vera natura del provvedimento, essa può trovare accoglimento nel diritto amministrativo... Nel caso di conversione l'amministrazione identifica in una fattispecie che sarebbe invalida se riferita ad un provvedimento di un certo tipo, un provvedimento valido ove inteso come provvedimento differente, che abbia però una funzione analoga all'altro, in altri termini che sia idoneo a curare interessi pubblici omogeneii, sia pure non proprio identici*».

ISSN 2036-7821

Può dirsi, dunque, che di fronte all'atto processuale amministrativo l'interprete deve ricostruirne il significato anche sulla base della parte di esso non manifesta. Ne consegue la possibilità di una piena valorizzazione, sul piano sistematico, della previsione di cui all'art. 32, 2° comma, c.p.a. A ben vedere, infatti, tale norma fondamentale recepisce, in sede legislativa, nel processo amministrativo il principio, di matrice giurisprudenziale, della conversione delle azioni[81]. Conversione dell'azione che costituisce manifestazione del potere del giudice di individuare la domanda[82] e quindi, come avrebbe affermato un insegnamento molto autorevole[83], del potere del giudice amministrativo di interpretare il ricorso. In concreto, la conversione può salvare il ricorso non soltanto dalla declaratoria d'inammissibilità ma anche dal rigetto della domanda di nullità per asserita violazione e/o elusione del giudicato per infondatezza nel merito. Come è noto, l'art. 32, 2° comma, c.p.a., stabilisce: «*Il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali*». Aggiunge, inoltre, la norma: «*Sussistendone i presupposti il giudice può* ***sempre disporre*** *la conversione delle azioni*». L'espressione «*...può sempre disporre la conversione...*» impone, a nostro avviso, all'interprete di concludere che, una volta accertata la sussistenza, in concreto, dei presupposti, la conversione possa sempre essere disposta dal giudice senza alcuna limitazione. Sotto questo profilo è altamente significativo che la giurisprudenza più recente[84] ha ritenuto ammissibile la

[81] Sul tema, cfr. il recente saggio di A. CARBONE, *La conversione dell'azione,* in M. A. SANDULLI, *Il giudizio amministrativo,* Napoli, 2024, pp. 517-524.

[82] S. SATTA, *Diritto processuale civile,* Padova, 1967, p. 192: «*...la domanda, se è un atto di autonomia del soggetto per quel che riguarda il suo potere di disporre, è tuttavia un atto non libero nel suo contenuto, ma determinato dal fatto costitutivo al quale si ricollegano gli effetti giuridici invocati. Ciò che individua la domanda non è già la volontà dell'attore, ma quel fatto nei limiti di quegli effetti*». Prosegue il maestro: «*Il contenuto dell'atto non va pertanto cercato nella volontà dell'attore ma nella sua obiettiva realtà: non escludendosi peraltro che la volontà dell'attore possa avere qualche considerazione, non come oggetto di interpretazione, ma come elemento di individuazione dell'atto*».

[83] Scriveva, significativamente, NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso* (1975), ora in M. NIGRO, *Scritti giuridici,* Tomo II, Milano, 1996, p. 1121: «*Bisognerebbe che, nella individuazione del motivo di ricorso, il giudice amministrativo si riconoscesse un potere di interpretazione di integrazione, di emenda della censura proposta con il ricorso, molto più ampio e penetrante di quel che non sia la possibilità, che oggi soltanto si riconosce, di supplire alla mancata indicazione del testo normativo e di rettificare l'indicazione errata*».

[84] Il riferimento è a Cons. Stato (Sezione Quinta) 27/03/2024, n. 2883, che così, significativamente, statuisce: «*...ferma l'inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza, l'azione di esecuzione del giudicato va convertita in azione di annullamento del provvedimento per vizi di legittimità, rientrante nella giurisdizione amministrativa ordinaria di legittimità, secondo i principi affermati con la pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 2 del 2013: «in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione. Ciò appare consentito dall'art. 32, co. 2, primo periodo, c.p.a., in base al quale "il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali", e la conversione dell'azione è ben possibile – ai sensi del secondo periodo del medesimo comma – "sussistendone i presupposti". Ciò peraltro presuppone che tale azione sia proposta non già entro il termine proprio dell'actio iudicati (dieci anni, ex art. 114, co. 1, cui rinvia l'art. 31, co. 4, c.p.a.), bensì entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 c.p.a.: il rispetto del termine decadenziale per la corretta instaurazione del contraddittorio è reso necessario, oltre che dalla disciplina del giudizio impugnatorio, anche dall'espresso richiamo alla necessità di sussistenza dei "presupposti" (tra i quali occorre certamente comprendere il rispetto del termine*

ISSN 2036-7821

conversione dell'azione di ottemperanza nell'azione di annullamento del provvedimento per vizi di legittimità anche nell'ipotesi di avvenuta decorrenza del termine di impugnativa di sessanta giorni disponendo d'ufficio la rimessione in termini per errore scusabile,, ai sensi dell'art. 37 c.p.a., in conseguenza di oggettive ragioni di incertezza derivanti dalle norme processuali con riguardo alla contestazione del provvedimento adottato nella fase successiva alla formazione del giudicato. Ed invero, qualora si opinasse diversamente, ponendo in essere una interpretazione restrittiva della norma, la locuzione "*sempre*" di cui all'art. 32, 2° comma, c.p.a., verrebbe arbitrariamente privata di ogni senso. Non appare, pertanto, sotto tale specifico profilo, condivisibile sul punto l'impostazione seguita dall'Adunanza Plenaria[85] con la su richiamata sentenza n. 2/2013. Sentenza che, al contrario, circoscrive l'ambito della conversione alla sola ipotesi del giudice dell'ottemperanza che, adito col ricorso per nullità per violazione e/o elusione del giudicato, intendendone dichiarare l'inammissibilità o anche l'infondatezza nel merito, disponga la conversione dell'azione di nullità in azione di annullamento ritenendo che l'atto, che il ricorrente aveva sospettato di elusività del giudicato, possa essere soltanto annullabile per mera illegittimità. In altre parole, l'Adunanza Plenaria ha escluso la reciproca possibilità, ammessa, al contrario, dalla precedente dottrina e giurisprudenza[86], per il giudice di cognizione, adito con la ordinaria azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), di disporre la conversione di detta azione in nullità per violazione e/o elusione del giudicato. Ha statuito sul punto l'Adunanza Plenaria che: «*Ai sensi dell'art. 32, comma 2, primo periodo c.p.a., la conversione dell'azione può essere disposta dal giudice dell'ottemperanza e non viceversa perché solo questo giudice, per effetto degli articoli 21 septies L. 7 agosto 1990, n. 241 e 114, co. 4, lett. b) c.p.a., è competente, in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività*

decadenziale), effettuato dall'art. 32, co. 2, c.p.a.» (punto 4 della parte in diritto). 14. Considerato, inoltre, che la cognizione dell'azione di annullamento è riservata alla competenza (funzionale e inderogabile, ai sensi dell'art. 14, comma 3 e degli articoli art. 119 e 120 del c.p.a.) del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente, va disposta conseguentemente la riassunzione del giudizio innanzi al T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, previa concessione della rimessione in termini per errore scusabile; rimessione che, ai sensi dell'art. 37 c.p.a., può essere concessa anche d'ufficio dal giudice e che, nella specie, va certamente concessa in relazione alle oggettive ragioni di incertezza derivanti dalle norme processuali che segnano (dovrebbero segnare) il discrimine tra azione di ottemperanza e azione di cognizione ordinaria con riguardo alla contestazione del provvedimento adottato nella fase successiva alla formazione del giudicato (provvedimento che -si osservi - nel caso in esame è stato adottato proprio in asserita esecuzione del giudicato: cfr. la motivazione della determinazione n. 251 del 25 marzo 2023).Il giudizio, pertanto, deve essere riassunto, pena l'estinzione ai sensi dell'art. 35, comma 2, lettera a) del c.p.a., nel termine perentorio di trenta giorni dalla notifica della presente sentenza oppure entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione».

[85] Su tale giurisprudenza E. MARINO, *Conversione e rapporto tra le azioni,* in E. FOLLIERI, A. BARONE, I p*rincipi vincolanti,* cit., pp. 670 ss..

[86] Su tate fondamentale giurisprudenza è tuttora attuale il saggio di P.M. VIPIANA, *Spunti a proposito della reciproca conversione fra ricorso per ottemperanza e ricorso ordinario di mera legittimità,* in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, p. 254 e ss..

ISSN 2036-7821

amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato, per l'accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione del giudicato, e dunque - come si è già evidenziato - della più grave delle patologie dalle quali gli atti suddetti possono essere affetti».

Orbene, l'argomento addotto, come si è ora visto, per escludere la reciprocità della conversione, non appare, invero, per nulla decisivo. A ben vedere, infatti, di fronte alla proposizione di un'azione di annullamento, che però dovesse contenere, in sé, censure di violazione o elusione del giudicato, possono aversi, in concreto, due eventualità: o il TAR, adito in primo grado, è anche competente per l'ottemperanza, avendo pronunziato esso stesso la precedente sentenza di accoglimento del ricorso, e, allora, il problema sollevato *ad excludendum* dall'Adunanza Plenaria non sussisterebbe affatto. E ciò in quanto, pacificamente, lo stesso TAR sarebbe da ritenersi competente non soltanto a disporre la conversione del ricorso di annullamento in giudizio di ottemperanza ma anche a giudicare nel merito sulla convertita azione di nullità per elusione e/o violazione del giudicato.

Ma esaminiamo l'altra eventualità, in cui il giudice competente per l'ottemperanza fosse, in unico grado, il Consiglio di Stato, avendo questi accolto il ricorso che in primo grado era stato respinto, o anche solo modificato la sentenza del TAR in senso più favorevole al ricorrente. Orbene è chiaro che, in tale ipotesi, il TAR, adito in sede di ricorso di annullamento, potrebbe comunque, ritenuta la sussistenza dei presupposti per la conversione, rimettere le parti dinanzi al Consiglio di Stato. Consiglio di Stato cui sarebbe, comunque, riservato il giudizio sulla nullità a seguito della rituale riassunzione della causa a cura del ricorrente. Ciò posto, emerge, e con estrema chiarezza, che l'Adunanza Plenaria non ha considerato un dato fondamentale derivante dalla dinamica stessa del processo amministrativo: che, cioè, la conversione dell'azione di nullità in ottemperanza in azione di annullamento, come anche quella opposta dell'azione di annullamento in ottemperanza, implica sempre una conversione del rito. Orbene, la conversione dell'atto introduttivo, in una parola, dell'azione, implica sempre la conversione del processo; conversione del rito che non può compiersi *uno actu* ma richiede l'apertura di un incidente volto alla trasformazione del procedimento. Procedimento destinato a concludersi, in ogni caso, con la sentenza di merito del giudice competente a pronunciarsi sull'azione convertita.

5. Il Commissario ad acta: l'esigenza di terzietà del sostituto del giudice; conclusioni.

L'alternativa che si pone, nella prassi, al giudice dell'ottemperanza, rispetto alla possibilità di emanare la classica sentenza di merito, con cui il giudice si sostituisce direttamente alla P.A., inadempiente all'obbligo di conformarsi al giudicato, è, com'è noto, la nomina del commissario *ad acta.* Commissario che, originariamente, si

ISSN 2036-7821

atteggiava quale organo straordinario dell'Amministrazione mentre, invece, oggi, il Codice lo inquadra fra gli ausiliari del giudice. Stabilisce, infatti, l'art. 21, c.p.a.: «*Nell'ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20, comma 2*». Tale norma codicistica, com'è noto, riconosce alle parti la possibilità di ricusare gli ausiliari del giudice per i motivi di cui all'art. 51 c.p.c. L'art. 21 c.p.a. conferis' all'istituto del commissario *ad acta*, che costituisce un *munus* inventato dalla giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato nell'ambito dell'ottemperanza, una portata generale. Ed infatti, ai sensi dell'art. 34, lett. e), il commissario può essere nominato «*...anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine assegnato per l'ottemperanza*». In questa sede, però, dobbiamo soffermarci sul commissario *ad acta* come istituto classico del giudizio di ottemperanza. Riguardata sotto questo profilo, in realtà, la posizione di ausiliario del giudice sta stretta al commissario *ad acta.*

A ben vedere, l'inquadramento del commissario *ad acta*, nell'ambito degli ausiliari del giudice, va bene sotto il profilo soggettivo in quanto viene discrezionalmente nominato dal collegio giudicante *intuitu personae* nel quadro di tutte le categorie di funzionari pubblici, anche tecnici, oppure tra i magistrati a riposo. Va detto, peraltro, che spesso, tuttora, il giudice amministrativo si rivolge ai prefetti, non necessariamente a quello competente per territorio Il Consiglio di Stato[87], infatti, si è avvalso del Prefetto di Roma, ad esempio, in una importante controversia che investiva il Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica. In una sentenza[88] di ottemperanza ad un giudicato del giudice ordinario il TAR Puglia Bari era nominato come commissario *ad acta* il Prefetto di Foggia malgrado fosse territorialmente competente il Prefetto di Barletta[89]. È sul piano oggettivo che può dirsi che, ben diversamente dal C.T.U. o del verificatore, il commissario riveste un ruolo di ben maggiore rilievo (essenzialmente anche sotto il profilo decisorio), in quanto, a differenza di tali periti, non si limita a compiere attività istruttorie che si concludono con una semplice relazione tecnica. Ed infatti il commissario *ad acta* è chiamato ad

[87] Il riferimento è a Cons. Stato, Sez. VI, 11.1.2016, n. 53 che così statuisce: «*in caso di permanente inottemperanza al decisum di cui alla sentenza n. 1584/2015 (per come ulteriormente chiarito e specificato dalla presente decisione), all'iscrizione in questione provvederà, su semplice richiesta dei ricorrenti, un commissario ad acta, che viene sin da ora individuato nel Prefetto di Roma, il quale vi provvederà, con facoltà di delega entro i successivi 30 giorni*».

[88] TAR Puglia Bari Sez. I, 6.10.2016, n. 1184 che così statuisce: «*dispone che, ove l'amministrazione non ottemperi a quanto sopra entro il termine di giorni 30 dalla notificazione, se anteriore, dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione, a tanto provveda, nella qualità di commissario ad acta, il Prefetto di Foggia, o so delegato, al quale è demandato il compimento degli adempimenti di cui sopra, su specifica istanza di parte e nell'ulteriore termine di trenta giorni a decorrere dalla presente istanza*».

[89] La competenza, nella fattispecie, sarebbe stata del Prefetto di Barletta atteso che l'amministrazione inottemperante era l'Unione dei Comuni del Tavoliere Meridionale che ricomprende i comuni di Trinitapoli, San Ferdinando di Puglia e Margherita di Savoia attualmente rientranti tutti e tre nella Provincia di Barletta-Andria-Trani (BT) la cui Prefettura ha sede in Barletta.

ISSN 2036-7821

emanare, al posto del giudice, veri e propri provvedimenti con i quali si sostituisce alla P.A. inottemperante, ad es., rilasciando il permesso di costruire al ricorrente vincitore in sostituzione dell'Amministrazione comunale che aveva pronunciato un illegittimo diniego annullato in sede cognitoria. È chiaro, dunque, che, sul piano oggettivo, non di semplice ausiliario deve parlarsi ma di un delegato, di un *alter ego* del giudice sotto il cui controllo immanente è chiamato ad operare. E' essenziale ricordare che il superamento della vecchia tesi che considerava il commissario *ad acta* quale organo straordinario dell'amministrazione per inquadrarlo nell'ambito degli ausiliari del giudice è dovuto anch'esso sia alla Corte Costituzionale che alla giurisprudenza pretoria[90] del Consiglio di Stato. La Corte Costituzionale, infatti, con la sentenza n. 15/1977 ritenne che al giudice amministrativo in sede di ottemperanza non sarebbe stato «*...possibile disconoscere, nell'esercizio dei poteri giurisdizionali attribuitigli dall'art. 27, n. 4, del testo unico n. 1054 del 1924, una prudente discrezionalità, sia nel determinarsi per l'uno o per l'altro mezzo di esecuzione del giudicato, sia nella scelta (eventuale) del commissario ovvero dell'organo al quale demandarla: che potrà essere come non essere, secondo le circostanze, l'organo di controllo, senza che, in questa seconda ipotesi, sia configurabile una lesione di competenze regionali, svolgentisi su piani diversi*». Forte di tale pronuncia della Corte Costituzionale, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 23 del 14/07/1978 (Est. Calabrò)[91] affermò che gli atti emessi in luogo del giudice amministrativo dal commissario ad *acta* da lui nominato sono «*...sottoposti all'immanente controllo del giudice dell'ottemperanza*». Su tale base l'Adunanza Plenaria affermò che il commissario *ad acta* è «*...un organo del giudice dell'ottemperanza, sia che questi lo scelga direttamente sia che la scelta passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato dal giudice di procedere alla nomina*». Il commissario è, più esattamente, un sostituto del giudice[92]. In tal senso si espresse,

[90] Il carattere pretorio di tale svolta giurisprudenziale che condusse a definire il commissario *ad acta*, anziché come organo straordinario dell'amministrazione inadempiente, come organo del giudice amministrativo di ottemperanza venne riconosciuto da A.M. SANDULLI, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative (1983)*, ora in A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici, V. Diritto Amministrativo*, Napoli, 1990, p. 746, che autorevolmente osserva: «*Si tratta di una soluzione di tipo pragmatico e pretorio, la quale non ha base nel diritto scritto, e anzi appare difficilmente conciliabile con gli stessi principi, non essendo consentito ai pubblici poteri, e ancor meno ai giudici, di farsi sostituire – laddove la legge non lo autorizzi – né da altri organi, né da persone estranee all'organizzazione dei poteri stessi. Essa si è tuttavia consolidata come ius receptum, accettata non solo ai massimi livelli della giustizia amministrativa, ma (sia pure incidenter) dalla stessa Corte Costituzionale*».

[91] In Rass. Cons. Stato, 1978, I, pp. 938 ss.. Sul significato di tale fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria, è essenziale ricordare il saggio dell'Estensore C. CALABRO', *Il giudizio di ottemperanza*, in *Studi per il Centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Vol. III, Roma, 1981, pp. 2007-2079.

[92] Cfr. A.M. SANDULLI, *Effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, cit., pp. 746-747, che, significativamente, osserva: «*Così come lo configura l'attuale corso giurisprudenziale, il commissario non è però un semplice consulente del giudice, del tipo del funzionario tecnico incaricato di redigere le perizie da lui disposte (artt. 27 e 31 reg. proc. CdS). E' investito infatti dal giudice addirittura della potestà di svolgere – in sua vece – le istruttorie e adottare i provvedimenti che – utilizzando la propria esperienza – ritenga appropriati per dare attuazione alla sentenza da portare ad effetto non è un organo del giudice, non avendo questo il potere di istituire nuovi organi, e non è neppure uno degli ausiliari*

ISSN 2036-7821

soffermandosi sulla predetta svolta giurisprudenziale, autorevole dottrina in tal modo differenziando la figura del commissario *ad acta* da quella del perito allora previsto, proprio dagli artt. 27 e 31 del regolamento di procedura dinanzi al Consiglio di Stato n. 642/1907.

Il legislatore del 2010 ha pienamente recepito tale autorevole insegnamento in quanto, pur inserendo la disciplina del commissario *ad acta* nell'ambito del Capo VI del Titolo I del Libro I del codice, la cui rubrica è intitolata «*Ausiliari del giudice*», all'art. 21 stabilisce: «*Nell'ambito della propria giurisdizione il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all'amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario ad acta. Si applica l'articolo 20 comma 2*». Da tale norma si arguisce che il giudice si avvale del commissario non per ottenere dal medesimo una mera consulenza ma per sostituirsi all'amministrazione nell'emanazione degli atti che a questa competono per conformarsi al giudicato. Che tale sia la disciplina codicistica vigente in materia è dimostrato dall'art. 114, 6° comma, c.p.a. che, come è noto, stabilisce: «*Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'ottemperanza, nonché, tra le parti nei cui confronti si è formato il giudicato, di quelle inerenti agli atti del commissario ad acta. Avverso gli atti del commissario ad acta le stesse parti possono proporre, dinanzi al giudice dell'ottemperanza, reclamo, che è depositato, previa notifica ai controinteressati, nel termine di sessanta giorni. Gli atti emanati dal giudice dell'ottemperanza o dal suo ausiliario sono impugnabili dai terzi estranei al giudicato ai sensi dell'articolo 29, con il rito ordinari*».

Dall'esame di tale norma emerge con estrema chiarezza che il commissario *ad acta* ha la competenza di emanare nell'ambito dell'incarico ricevuto dal giudice tutti gli atti necessari per sostituirsi all'amministrazione nell'assolvimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato. L'ultimo comma che prevede la possibilità per il terzo estraneo al giudicato di impugnare detti con l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 29 c.p.a., riveste una rilevanza decisiva sul piano sistematico in quanto pone gli atti emanati dal commissario *ad acta* sullo stesso piano di quelli emanati dal giudice. Ne discende che è da ritenersi totalmente superata la tesi, sostenuta da una parte della dottrina *ante codicem*[93], secondo cui il commissario *ad acta* avrebbe dovuto,

---

del giudice noti alla tipologia processualistica, essendogli attribuiti compiti cognitori, decisionali e operativi altrimenti di spettanza del giudice. Questo funzionario – traslato dall'area dell'Amministrazione (nella quale la figura era nata) – in quella della giurisdizione – è invece un sostituto del giudice; e i provvedimenti da lui adottati, pur non assumendo il carattere di atti giurisdizionali, non possono non essere considerati tuttavia paragiurisdizionali o, se si preferisce, sub giurisdizionali. Quest'ultimo concetto si è voluto evidentemente esprimere quando è stato detto che essi sono "sottoposti all'immanente controllo del giudice" (sent. 23/1978, cit.). Né si osservi che le indicazioni appena formulate sono a malapena descrittive. La realtà alla quale ci ha messi di fronte la novità pretoria delle giurisprudenza non si fa calare facilmente negli schemi degli istituti tradizionali».

[93] In tal senso, cfr. V. LOPILATO, *Giudizio di ottemperanza art. 114*, in *Quaranta e Lopilato* (a cura di) *Il processo amministrativo. Commentario al D.lgs. 104/2010*, Milano, 2011, pp. 901-902, che, significativamente, osserva: «*Appare opportuno, infine, aggiungere che, secondo un certo orientamento (L. MAZZAROLLI) anteriore all'emanazione del Codice, il commissario non avrebbe potuto porre in essere l'attività finale idonea a risolvere la controversia, ma avrebbe dovuto, all'esito dell'espletamento dei compiti affidatigli, sottoporre al giudice dell'esecuzione le soluzioni che dovrebbero essere*

ISSN 2036-7821

all'esito dell'espletamento del proprio mandato, sottoporre al giudice dell'esecuzione gli schemi dei provvedimenti amministrativi necessari per eseguire il giudicato. Ed infatti, se l'atto del commissario, ai sensi dell'art. 114, 6° comma, c.p.a. è reclamabili dinanzi al giudice che lo ha nominato, è evidente che il legislatore ha escluso la necessità del commissario di sottoporre previamente all'approvazione del giudice il provvedimento da emanare per ottemperare alla sentenza di cognizione. Di qui la netta distinzione, chiaramente desumibile da un esame sistematico della disciplina codicistica, fra il commissario *ad acta*, competente ad emanare veri e propri provvedimenti in sostituzione del giudice, e le figure del verificatore e del consulente tecnico d'ufficio, il cui incarico peritale viene svolto con la presentazione di una relazione le cui conclusioni sono sottoposte al prudente apprezzamento del giudice. Sul piano della prassi applicativa, tale conclusione trova ulteriore conforto dalla stessa giurisprudenza amministrativa che riconosce al commissario *ad acta* il potere di nominare un proprio consulente tecnico d'ufficio. Se, pertanto, il commissario *ad acta* può avvalersi di propri ausiliari ne discende che esso riveste nel processo amministrativo una posizione più vicina al giudice rispetto a quella del verificatore e del c.t.u. potendosi avvalere di questi ultimi per l'espletamento del proprio incarico. Solo, infatti, la posizione di *longa manus* del giudice, rivestita dal commissario *ad acta*, può giustificare il riconoscimento al medesimo del potere di avvalersi di propri consulenti tecnici[94] previa autorizzazione resa con ordinanza collegiale dal giudice

adottate, compresi gli schemi di eventuali provvedimenti amministrativi. Questo percorso processuale, nel silenzio della nuova normativa, non può essere seguito in quanto rischierebbe di aggravare il procedimento senza aggiungere garanzie per le parti: si è rilevato come l'attività del commissario si rivolge sotto il costante controllo del giudice dell'esecuzione a cui spetta anche il compito di definire qualunque incidente di esecuzione».

[94] In tal senso, TAR Campania, Napoli, Sezione V, ord. coll. 30/10/2013 n. 4847, in cui significativamente si legge: «*VISTA l'istanza depositata in data 15 agosto 2013 dal Commissario ad acta; VISTA la sentenza n. 3462 del 17 luglio 2012 di questa Sezione; VISTO il verbale della Camera di Consiglio del 17 ottobre 2013; CONSIDERATO di dover senz'altro condividere i motivi addotti dal Commissario ad acta per essere affiancato, quale suo ausiliario, da un consulente tecnico, riconducibili alla peculiare natura tecnica dell'incarico ricevuto, nella parte in cui l'esecuzione della sentenza de qua comporta (anche) la determinazione del valore del bene ed il risarcimento del danno da liquidarsi alla parte ricorrente; PRESO ATTO che le parti presenti alla Camera di Consiglio non si oppongono alla suddetta richiesta; RITENUTO, pertanto, di dovere autorizzare il Commissario ad acta ad avvalersi, su sua indicazione e senza che, al riguardo, consti di alcuna causa ostativa, per lo svolgimento dell'incarico conferitogli, della consulenza tecnica dell'arch. Angelo Napolitano - iscritto all'Albo degli Architetti della Provincia di Napoli dal 21.5.199 - nato a Nola (NA) il 21.10.1964, con studio in Casamarciano (NA), alla Via Pizzone, n. 48, P. co Giordano Bruno, C.A.P.80032, e la cui attività sarà remunerata, con separato provvedimento, previa esibizione di regolari fatture; RAVVISATO di dover assegnare al Commissario ad acta il termine di mesi cinque dalla comunicazione e/o notificazione della presente ordinanza per il compimento dell'incarico commissariale. P.Q.M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Quinta Sezione, accoglie l'istanza in epigrafe e, per l'effetto, autorizza il Commissario ad acta in motivazione indicato ad avvalersi, per l'espletamento dell'incarico conferitogli, relativamente all'esecuzione della sentenza n. 3462 del 17 luglio 2012 di questa Sezione, del tecnico pure in motivazione indicato ed assegna il termine di mesi cinque per il completamento dell'incarico de quo».* Tale ordinanza è stata condivisa dal Consiglio di Stato (Sezione Quarta) con la sentenza n. 2141/2018 che si riferisce esplicitamente

ISSN 2036-7821

che l'ha nominato. Peraltro, autorevole dottrina[95] ha rilevato, non da oggi, che analoga distinzione deve compiersi nell'ambito del processo civile nel quale la categoria stessa degli ausiliari del giudice è stata introdotta col vigente codice del 1940. Sul punto, va ricordato che un autorevole insegnamento[96], non da oggi, ha affermato che il termine "ausiliario del giudice" non ha in realtà alcun valore tecnico e non può quindi essurgere a definizione di un organo. Definizione che può essere data soltanto con riguardo alle concrete funzioni che l'organo è chiamato a svolgere. Com'è noto, infatti, in tale categoria sono state inquadrate le figure più disparate: dal c.t.u. all'interprete, al custode o anche al notaio chiamato dal giudice a svolgere alcune attività processuali. Epperò la dottrina[97], non da oggi, ha rilevato che la posizione del notaio incaricato di stipulare l'atto di divisione, in esecuzione della sentenza che dispone doversi procedere alla divisione giudiziale di un immobile, non è un mero ausiliario ma un sostituto del giudice.

«*...alla nomina di un nuovo consulente quale ausiliario del commissario ad acta...*». Osserva, inoltre, significativamente la Quarta Sezione del Consiglio di Stato nella motivazione della stessa sentenza n. 2141/2018 «*10.1. Il Comune si diffonde, in primo luogo, sull'ambito del mandato conferito all'ing. Palermiti nonché sul fatto che questi si sarebbe sentito obbligato ad utilizzare i risultati e i dati esposti nella relazione dell'arch. Napolitano. Occorre tuttavia considerare che, proprio il fatto che i consulenti del commissario non fossero stati direttamente vincolati dal giudice ad uno specifico modus procedendi (essendo appunto consulenti non del giudice ma del commissario ad acta) implica che il procedimento dagli stessi seguito in concreto non rilevi ex se ma solo in quanto funzionale al corretto espletamento delle indagini e valutazioni loro demandate. Al fine di contestare le conclusioni cui è pervenuto l'ing. Palermiti era quindi onere del Comune non già dedurre indizi circa l'animus con cui questi ha affrontato le operazioni peritali, bensì fornire, nel caso, elementi obiettivi idonei a dimostrarne l'inattendibilità*». E' significativa che il Consiglio di Stato abbia, una volta riconosciuto al Commissario *ad acta* il potere di avvalersi di propri consulenti tecnici nell'espletamento dell'incarico affidatogli, nettamente distinto la figura del consulente tecnico dello stesso commissario rispetto a quella del c.t.u. nominato direttamente dal giudice, attesa la maggiore elasticità riconosciuta al consulente tecnico nominato dal commissario *ad acta* sul piano procedurale nell'espletamento delle operazioni peritali rispetto alla disciplina di cui all'art. 67 c.p.a. relativa all'espletamento della c.t.u. da parte del consulente nominato direttamente dal giudice.

[95] Cfr. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico* (1979), ora in NIGRO, *Scritti giuridici*, II, cit., p. 1373: «*Il codice di procedura civile colloca il notaio fra gli ausiliari del processo (art. 68) insieme con il consulente tecnico (art. 61), il custode (art. 65), gli esperti (art. 66) ma fra il notaio e gli altri ausiliari vi è una profonda diversità: gli altri ausiliari sono soggetti privati investiti occasionalmente e puntualmente di un compito paragiurisdizionale. Il notaio entra invece nel processo per quello che è e fa fuori del processo*».

[96] In tal senso, cfr. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. I, Disposizioni generali, Ristampa, Milano, 1966, p. 220 che, significativamente, osserva: «*In realtà il termine di ausiliare non ha alcun valore tecnico, e non può quindi essere questa qualifica assunta a definizione di un organo. La definizione può essere data solo in relazione alle concrete funzioni che l'organo svolge*».

[97] Cfr. NIGRO, *Il notaio*, cit., p. 1374, che osserva: «*L'altra caratteristica, la quale concreta anch'essa una profonda diversità fra il notaio e gli altri ausiliari del processo, è che questi assistono il giudice (artt. 61, 65, 68), mentre al primo, e solo a lui è commesso il compimento di determinati atti (art. 68). Quella del notaio è così sempre e soltanto attività di sostituzione del giudice (art. 212 per l'ispezione di libri di commercio e di registri e, soprattutto, art. 786 per la direzione di operazioni di divisione) nel compimento di atti che, appunto per questo, sono atti in sè e per sè giuridici e capaci di effetti giuridici; gli altri ausiliari svolgono attività materiali e tecniche di sussidio degli organi processuali, le quali o il crisma della giuridicità acquistano quasi a posteriori, per il riflesso della giuridicità degli atti di quegli organi e condizionatamente all'approvazione che essi ne facciano, per la virtù semplicemente formale dell'involucro processuale in cui sono avvolti*».

ISSN 2036-7821

Orbene, se questo è vero per il notaio nel processo civile, a maggior ragione, appare indiscutibile per il commissario *ad acta* nel processo amministrativo. E ciò in quanto mentre il notaio, assumendo la direzione delle operazioni divisionali, svolge compiti di mera applicazione della legge, al contrario, il commissario *ad acta,* pur nell'ambito delle direttive derivanti, innanzitutto, dalla sentenza di cognizione, che è chiamato ad eseguire, e, inoltre, della stessa sentenza di ottemperanza, il più delle volte, esercita compiti di tipo discrezionale o, quanto meno, caratterizzati da discrezionalità tecnica. Si pensi soltanto all'ipotesi del Commissario *ad acta* chiamato a stipulare la convenzione di lottizzazione con i proprietari in luogo dell'amministrazione comunale inadempiente. Una volta delineato il ruolo del Commissario *ad acta* quale sostituto, quale "*longa manus*" del giudice, appare in tutta la sua gravità il problema, tuttora irrisolto, dell'imparzialità (*rectius:* della terzietà) del commissario *ad acta.* Ancora oggi, infatti, il giudice amministrativo, sovente, soprattutto quando la parte soccombente è un'amministrazione statale, spesso nomina commissario *ad acta* lo stesso direttore generale del Ministero che deve eseguire il giudicato.
Invero, l'art. 19, 2° comma, c.p.a., prevede l'estraneità alle parti del verificatore e del c.t.u.. Manca, invece, una norma esplicita per quanto concerne il commissario *ad acta.* Va detto, però, che l'art. 21 c.p.a., la cui rubrica è intitolata «*Commissario ad acta*», stabilisce: «*Si applica l'art. 20, comma 2*».L'art. 20, comma 2°, c.p.a., a sua volta stabilisce: «*Il consulente, o il verificatore, può essere ricusato dalle parti per i motivi indicati nell'articolo 51 del codice di procedura civile. Della ricusazione conosce il giudice che l'ha nominato*». Come è noto, l'art. 51, 1° comma, c.p.c., innanzi richiamato, precisa: «*Il giudice ha l'obbligo di astenersi: a) se ha interesse nella causa o in altra vertente su identica questione di diritto...*». Alla luce di tale norma, è evidente che il Dirigente dell'amministrazione soccombente nominato Commissario *ad acta,* una volta acclarata l'applicabilità di tale norma anche per detto ausiliario, in virtù del rinvio di cui all'art. 20 c.p.a., ha l'obbligo di astensione. Pertanto, il dirigente nominato commissario *ad acta,* malgrado appartenga alla stessa amministrazione soccombente su cui grava l'obbligo di conformarsi al giudicato, potrebbe essere ricusato in quanto, anche se l'interesse che ha nella causa è di tipo meramente istituzionale e non personale, è sempre tale da imporgli l'obbligo di astensione atteso l'evidente stato di incompatibilità in cui versa nel giudizio di ottemperanza. La perdurante prassi di nominare commissarii *ad acta* gli stessi dirigenti ministeriali competenti ad eseguire il giudicato ha prodotto, nell'interpretazione delle norme processuali amministrative, una vera e propria antinomia fra la mancata esplicita previsione dell'estraneità alle parti del commissario *ad acta* da parte del 1° comma dell'art. 21 c.p.a. e la previsione della ricusabilità del commissario[98] per i motivi di cui all'art. 51 c.p.c., richiamato *per*

[98] Nello stesso senso, va richiamata l'autorevole opinione di A. POLICE, *Lezioni sul processo amministrativo,* II Ed., Napoli, 2023, p. 276, secondo cui: «*Il riconoscimento della natura ausiliaria del Commissario ad acta si ripercuote sui*

ISSN 2036-7821

relationem, da parte del 2° comma dello stesso art. 21 c.p.a..[99] Peraltro, atteso il ruolo di sostituto del giudice[100], e non di mero perito quale è, invece, indubbiamente, il c.t.u. ed anche il verificatore, deve ritenersi che per il commissario *ad acta* valga, sul punto, l'argomento ermeneutico *a maiori.*Com'è noto, il commissario *ad acta* esercita le proprie competenze in luogo del giudice. Giudice che, peraltro, nel giudizio di ottemperanza è investito dall'art. 134, 1° comma, lett. a), di una cognizione estesa al merito. Il giudice dell'ottemperanza, infatti, può pronunciare una sentenza che tenga luogo dell'atto amministrativo doveroso in forza del giudicato che l'amministrazione si era rifiutata di emanare, ad es. proclamando il vincitore in un concorso universitario in luogo della commissione giudicatrice inadempiente. Orbene, tale competenza normalmente viene delegata al commissario *ad acta* che può operare con una maggiore elasticità. Trattasi comunque di competenza che il commissario esercita in forza di una investitura ricevuta dal giudice per cui, a maggior ragione, deve valere nei suoi confronti l'antica regola *iuris* secondo cui «*Nemo iudex in causa propria*»[101].

requisiti necessari ai fini dell'espletamento dell'incarico. In particolare, l'esigenza di trovarsi al cospetto di un organo terzo e imparziale legittima l'estensione nei suoi confronti delle cause di ricusazione indicate dall'art. 51 c.p.c. relativamente alle figure del verificatore e del consulente tecnico (art. 21, secondo periodo, c.p.a.)».

[99] M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa,* Bologna, 2021, pp. 299-300, secondo cui: «*Si è affermata così progressivamente la tesi che il Commissario ad acta costituisca un ausiliario del giudice, assimilabile per certi aspetti al consulente tecnico del quale si può avvalere ora anche il giudice amministrativo... Il dibattito può considerarsi oggi chiuso poiché l'art. 21 del codice definisce il Commissario come un ausiliario del giudice al quale si applicano anche le regole sulla ricusazione poste dall'art. 51 del codice di procedura civile (richiamato dall'art. 20, comma 2, a sua volta richiamato dall'art. 21). In quanto delegato dal giudice, il Commissario deve attenersi alle indicazioni fornite dalla sentenza emanata dal giudice dell'ottemperanza e svolge la propria attività sotto il controllo immanente (Consiglio di Stato, Ad. Plen. 10 maggio 1978, n. 23)».*

[100] Scrive, significativamente, A. TRAVI, *Lezioni sul processo amministrativo,* 15^ Ed., Torino, 2023, p. 404: «*Il codice del processo amministrativo ha preso posizione su alcuni punti concreti, che sembrano significativi anche su un piano più generale. Infatti: - ha considerato anche il commissario "ad acta" nel capo del libro primo dedicato agli ausiliari del giudice (art. 21) e ha chiarito che nei suoi confronti valgono gli stessi motivi di ricusazione previsto per il consulente tecnico (che a sua volta è tipicamente un ausiliare del giudice). Il codice, pertanto, ha affermato nei confronti del commissario criteri specifici di autonomia e terzietà rispetto alle parti; essi, invece, sembravano passare in secondo piano, in particolare, nella concezione che qualificava il commissario come organo straordinario dell'amministrazione. Il codice assegna un rilievo centrale all'imparzialità del commissario e su questo carattere va ricostruita oggi la figura in esame».*

[101] L'assoluta inderogabilità di tale fondamentale principio appare indiscutibile nel processo amministrativo alla luce dell'art. 6 della CEDU. Sul tema, L. IANNOTTA, *Considerazioni sul controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi alla luce dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, vivente nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo,* in *Dir. Proc. Amm.* – 3/2019, pp. 731-757.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale)

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari (Dipartimento Giurisprudenza)

Sommario

(Parte prima) 1.1. Sulle condizioni dell'azione nel processo amministrativo, alla luce dei 'formanti' giurisprudenziale e dottrinale. Legittimazione a ricorrere … 1.2. … Interesse a ricorrere. - 2. Implicazioni del criterio della '*vicinitas*': con particolare riguardo alla materia ambientale, in confronto a quella edilizio-urbanistica e commerciale. - (Parte seconda) 3. "Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità, con particolare riguardo all'esercizio discrezionale. - (Parte terza) 4.1. Implicazioni in punto di condizioni dell'azione: superamento di una preconcetta visione 'separatista' fra qualificazione e tutela … - 4.2. … maggior rigore nell''apertura' ad un interesse a ricorrere correlato al pregiudizio potenziale. - 5. 'Rivisitazione' del concetto di merito amministrativo e ripercussioni in punto di interesse e legittimazione a ricorrere.

Abstract

According to the canons of subjective jurisdiction and of the impulse of the party (of the request, with the corollary of the dispositive principle), the action, as currently understood (a series of rules that regulate a series of acts, and from which a series of subjective legal positions arises), is 'sculpted' by the traditional definition of the 'need for jurisdictional protection', whereby: one is presented as a prerequisite for obtaining a judicial provision, which can assume a different content depending on whether the action itself is reconstructed as a right to obtain a favourable provision or as a right to a provision on the merits tout court; the other must be configured as indispensable to remedy a situation that is detrimental to the substantial position of the interested party, otherwise not protectable.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

Parte prima

1.1. Sulle condizioni dell'azione nel processo amministrativo, alla luce dei 'formanti' giurisprudenziale e dottrinale. Legittimazione a ricorrere….

Secondo i canoni di una giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte (della domanda, col corollario del principio dispositivo), l'azione, per come attualmente intesa (una serie di norme che regolano una serie di atti, e dalle quali scaturisce una serie di posizioni giuridiche soggettive[1]), risulta 'scolpita' dalla tradizionale definizione del 'bisogno di tutela giurisdizionale', per cui:

l'una si presenta come presupposto per ottenere un provvedimento giudiziale, che può assumere un diverso contenuto a seconda che l'azione stessa sia ricostruita come diritto all'ottenimento di un provvedimento favorevole oppure come diritto a un provvedimento di merito *tout court*[2];

l'altra deve configurarsi come indispensabile per porre rimedio ad una situazione lesiva della posizione sostanziale dell'interessato, altrimenti non tutelabile.

Di là dal dibattito storico di teoria dell'azione[3], dal descritto profilo funzionale (di *extrema ratio*) discende innanzitutto l'indefettibile divieto che l'azione assuma connotati emulativi ovvero si traduca in abuso del processo[4]. Correlativamente, l'ordinamento ha 'attrezzato' il sistema di giustizia onde evitare lo svolgimento di attività processuali inutili; e tale istanza ha assunto maggior peso per via della consacrazione costituzionale del principio della ragionevole durata del processo (attuale versione dell'art. 111), con le implicazioni generali in termini di messa al bando delle relative 'diseconomie'[5].

In tale contesto, il generale orientamento di Giurisprudenza, ai fini dell'ammissibilità dell'azione nel processo amministrativo, esige che vengano soddisfatte entrambe le condizioni (in senso lato), della 'legittimazione' e dell''interesse' al ricorso (sia principale che incidentale). Queste, da intendersi: come 'distinte ed autonome'; nonché, sussistenti sia al momento della proposizione del gravame che in corrispondenza della sua decisione, per cui il giudice ha l'onere di riscontrarle in

---

[1] Valga di rinviare, rispetto ad una sterminata letteratura, a E. FAZZALARI, *Azione civile (teorica generale e diritto processuale)*, in *Digesto civile*, https://onelegale.wolterskluwer.it/document, 1988.

[2] G. TOMEI, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 2 s.

[3] Come diritto a sé stante (a prescindere dal sussistere di una situazione giuridica soggettiva) a conseguire una sentenza 'qualunque' (U. ROCCO, *La legittimazione ad agire*, Roma, 1929, pp. 21 e 46); altrimenti (secondo l'orientamento che ha finito col prevalere a partire dal dato costituzionale), come correlato all'esistenza del diritto fatto valere in giudizio (S. SATTA, *Variazioni sulla legittimazione* ad causam, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 638 s.; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2006, p. 293; ID., *Introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in *Foro it.*, 2012, col. 1 s.; G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Milano, 1993, p. 4; V. ANDRIOLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana: discorso inaugurale dell'AA. 1954-55*, Pisa, 1955, p. 9).

[4] *Ex multis*, Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III, 22 luglio 2019, n. 9746.

[5] Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2023, n. 2800.

ISSN 2036-7821

relazione ad entrambe le fasi[6]. Salvo rilevare la 'pregiudizialità' di quelle 'condizioni': per cui (tendenzialmente), solo una volta accertate, potendosi esaminare il merito della controversia[7].

Si rinviano, ad ulteriori svolgimenti della trattazione, considerazioni più puntuali in ordine alle ragioni dell'associare il soddisfacimento di quelle condizioni alla mera affermazione o ad un onere probatorio di effettiva sussistenza.

Quanto al rapporto fra condizioni dell'azione nonché, fra l'accertamento delle stesse e le valutazioni di merito, con riserva di avanzare un discorso (ri-)costruttivo, per intanto (anche al fine di operare una prima 'scrematura') basti di registrare come la Giurisprudenza abbia significativamente 'stigmatizzato' intorno a certe implicazioni della valutazione giudiziale: se vertente sui 'momenti' o 'requisiti' dell'azione (immediatezza, personalità ed attualità), ritenuta estranea al merito; altrimenti, afferendo alla legittimazione ed all'interesse ad agire, reputata come riguardante il merito stesso, a meno che di tali condizioni si non valuti il concreto sussistere, ma solo le 'modalità' con cui quell'esistenza sia stata prospettata e descritta. Il rilievo non si traduce in un mero 'esercizio di stile', dato che si ripercuote sulla possibilità stessa di rimettere in discussione la sussistenza delle condizioni dell'azione in un distinto e successivo giudizio: da ammettere al cospetto di una pronuncia di mero rito (nel senso della formale inammissibilità del ricorso); non altrettanto quando quella valutazione s''incorpori' nella decisione di merito (quantomeno, di accoglimento), poiché altrimenti ne deriverebbe una contraddizione col riconoscimento del bene della vita[8].

Procedendo così ad uno svolgimento dell'orientamento maggioritario, in sintesi nel processo amministrativo il ricorso è ammissibile: «se la posizione azionata dal ricorrente lo colloca in una situazione differente dall'aspirazione alla mera ed astratta legittimità dell'azione amministrativa genericamente riferibile a tutti i consociati, se sussiste una lesione della sua posizione giuridica, se è individuabile un'utilità della quale esso fruirebbe per effetto della rimozione del provvedimento e se non sussistono elementi tali per affermare che l'azione si traduce in un abuso della tutela giurisdizionale»[9]. Di tal fatta, le 'condizioni' dell'azione assolvono ad una funzione di 'filtro' delle domande proposte al Giudice, «alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli

[6] *Ex multis*: Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 18 luglio 2023, n. 4366. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. II, 19 luglio 2021, n. 5429; 2 ottobre 2019, n. 6602.

[7] Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2023, n. 5774. Cfr. pure Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 11 marzo 2021, n. 321. Sul punto: R. VILLATA, *Interesse ad agire* (II - Diritto processuale amministrativo), in *Enc. giur. Treccani*, 1989, p. 1 s. Ulteriori trattazioni si rinvengono in: R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, p. 468 s.; G. MANNUCCI, *Legittimazione e interesse a ricorrere* (dir. amm.), in *Diritto on line*, 2018; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

[8] Basti di rinviare a Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2020, n. 7437.

[9] Cons. Stato, sez. VII, 13 dicembre 2022, n. 10922.

ISSN 2036-7821

artt. 24 e 111 Cost. [cfr. pure art. 13 C.E.D.U. ed art. 47 T.F.U.E.]; tale scrutinio di meritevolezza costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto»[10].

Ciò premesso, nel dettaglio la legittimazione a ricorrere (si distingue, innanzitutto per natura, dall'interesse a ricorrere poiché) non dipende dai riflessi pratici scaturenti dall'eventuale accoglimento della domanda giudiziale a vantaggio della sfera giuridica di colui il quale abbia agito in giudizio; ma, per quanto anticipato a proposito dell'azione, funge da cerniera fra sostanza e processo. Quella, infatti, secondo l'orientamento giurisprudenziale più incline ad una giurisdizione di tipo soggettivo, s'identifica: esclusivamente con il 'titolo' o 'possibilità giuridica dell'azione'; nonché, con la titolarità, astrattamente configurabile (per come affermata da chi promuove l'azione), di una situazione soggettiva 'qualificante' (come di rilievo giuridico) un interesse (meritevole di tutela - quest'ultima ed il primo, dunque, in rapporto reciproco di causa efficiente -)[11]; sì da distinguere il ricorrente (già per tale profilo) dal '*quisque de populo*' in rapporto all'esercizio dell'azione amministrativa[12]. Evidentemente quella situazione giuridica potrà consistere, oltre che in un interesse legittimo, in un diritto soggettivo: laddove il Legislatore abbia previsto una giurisdizione amministrativa di tipo esclusivo[13].

Salva comunque la 'legittimazione attiva' (o 'passiva') di chi agisce (o resiste) in giudizio, in quanto (secondo un'accezione di *legitimatio ad causam* diversa rispetto a quella che si riferisce alla mera affermazione) risulti titolare effettivo del rapporto controverso dal lato attivo (o passivo): questione attinente al merito della decisione e quindi alla fondatezza della domanda in concreto proposta, con i correlati strascichi giurisprudenziali in punto di contestazione (se costituisca una mera difesa od un'eccezione in senso tecnico, se il difetto di titolarità attiva - e passiva - del rapporto possa essere rilevato d'ufficio dal giudice a seconda che la si ritenga - o meno -

[10] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 9 marzo 2022, n. 415; Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 8222; Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III, 26 maggio 2020, n. 5554.

[11] A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Dig. disc. priv.* (sez. civ.), 1993, p. 525; T.E. LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, in *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, p. 22 s.; E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 109 s.; E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 200 s.

[12] Cons. St., sez. V, 24 agosto 2023, n. 7928; Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 8 ottobre 2019, n. 4779; Trib. amm. reg. Molise, Campobasso, sez. I, 13 giugno 2022, n. 214. Per una configurazione più analitica: Trib. reg. Giust. amm. Trentino – Alto Adige, 7 luglio 2020, n. 163; Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 5 marzo 2020, n. 232; Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 508.

[13] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 10 luglio 2020, n. 1381.

ISSN 2036-7821

collegata al potere dispositivo ed all'onere deduttivo e probatorio della parte interessata)[14].

La legittimazione a ricorrere deve sussistere al momento della proposizione del ricorso[15].

Prima di congedarsi da tali annotazioni 'di massima', valga solo di osservare che la Giurisprudenza è ambiguamente attestata sulla tesi per cui «è, quindi, da ritenere inammissibile, per difetto di legittimazione all'azione, il ricorso giurisdizionale proposto in difetto di un interesse giuridicamente protetto in capo al soggetto che propone l'azione giurisdizionale»[16]. Se non che: per quanto tale conclusione risulti coerente con la tradizionale considerazione delle condizioni dell'azione come 'distinte ed autonome'; pare che sconti, sul piano della (garanzia di pienezza della) tutela e dell'emersione degli interessi giuridicamente rilevanti, quel che (sommariamente) intende giustificarla in termini di 'economia processuale'. D'altronde, tornando sulla nozione di 'azione' con la quale si è esordito: se le posizioni giuridiche soggettive scaturiscono dalle norme, ciò non significa che il rapporto fra queste ultime e le prime si atteggi esclusivamente secondo 'linearità' (sia pur nella versione 'a maglie larghe' offerta dalla tecnica analogica[17]). Senza per questo cedere all'opposta tentazione di certo 'diritto vivente' che ammette una riconducibilità diretta, della qualificazione d'interessi, al dato costituzionale. Ciò, quantomeno, impone di rivalutare sotto altra prospettiva, a partire dalla teoria della norma giuridica, la natura 'triadica' della legittimazione a ricorrere: il 'titolo' o 'possibilità giuridica dell'azione'; la titolarità, astrattamente configurabile (per come affermata da chi promuove l'azione), di una situazione soggettiva 'qualificante'; la 'legittimazione attiva' (o 'passiva') di chi agisce (o resiste) in giudizio, in quanto risulti titolare effettivo del rapporto controverso dal lato attivo (o passivo).

Onde evitare un appesantimento del discorso, basti il rinnovato rinvio ad una serie 'dedicata' di considerazioni di critica costruttiva su base dogmatica (cfr. Parti II e III). Per il momento, ci si limita a rilevare i limiti di altre teoriche.

Se si conviene che la 'legittimazione', quale condizione del ricorso, assolve ad una funzione deflattiva, non emergono implicazioni di particolare 'impegnatività' sul

---

[14] Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 30 marzo 2023, n. 571. Per una trattazione esauriente del profilo e delle divergenze che sono maturate intorno al medesimo: Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2016, n. 2951 ove la suprema Corte, chiamata a pronunciarsi sulla portata della titolarità attiva e passiva del rapporto giuridico dedotto in giudizio, ne ha chiarito la differenza con la legittimazione ad agire dirimendo un forte contrasto giurisprudenziale. Per un ampio commento può rinviarsi a M. MAZZEI, *Il potere del giudice di interpretazione della domanda giudiziale*, Maggioli Editore, 2019.

[15] Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2022, n. 2982 che, impropriamente, lo qualifica come 'presupposto processuale'.

[16] *Ex multis*, Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 1° febbraio 2022, n. 230.

[17] L'invalicabilità dell'analogia, quale limite estremo alla derivazione di situazioni giuridiche soggettive, è perorata con rigore di argomentazione, da A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 773 s.

ISSN 2036-7821

piano giuridico (muovendosi lungo il crinale fra quanto affermato dalla disciplina sostanziale e quanto garantito in sede processuale[18]), fintantoché ci si limiti a così giustificarla in un contesto di giurisdizione oggettiva (come volta all'esclusiva, o primaria, realizzazione dell'interesse pubblico, alla legalità dell'azione amministrativa). Diversamente, per via dell'affermarsi di una visione soggettiva del processo amministrativo (ove l'interesse dell'instante non è mera condizione processuale di ammissibilità, ma oggetto stesso del ricorso), corrispondentemente alla quale la progressiva definizione in chiave 'sostanziale' del concetto di legittimazione a ricorrere comporta che quella soluzione funzionale finisca col risentire delle problematiche relative all'identificazione di una (indissolubile connessione con la) situazione giuridica soggettiva (in particolare, d'interesse legittimo) ed alla determinazione della fondatezza della domanda[19].

Si rinvia, all'ultima parte del pres. par., una confutazione dei costrutti che, onde superare quelle criticità, hanno avanzato una soluzione interpretativa volta ad affrancare la legittimazione a ricorrere dalla dimensione sostanziale (relativa all'oggetto del giudizio), conducendola su di un piano prettamente processuale: 'quale unitaria e uniforme condizione dell'azione giurisdizionale amministrativa', 'autonoma, definita a prescindere dall'esistenza nel concreto di una situazione di interesse legittimo'; salvo domandarsi come intendere i caratteri definiti che deve presentare (qualificazione, differenziazione)[20]. Per il momento, valga di sostare sulla tesi che associa quel rilievo funzionale all'assunto secondo cui si tratterebbe di un «istituto espressivo del generale divieto di ingerenza del giudice nelle attività riservate al legislatore, che può manifestarsi anche mediante la creazione di posizioni giuridico-soggettive ignote alla legislazione vigente»[21]; a maggior ragione quando la controversia venga promossa da soggetti (terzi in quanto) non contemplati né da norme né da eventuali provvedimenti[22]. Infatti, quell'assunto, pur ispirato da un meritorio intento di conferire rigore alla specifica trattazione dell'istituto ed alle relative implicazioni quanto all'accesso alla tutela giurisdizionale, imporrebbe quantomeno uno svolgimento intorno alla questione della 'creatività' del compito ermeneutico-applicativo che l'ordinamento affida al giudice.

Procedendo per gradi, innanzitutto non può che condividersi:

---

[18] Tale aspetto, non per caso è 'isolato' sin dagli esordi in M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere nel giudizio amministrativo: alcuni spunti di riflessione*, in P. Cerbo (a cura di) *Il processo amministrativo a (quasi) dieci anni dal codice*, Lecce, 2019, p. 37 s.

[19] Sul punto, può rinviarsi alle perspicue connessioni formulate da S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo: un'analisi alla luce della dicotomia giurisdizione soggettiva / giurisdizione oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 602 s., segn. p. 607 s.

[20] S. MIRATE, *op. ult. cit.*, pp. 608, 616, 625, 640. Cfr. pure ID., *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

[21] Così CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere …*, p. 775.

[22] M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere …*, p. 38. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere …*, p. 810 s.

ISSN 2036-7821

sia quanto eccepito alle strategie argomentative delle Corti (benché risulti apprezzabile lo sforzo di garantire la giustizia della singola decisione, pur sempre foriere di potenziali disparità nell'accesso alla giurisdizione) come agli opposti orientamenti dottrinali[23];
sia a riguardo del duplice limite, imposto dal dato 'positivo' (segn. artt. 24 Cost., 81 c.p.c., 39 c.p.a.), di circoscrivere il novero dei legittimati, qualificando come eccezionali tanto l'esercizio dell'azione nell'interesse altrui, quanto l'azione popolare[24].
Parimenti, è condivisibile l'avvertimento di evitare (correlati) rischi di segno opposto: «Il primo consiste nel riaffermare tesi volte a negare tutela a posizioni soggettive non qualificabili con immediatezza quali diritti soggettivi o interessi legittimi, così da precludere l'interpretazione evolutiva della disciplina sostanziale e l'ampliamento delle tutele che è storicamente connaturato allo sviluppo dei sistemi amministrativi. Il secondo rischio coincide con l'acritica estensione delle posizioni tutelabili, cui si perviene attribuendo rilevanza ad ogni interesse riconducibile ad aspirazioni o bisogni apparentemente protetti dalla Costituzione o da altre fonti di rango sopranazionale, la cui valutazione verrebbe rimessa in ultima analisi ai giudici e, in particolare, alle sezioni unite della Cassazione»[25].
L'apporto della menzionata dottrina si è rivelato altresì prezioso nel portare ad emersione i 'punti deboli' delle teoriche cimentatesi nell'impresa di offrire un fondamento alle diverse ipotesi di legittimazione[26].
Da qui, la proposta di una soluzione 'intermedia', imperniata «sui rapporti fra legittimazione e disciplina dei tipi di relazioni sussistenti fra amministrazione ed altri soggetti dell'ordinamento, da determinare sulla base di specifiche norme sostanziali o, in assenza di esse, mediante criteri di integrazione del diritto positivo ricavabili dall'art. 12 delle preleggi»[27]. Tale strategia sarebbe volta a '*ricondurre il frastagliato fenomeno in esame entro i confini della legalità amministrativa e dei suoi corollari*'[28].
Scendendo nel dettaglio, alla ricerca delle singole fonti di legittimazione, l'analisi muove dalle norme 'di attribuzione del potere' (intese come di riqualificazione delle 'norme di relazione', nel senso di definire i limiti dell'attività amministrativa rispetto alla generalità degli interessi non di mero fatto): dal momento che impongono di stabilire se gli effetti dell'esercizio del potere, prefigurato dalla legge, incidano su posizioni soggettive individuate da altre norme, 'di garanzia', cui il Legislatore faccia rinvio (esplicito od implicito) e che sarebbero rinvenibili in alcune delle materie

[23] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, pp. 776-777.
[24] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 779.
[25] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, pp. 779-780.
[26] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 780.
[27] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 790.
[28] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 791.

ISSN 2036-7821

riportate all'art. 117 Cost.[29]. Quanto all'individuazione dei destinatari degli effetti dell'atto sarebbe essenziale distinguere fra i casi in cui si renda possibile mediante un'interpretazione letterale delle singole previsioni e quelli in corrispondenza dei quali si richieda un'operazione più complessa: estensiva od analogica (*legis* o *iuris*)[30].
Se non che, a differenza di quel che si registra con riguardo ai diritti soggettivi, il Legislatore non ha provveduto ad una 'tipizzazione' degli interessi legittimi che pertanto sono enucleabili a partire da un modello generale: d'interesse che si confronta con l'esercizio del potere dell'amministrazione pubblica. Pertanto:
mentre, nel caso dei diritti soggettivi, si muove dalla qualificazione (all'occorrenza in via interpretativa) della singola figura d'interesse sostanziale, per giungere alla relativa tutela; dunque, quella situazione qualificata pre-esiste al processo;
quando si tratti d'interessi legittimi, la tutela (che dunque rappresenta l'elemento comune col diritto soggettivo), in quanto connessa (non - soltanto - al bene finale, ma - anche -) alle regole giuridiche dell'esercizio di quel potere, presenta un connotato non meramente strumentale (utilità sostitutiva), o addirittura costruttivo (del modo di essere sostanziale dell'interesse al bene della vita)[31].
Ne consegue che: per quanto si convenga che solo un interesse (tendenzialmente 'individuale') protetto può costituire la situazione legittimante al ricorso giurisdizionale amministrativo[32]; a differenza di quanto accade nel processo civile, quantomeno non risulta scontato che quella situazione coincida con l'oggetto del giudizio[33]. Anzi, accedendo alla prima tesi, lo sviluppo di quel discorso è nel senso che, nel processo amministrativo, poiché l'accoglimento del ricorso (eppertanto, l'accertamento, della domanda dell'attore come fondata) dipende (a sua volta) dall'eventuale giudizio d'illegittimità dell'esercizio del potere entro i limiti dei motivi dedotti, ne consegue che:
il riscontro del sussistere della situazione protetta in capo all'attore tendenzialmente è momento distinto dall'accertamento della fondatezza del ricorso (*id est*, del giudizio di merito)[34];

---

[29] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 792 s.
[30] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 795 s.
[31] ALBERTO ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 511 s., segn. pp. 513-514. Tale ordine di concetti è ben sviluppato da V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, pp. 107 s. e 115 s., 136.
[32] Osserva V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 341 s., segn. p. 372 che, avuto riguardo al testo costituzionale: «L'art. 113, 1° e 2° co., … assicurerebbe la (piena) tutela giurisdizionale di *tutte* le situazioni protette, l'art. 103, 1° co., limiterebbe questa tutela alle *sole* situazioni protette».
[33] *Contra* ALBERTO ROMANO, *La situazione legittimante …*, p. 533.
[34] V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" …*, segn. pp. 361-362: «Una volta stabilito che il soggetto vanta una situazione protetta a fronte di quell'episodio di esercizio del potere, si passa a valutare se questo si è svolto *injure* (come preteso dal ricorrente) ovvero *jure*, cioè legittimamente, e in tale secondo caso, la situazione protetta resta necessariamente insoddisfatta».

ISSN 2036-7821

inoltre, la controversia può essere promossa da soggetti (rispetto alle parti del rapporto sostanziale - autorità dalla quale promana il provvedimento e diretti destinatari del medesimo -) 'terzi' (che lamentino un pregiudizio ad interessi propri considerati meritevoli di tutela), e la platea di questi ultimi può essere molto estesa[35].
Salvo quanto si riferirà a proposito delle implicazioni di tale distinguo funzionale tra processi (civile ed amministrativo), in punto di formazione processuale della fisionomia della situazione protetta; evidentemente, il passaggio è cruciale quanto all'istituto in esame (in chiave deflattiva), perché:
nel processo civile, la legittimazione ad agire spetta a colui che si afferma come titolare del diritto dedotto in giudizio e non dipende, dunque, dalla titolarità della situazione sostanziale, ma esclusivamente dalla 'prospettazione' (ossia, dalla mera affermazione di essere titolari di un dato rapporto giuridico)[36];
nel processo amministrativo, l'esigenza che la posizione giuridica sostanziale non sia solo affermata, ma che il ricorrente ne risulti effettivo titolare, deriverebbe dalla circostanza che l'esito non è determinato dalla titolarità della posizione giuridica sostanziale bensì, dall'illegittimità del provvedimento impugnato; in altri termini, nel processo amministrativo, «l'elemento che rimane sul piano dell'affermazione in sede di verifica della legittimazione non è la titolarità della situazione protetta, ma l'illegittimità del provvedimento impugnato, che determina la fondatezza della lagnanza poiché solo il provvedimento illegittimo concreta la lesione di quella situazione»; quanto implica un avanzamento della soglia della legittimazione, configurandola (per l'appunto) come titolarità dell'interesse sostanziale[37];
se (invece) si muove dalla considerazione dell'interesse legittimo quale pretesa al bene finale, la cui fondatezza verrà definitivamente accertata solo all'esito del giudizio, si perviene alla ben diversa conclusione che la legittimazione a ricorrere debba essere valutata, in principio del giudizio, alla stregua di una mera affermazione[38].

---

[35] V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" …*, p. 364 s.

[36] Sull'evoluzione del dibattito della processualcivilistica, in funzione comparativa: F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in C. Cudia (a cura di), *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 45 s., segn. pp. 46-47.

[37] Di tale avviso R. VILLATA, *Legittimazione processuale – II) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1988, ora in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, p. 635 s., segn. pp. 639-640.
V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, p. 597 s. si è peritato di puntualizzare che tale assetto è derivato da una progressiva differenziazione dei procedimenti amministrativi contenziosi.

[38] Le due opposte vedute sono sintetizzate da F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere …*, p. 56. Nel senso che l'azione giurisdizionale amministrativa è in linea generale legata alla mera affermazione e che nella giurisdizione esclusiva la distinzione delle situazioni giuridiche soggettive non condiziona l'azione né precostituisce azioni tipiche a difesa di ciascuna, per cui risulta accettabile che il ricorrente possa dichiararsi titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo, ma anche limitarsi all'affermazione della titolarità di un interesse comunque protetto dall'ordinamento, leso dalla pubblica amministrazione, lasciando al giudice di riconoscerlo nell'esame del merito della controversia: V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 143 s.

ISSN 2036-7821

La questione non è affatto riducibile ad un mero esercizio di virtuosismo dogmatico: dal momento che spesso l'esito del processo amministrativo s'incardina su di una ritenuta carenza dell'interesse processuale e la pronuncia d'inammissibilità si risolve indirettamente in un accertamento d'insussistenza della posizione sostanziale tutelabile; come tale, da assimilare ad una sentenza di merito (nonostante l'art. 35 c.p.a. classifichi le decisioni sulle condizioni dell'azione come sentenze di rito)[39].

Ciò premesso, la dottrina si è perspicuamente peritata di dimostrare che il processo amministrativo, per quanto ormai annoverato fra quelli 'di diritto soggettivo', improntati a 'personalità' dell'interesse protetto (ai fini della legittimazione all'azione), può talvolta:

«divenire strumento di tutela di interessi generali attraverso la legittimazione ("oggettiva") ad agire in capo ai soggetti [pubblici, collettivi, privati] che se ne fanno portatori», «piuttosto che di propri interessi di cui hanno la disponibilità, come situazioni giuridiche soggettive»[40];

e persino tradursi in una giurisdizione 'di diritto oggettivo'[41].

Quanto si spiega dal momento che, in materia di giurisdizione, sussiste riserva di Legge, non riserva di Costituzione[42]; e con la differenza che solo la legittimazione ad agire 'oggettiva' è da ritenere ascrivibile alla specie della giurisdizione 'soggettiva' (del tutto rapportabile a quella riferibile ai singoli), così da porre un problema di accertamento preliminare circa la sussistenza delle condizioni dell'azione (come accertamento della pertinenza al soggetto agente dell'interesse per la cui tutela il medesimo agisce)[43].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, la medesima dottrina ha concluso che, nei casi di legittimazione 'oggettiva' (diversamente da quelli di legittimazione 'soggettiva'), l'accertamento preliminare richiesto al giudice, circa le condizioni dell'azione, attiene: alla sola pertinenza dell'interesse tutelato al soggetto agente che ne lamenta la lesione davanti al giudice; piuttosto che al carattere dell'interesse, come situazione soggettiva protetta imputabile al soggetto agente[44].

Nondimeno, restano pendenti le seguenti questioni: se la sequenza 'accertamento

---

[39] L'osservazione è rinvenibile in F. SAITTA, *op. ult. cit.* …, p. 59.

[40] V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva"* …, pp. 372-373, 376-377 ove si puntualizza che «i diversi casi di legittimazione "oggettiva" ad agire nel processo amministrativo, possono essere raggruppati in tre categorie: *a*) casi di legittimazione *ex lege* in capo a soggetti pubblici o collettivi ad agire a tutela dell'interesse (degli interessi) generali (pubblici, collettivi) di cui essi sono portatori (la tutela della concorrenza e del mercato, la tutela dell'ambiente e dei beni culturali, etc.); *b*) casi di azione popolare *ex lege*; *c*) casi di legittimazione ad agire di enti esponenziali di collettività a tutela degli interessi della collettività stessa (che nel caso degli enti territoriali hanno contenuto generale, cioè possono essere tutti quelli che in un determinato momento storico sociale investono la collettività)».

[41] V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 383 s.

[42] V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, pp. 374-375.

[43] V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 377.

[44] V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, pp. 378-379.

ISSN 2036-7821

della legittimazione a ricorrere - accertamento della fondatezza della domanda attorea' sia necessariamente 'lineare' (all'insegna della preliminarietà); sulla base di quali criteri il giudice debba selezionare i soggetti ai fini dell'ammissibilità dell'azione, così apportando un contributo 'creativo' quanto agli interessi tutelabili 'anche a prescindere dal contenuto di singole norme'[45].

Rinviando agli sviluppi del discorso queste ultime questioni, se si conviene su quanto rilevato:

a partire da una concezione epistemologicamente aggiornata dell'operazione ermeneutico-applicativa (assecondando il moto circolare diritto-fatto) che rivela comunque un ruolo del giudice di co-artefice dell'ordinamento[46]; a fronte dell'intrinseca incertezza sulle situazioni giuridiche in giuoco, fintantoché non si concluda il giudizio[47];

agli interessi legittimi non sempre si addice un'enucleazione (foss'anche suppletiva) per via d'interpretazione estensivo-analogica.

Segnatamente, tale meccanismo conserva la sua linearità quando le norme sull'azione amministrativa regolano profili di competenza o procedurali; diversamente, quando quelle norme 'aprono' ad un esercizio discrezionale. Stavolta, infatti, la norma attributiva del potere non si limita a porre una questione 'di garanzia' ('statica'[48]), ma sottende ad un'azione amministrativa in corrispondenza della quale la legalità amministrativa assume i connotati sostanziali di un interesse pubblico 'concreto' in corrispondenza del quale la fisionomia contenutistica dell'interesse legittimo non può essere delineata neppure con l'ausilio analogico (che presuppone pur sempre uno schema di disciplina ipotetico-casuistico, non consequenziale), bensì attraverso un moto interattivo di composizione con l'interesse pubblico 'astratto'; sì da assorbire (in termini 'oggettivanti') anche la casistica relativa alla legittimazione a ricorrere di enti portatori (a loro volta) d'interessi pubblici[49].

A quel punto, venendo in gioco una più complessa gestione giudiziale dell'istituto, per quanto testé esposto:

---

[45] V. CERULLI IRELLI, *op. ult. cit.*, p. 366 s. Si osservi che l'a., sul punto, pare attestarsi su di una posizione tradizionale nella sua 'linearità': per cui, 'una volta che l'ordinamento riconosce a determinati interessi il carattere di situazioni soggettive protette, ai portatori di tali interessi è assicurato l'accesso alla tutela giurisdizionale' (*ivi*, p. 369).

[46] Tale inquadramento pare più rigoroso, per via del sostegno epistemologico, rispetto a quello secondo cui sostenere che, prima di stabilire se il ricorso è fondato occorre accertare che lo stesso sia stato proposto da soggetto legittimato, non implica che «quest'ultimo accertamento non possa essere svolto sulla base della mera affermazione del ricorrente, dovendosi aver riguardo alla titolarità effettiva della situazione sostanziale» (F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere …*, p. 64).

[47] Come riconosce lo stesso CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere …*, p. 820 a partire dalla 'tipizzazione dei destinatari degli atti amministrativi'.

[48] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, p. 816.

[49] Sul punto: V. CERULLI IRELLI, *Legittimazione "soggettiva" e legittimazione "oggettiva" …*, p. 341 s.; M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere …*, p. 48 s.

ISSN 2036-7821

quando non ampliata al merito della controversia;
legata altresì all'interesse a ricorrere, dal momento che il pregiudizio (la sua 'analogia', ferma restando l'utilità di un meccanismo d'interpretazione armonizzante[50]) è in grado di contribuire a far emergere interessi che si confrontano con quello pubblico 'primario', ricevendone legittimazione nella considerazione 'ponderata' del giudice (è il caso del criterio della *vicinitas* quale 'stabile collegamento')[51].
In altri termini:
se può senz'altro concordarsi sul tendenziale impiego dei rigorosi criteri interpretativi apparecchiati dalle disposizioni preliminari al codice civile; non per questo può scartarsi qualunque soluzione a base 'empirica' (salvo attingere al contributo dogmatico, epistemologicamente aggiornato, onde conferire a quest'ultima operazione certo rigore di ponderazione);
il discorso della legittimazione a ricorrere, come istituto processuale con funzione deflattiva, va altresì relativizzato, rapportandolo alla descritta natura 'triadica' in termini di 'progressione eventuale'; per cui l'accertamento di quella condizione implicherà di limitarsi ai primi due 'stadi' dell''affermazione' ('titolo' o 'possibilità giuridica dell'azione', e titolarità astratta di una situazione soggettiva 'qualificante', salve le valutazioni 'ulteriori'[52]), nella misura in cui non sia richiesta un'indagine ulteriore (financo di merito) stante un interesse la cui qualificazione è in via di definizione[53].
Di tal fatta, paiono trovar favorevole sponda, nel metodo: sia certa tendenza giurisprudenziale a valorizzare il profilo dell'interesse a ricorrere; sia una maggiore potenzialità della tradizionale affermazione di teoria generale, secondo cui nella norma va individuata la fonte della qualificazione e dell'individuazione del titolare dell'interesse azionabile[54].
Quantomeno al cospetto di queste ultime connessioni riuscirebbe difficoltoso l'insistere su di una costruzione della giurisdizione amministrativa come di tipo oggettivo[55]; con le relative ripercussioni in punto di legittimazione a ricorrere: come

[50] CASSATELLA, *La legittimazione a ricorrere ...*, p. 811.
[51] M. DELSIGNORE, *La legittimazione a ricorrere …*, p. 41 s.
[52] CASSATELLA, *op. ul. cit.*, pp. 812-813 e 822.
[53] Sia pur in relazione alla fenomenologia della pluralità delle azioni esperibili (all'insegna dell'atipicità legata alla strumentalità dell'azione al diritto sostanziale), in vece di un sistema di tutela incentrato su quella costitutiva di annullamento e di un processo costruito in chiave di verifica oggettiva della legalità, si pone il problema di una legittimazione 'dipinta come effettiva titolarità', con anticipazione, alla fase preliminare di verifica dell'ammissibilità del ricorso, della trattazione di profili che appartengono al merito della causa: C. CUDIA, *Legittimazione a ricorrere e pluralità delle azioni nel processo amministrativo (quando la cruna deve adeguarsi al cammello)*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 393 s., segn. pp. 420 e 429.
[54] Pare emblematico che, in difetto di un approfondimento del discorso metodologico, proprio su quel piano esprima perplessità, a fronte del dato di esperienza, F. SAITTA, *La legittimazione a ricorrere …*, pp. 57-58.
[55] ALBERTO ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 531.

ISSN 2036-7821

questione corrispondente ad interessi connessi alle norme 'di azione' (disciplinanti il solo esercizio dei poteri dell'amministrazione) dunque, agli effetti giuridici (lesivi o di tutela) del provvedimento, e protetti dalle medesime o da norme 'sostanziali', come tali 'preesistenti' (es., proprietà sottoposta a provvedimento ablativo). Ciò, benché quel costrutto risulti:
rigoroso, in quanto speculare ad una considerazione, della legalità amministrativa e della relativa giurisdizione, fatta di subalternità, degli interessi individuali che si trovino (eventualmente) ad essere protetti da norme, rispetto all'interesse pubblico 'intrinseco' ad ogni potere, attribuito dall'ordinamento generale all'amministrazione, ma il cui esercizio spetta all'ordinamento amministrativo; con corrispondente ridimensionamento dei primi anche quanto alla rilevanza processuale, cui riconosce di legittimare il promovimento del giudizio amministrativo (non di esserne l'oggetto)[56];
apprezzabile, nella misura in cui mette in guardia da una eccessiva esaltazione del rilievo sostanziale e processuale degli interessi individuali eventualmente protetti e connessi con una norma di azione (*rectius*, con gli effetti tipici dei provvedimenti disposti sulla base di essa)[57].
La disamina, a quel punto, si sposta sugli interessi 'non connessi' con i provvedimenti (*rectius*, coi loro effetti tipici), ma che 'rilevano come fattori di cui l'amministrazione deve tenere conto nella loro adozione': perché anch'essi 'sono protetti da norme che disciplinano l'esercizio dei poteri di cui questi provvedimenti stessi costituiscono l'esplicazione'[58]. Con riguardo a tali interessi, secondo la dottrina in esame, si dovrebbe negare: sia un rilievo processuale equiparabile a quello degli interessi 'connessi' in punto di tutela che il giudice amministrativo può garantire[59]; sia il ruolo di fattori di legittimazione al ricorso[60].
Però, quel tipo di costrutto 'gradualistico' 'sconta' (non per caso, in quanto tutto imperniato su di una preesistente qualificazione degli interessi 'individuali') certo deficit di svolgimento applicativo quando si tratti di discrezionalità, corrispondentemente alla quale la protezione d'interessi individuali è relegata ad 'una delle varie figure dell'eccesso di potere' (dunque, sempre secondo un'ottica ipotetico-casuistica)[61]. Corrispondentemente si complessifica il discorso relativo alla situazione legittimante al ricorso giurisdizionale amministrativo: dovendosi conferire maggiore consistenza ('precisazione') alla tesi per cui deve trattarsi di 'un interesse

[56] ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 520 s., segn. pp. 523-525. Cfr. pure, *ivi*, pp. 525 e 528.
[57] ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 517 s., segn. pp. 519-520.
[58] ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 516.
[59] ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 518, 524, 529. Cfr. pure, *ivi*, p. 548.
[60] ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 528-529, 545.
[61] ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, pp. 522 e 530 (ove l'a. limita il novero a casi inquadrabili «nella figura della disparità di trattamento, ancor più raramente … nella ben più eccezionale figura della ingiustizia manifesta, e poco più»).

ISSN 2036-7821

individuale in qualche modo normativamente protetto'[62]; dal momento che, solo in un'ottica ipotetico-casuistica e di discrezionalità ingessata in figure sintomatiche di eccesso di potere può valere la conclusione secondo cui tale situazione 'tende a coincidere con quella tipicamente tutelata dal giudice ordinario' (con correlata relativizzazione della distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo, a differenza di quanto si registra in punto di riparto di giurisdizione)[63].

Di tal fatta, può giustificarsi (almeno in parte) certa eterogeneità di responsi giurisprudenziali, alla luce di uno stemperamento del duplice dilemma relativo sia alla qualificazione della giurisdizione amministrativa (oggettiva o soggettiva), sia alla pretesa inconciliabilità dei due modelli (ideali) tradizionalmente enucleati[64], lasciando che assolva a quella 'funzione sociale' (dimensione pubblica) consistente nella capacità di rendersi interprete dei bisogni e delle aspirazioni mutevoli della collettività. Ciò che, da tempo, è riscontrabile in esperienze diverse da quella 'domestica': si pensi alla dottrina tedesca che ha coniato la categoria dei 'diritti soggettivi procuratori' (portatori di istanze legate a nuove esigenze economiche e sociali, capaci di 'contaminare' la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa), per via di una vicenda di reciproca interazione con il diritto europeo. Lungo tale falsariga va intesa la 'rivisitazione' della legittimazione ad agire: di là dalla posizione di favore riconosciuta agli Stati 'comunitari', funzionale al consolidamento di quell'ordinamento europeo; in settori, come gli appalti, ove l'ampliarsi degli spazi di tutela riservati all''interesse strumentale' rivela una tendenza oggettivante del sistema della giurisdizione amministrativa, giacché volto alla protezione non tanto dell'interesse individuale (della singola impresa) quanto del corretto funzionamento concorrenziale del mercato[65]. Ma altrettanto può concludersi avuto riguardo al settore ambientale, in corrispondenza del quale pare che l'impiego di un metodo dogmatico possa giovare, nel modulare la legittimazione a ricorrere (e così favorire la giuridicizzazione d'interessi precedentemente sprovvisti di tutela), più di altri criteri (interpretazione estensiva, analogia, legittimazione *ex lege* in capo alle pubbliche amministrazioni, sussidiarietà orizzontale).

Dovendo, a tal punto, onorare l'impegno, assunto in esordio del pres. par., di un confronto coi costrutti che hanno avanzato una soluzione interpretativa volta a svincolare la legittimazione a ricorrere dalla dimensione sostanziale, conducendola su di un piano prettamente processuale; pare doversi operare un duplice ordine di

---

[62] Così anche: A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1974, p. 823; P. VIRGA, *Diritto amministrativo – II. Atti e ricorsi*, Milano, 1999, p. 285; R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 471.

[63] ALBERTO ROMANO, *La situazione legittimante …*, p. 533 s., segn. p. 540.

[64] Sulla relatività della dicotomia ALBERTO ROMANO, *op. ult. cit.*, p. 513.

[65] Su tali sviluppi della giurisdizione può rinviarsi a M.C. ROMANO, *Crisi della distinzione tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella prospettiva dell'Unione Europea*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 293 s., segn. pp. 299, 307, 311, 313-314, 318-319 s., 323.

ISSN 2036-7821

osservazioni.
Innanzitutto, è condivisibile l'ottica funzionale con la quale va affrontato il problema: in quanto la legittimazione è direttamente collegata allo scopo della tutela giurisdizionale eppertanto, a quello cui è preordinato l'esercizio dell'azione[66].
Se non che, i problemi di una considerazione processuale della legittimazione a ricorrere emergono progressivamente nel momento in cui si trascorre dal profilo di differenziazione a quello di qualificazione.
Quanto al primo, la dottrina in esame ha fornito un contributo significativo, giustificando: l'azione popolare, dal momento che si presta a scindere la 'posizione legittimante' ('sempre ed esclusivamente individuale e privata') dall''interesse (sostanziale) comune' (facente capo all'individuo non *uti singuli*, ma in qualità di membro della collettività cui appartiene e con la quale condivide la titolarità del primo)[67]; oltre all'azionabilità di interessi sovraindividuali (collettivi o diffusi), attraverso meccanismi selettivi (enti esponenziali, *vicinitas*). Di tal fatta, la 'mera affermazione della titolarità della posizione soggettiva dedotta in giudizio' risponde degnamente all'esigenza di una costruzione teorica della legittimazione, unitaria a fronte della molteplicità delle fattispecie d'interesse enucleate per via normativa e giurisprudenziale[68]. Nondimeno, configurare la legittimazione quale 'potere di azione per la tutela di un interesse riconosciuto in astratto come meritevole di protezione dall'ordinamento giuridico'[69], pone due criticità: a partire da un'evanescenza della funzione deflattiva dell'istituto. Ma, soprattutto, non altrettanto efficacemente si riesce a 'sposare' con compiutezza una concezione processuale della legittimazione con riguardo al profilo qualificatorio:
così, nel caso dell'azione popolare, l'interesse comune necessita, per essere giuridicamente qualificato, dell''introduzione per via normativa della stessa tipologia di azione'[70];
mentre, per il resto, ci si rimette genericamente all''ordinamento nel suo complesso' (comprensivo dell'interpretazione di matrice giurisprudenziale)[71].
Con ciò, quella tesi prestandosi (*a fortiori*) alle medesime obiezioni formulate all'indirizzo di quella con la quale ci si è confrontati inizialmente.

1.2. … *Interesse a ricorrere.*
L'interesse al ricorso, quale *species* dell'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c. (applicabile, nel processo amministrativo, per il tramite del rinvio 'esterno' di cui all'art. 39,

[66] MIRATE, *La legittimazione a ricorrere …*, p. 660.
[67] MIRATE, *op. ult. cit.*, pp. 647, 649.
[68] MIRATE, *op. ult. cit.*, p. 651.
[69] MIRATE, *op. ult. cit.*, p. 653.
[70] MIRATE, *op. ult. cit.*, p. 649.
[71] MIRATE, *op. ult. cit.*, pp. 654-655, 657.

ISSN 2036-7821

comma 1, D.Lgs, n. 104/2010)[72], attiene più propriamente alla relazione fra l'impugnazione ed il provvedimento amministrativo, in funzione del bene della vita agognato, in un contesto in cui l'accoglimento produrrebbe un effetto sostanziale migliorativo e favorevole per il ricorrente. Dunque, quella condizione consiste in un'utilità pratica: che si assume essere stata sottratta o negata o disconosciuta; dai caratteri materiale o morale, ancorché mediani-strumentali; compreso il risarcimento collegato ad un danno o la liquidazione di spese giudiziali[73]. Premesso che l'interesse al ricorso va valutato in termini astratti (con riferimento al contenuto della domanda ed a tutti gli effetti[74]), sempre secondo la Giurisprudenza ne sono corollari:
per un verso, un risultato di vantaggio personale (specifico, diretto ed immediato), che l'interessato è in grado di conseguire con il provvedimento richiesto al giudice (evidentemente a condizione dell'eventuale accoglimento del ricorso) e che può consistere anche nel solo rimettere in discussione il rapporto controverso[75]; non essendo sufficiente il mero riferimento né alla generica pretesa al rispetto di norme (svincolata dalla prospettazione di un'incidenza sulla sfera giuridica del ricorrente), né ad una soluzione in via di massima od accademica di una questione di diritto in vista di situazioni future o meramente ipotetiche[76];
per altro verso, l'attualità della lesione (non essendo sufficiente l'eventualità o l'ipotesi della medesima - come quando necessiti dell'adozione di provvedimenti successivi o dipenda da eventi futuri ed incerti -) nonché, la concretezza del *vulnus*[77]; pertanto, è inammissibile il ricorso avverso un provvedimento del quale sia stata sospesa l'efficacia (stante il venir meno del pregiudizio sollevato)[78].
Questi ultimi requisiti debbono ritenersi soddisfatti su base di prospettazione, tenendo conto che: vanno desunti, in termini possibilistici, dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso; la loro effettiva sussistenza è oggetto di ulteriore accertamento attinente al merito della lite[79].

---

[72] S. SATTA, *Interesse ad agire e legittimazione*, in *Foro it.*, 1954, IV, col. 169 s.; A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1958; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1962, p. 167; B. SASSANI, *Interesse ad agire.* I - Diritto processuale civile, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, p. 2; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, 2011, p. 220. Cfr. pure L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2004, p. 177.

[73] Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2023, n. 1631; Trib. amm. reg. Umbria, Perugia, sez. I, 8 settembre 2022, n. 686; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. III, 7 luglio 2021, n. 1661; Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2021, n. 2669; sez. III, 22 settembre 2020, n. 5548.

[74] Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2469.

[75] Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2022, n. 7484; Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 11 febbraio 2022, n. 926; Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2022, n. 6375.

[76] Trib. amm. reg. Liguria, Genova, sez. II, 5 giugno 2020, n. 354.

[77] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. stralcio, 27 luglio 2023, n. 12708; Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 13; Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 11 marzo 2021, n. 322; Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. I bis, 11 settembre 2023, n. 13713; Trib. amm. reg. Toscana, Firenze, sez. I, 11 settembre 2023, n. 832; Trib. amm. reg. Lombardia, Brescia, sez. I, 6 febbraio 2023, n. 109.

[78] Trib. amm. reg. Abruzzo, Pescara, sez. I, 9 febbraio 2022, n. 51.

[79] Cons. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22; sez. V, 15 marzo 2023, n. 2728.

ISSN 2036-7821

In forza del 'combinato disposto' dei due profili testé elucidati, il riscontro dell'interesse in discorso, come risultante (per l'appunto) dal rapporto fra la situazione antigiuridica denunziata ed il provvedimento giudiziale che si domanda per porvi rimedio mediante l'applicazione del diritto: è offerto dalla 'prova di resistenza', quale dimostrazione 'a priori' che, se l'Amministrazione avesse operato legittimamente, il ricorrente avrebbe con certezza conseguito il vantaggio; così consentendo di 'apprezzare' l'utilità pratica del provvedimento giudiziale stesso, quale mezzo per conferire (all'interesse leso) la tutela accordata dall'ordinamento[80].
In quanto condizione (in senso stretto) dell'azione, l'interesse al ricorso deve persistere fino al momento della decisione[81]. «… tre diverse evenienze … si possono realizzare nel corso del processo in relazione all'interesse a ricorrere in capo al ricorrente: a) "causa" che rende impossibile la realizzazione del bene della vita originariamente preteso, con improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse; b) "causa" che realizza pienamente l'interesse al bene della vita, con cessazione della materia del contendere; c) "causa" che, pur privando la parte dell'interesse all'adozione di una sentenza costitutiva di annullamento degli atti, impone l'adozione di una sentenza di accertamento della illegittimità degli atti ai soli fini risarcitori»[82].

2. ***Implicazioni del criterio della 'vicinitas': con particolare riguardo alla materia ambientale, in confronto a quella edilizio-urbanistica e commerciale.***

Scendendo nello specifico, per lungo tempo si è ricondotto il requisito della 'personalità' ad una generica 'differenziazione'[83]. A ben vedere però quest'ultimo termine appartiene ad una dogmatica invalsa nel passato e che, sul presupposto della scelta politica di negare un'"azione popolare" in seno alla giurisdizione amministrativa (in funzione deflattiva del relativo contenzioso[84]), doveva (*rectius*, si sarebbe dovuta limitare a) fornire all'interesse legittimo una "stampella acconcia" sul versante processuale. Resta pur sempre che, stante il travagliato contesto di emancipazione della figura qualificatoria dall'interesse pubblico (come "occasionalmente protetta"), l'elaborazione di quella condizione-presupposto tradisce certi limiti nel suo duplice svolgimento intrecciato:
non solo avuto riguardo alla circostanza per cui, dipendendo l'accertamento della domanda dell'attore come fondata, dall'eventuale giudizio d'illegittimità

[80] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 15 marzo 2023, n. 1673; Id., sez. V, 14 luglio 2022, n. 4771; Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III bis, 28 febbraio 2022, n. 2320.
[81] Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2022, n. 2982.
[82] Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2021, n. 6824. In linea si colloca Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. I, 23 marzo 2020, n. 544.
[83] Riferimenti si rinvengono in A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, p. 107 ss.
[84] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 9 gennaio 2023, n. 7.

ISSN 2036-7821

dell'esercizio del potere entro i limiti dei motivi dedotti, la controversia può essere promossa da soggetti (rispetto alle parti del rapporto sostanziale - autorità dalla quale promana il provvedimento e diretti destinatari del medesimo -) 'terzi' (che lamentino un pregiudizio ad interessi propri considerati meritevoli di tutela), e la platea di questi ultimi può essere molto estesa;
quanto piuttosto, a partire dall'assunto per cui oggetto della protezione offerta dall'interesse legittimo sarebbe un 'bene della vita' (dunque, non un'aspirazione meramente formale del tipo di quella alla legittimità degli atti amministrativi).
Così (e corrispondentemente), la nuova Giurisprudenza "ortodossa" ha avuto il merito d'intraprendere un duplice percorso:
associando la 'differenziazione' stessa alla categoria processuale dell''interesse a ricorrere' (a partire dal pregiudizio), invece che a quella sostanziale dell''interesse legittimo' (con riguardo ad un bene della vita facente capo, in via esclusiva, al ricorrente)[85]; direzione lungo la quale si è 'sdoganata' (oltre che l'idea di 'ente esponenziale' in funzione della tutela degli interessi collettivi-diffusi) la '*vicinitas*' come requisito di (sola) legittimazione (eppertanto, non esclusivo) dell'azione che però consentirebbe (eccezionalmente) di dare ingresso all'interesse a ricorrere in via (sia pur meramente) presuntiva[86];
nonché, di valorizzazione della "logica della spettanza" che ha condotto: al riconoscimento della tutela risarcitoria[87]; e, sia pur per un'"inversione di metodo" (cioè, l'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –) a conformarvi la tutela costitutiva[88].
Tuttavia, l'opera di aggiornamento si è rivelata meno felice allorché si sono dovuti fare i conti con le insidie riservate dalle diverse accezioni di quella locuzione, dal momento che per 'interesse ad un bene della vita' si può intendere: tanto un variegato ventaglio di utilità (da conservare od acquisire) attinenti alla 'sfera giuridica' propriamente intesa (es., alla qualità dell'insediamento abitativo come all'ordinato sviluppo urbanistico della zona); quanto l'interesse '(inizialmente) semplice', alla conservazione od al conseguimento di singoli beni (facenti capo alla sfera materiale o morale del ricorrente), consequenzialmente pregiudicato a cagione del provvedimento amministrativo impugnato. A quel punto, innescandosi un

[85] In tal senso, Cons. St., V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Foro it.*, 1984, III, 425 ss., segn. 429.
[86] Recentemente, Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 15 settembre 2023, n. 1291. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2023, n. 9694; sez. II, 15 giugno 2023, n. 5911; sez. IV, 14 settembre 2023, n. 8327. Che la presunzione di interesse a ricorrere, in corrispondenza della vicinitas, sia un'eccezione rispetto alla regola trova conferma in: Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2023, n. 7371; Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 18 luglio 2023, n. 4366.
[87] Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, punto 5.
[88] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50.

ISSN 2036-7821

meccanismo 'eversivo' del sistema di giustizia amministrativa come storicamente affermatosi e consolidatosi: «preordinato ad assicurare la giustiziabilità delle pretese a carattere individuale, perché differenziate e qualificate, e conseguentemente riferibili ad un soggetto individualizzato, leso *uti singulus* dal provvedimento illegittimo di cui si chiedeva la caducazione»[89].

Non ci si è limitati ad intervenire sul piano soggettivante, escogitando la figura dell''ente esponenziale' (con statutaria consonanza di scopo) in funzione della tutela degli interessi diffusi ('così 'collettivizzati' da quel 'centro organizzativo')[90]. Artificio, quest'ultimo: non solo commendevole, nell'ottica del principio di massimizzazione della tutela nel recepimento di istanze sociali della modernità, cui gli apparati pubblici faticavano a dar sollecita ed appagante risposta; ma altresì espressione di un'interpretazione-applicazione coerente con quanto previsto dall'ordinamento in punto di divieto di abuso del processo e ('a monte') in ossequio al principio del giusto processo con riguardo al profilo di 'economia'. Infatti, nella circostanza si è operato (almeno nelle intenzioni) entro i confini della 'differenziazione', ovviando ai limiti di una teorica dell'azione imperniata sull'(individualizzazione dell')'interesse legittimo'[91]: anche alla luce del principio costituzionale (art. 2) per cui il cittadino esercita i propri diritti inviolabili sia *uti singulus* sia nelle formazioni sociali[92]; comunque, in rigorosa applicazione analogica (anche con riguardo al profilo del pregiudizio) ogniqualvolta il riconoscimento della legittimazione ad agire sia stato esteso ad associazioni deputate a tutela d'interessi diffusi, pur non rientrando fra quelle per le quali tale legittimazione sia stata conferita da disposizioni espresse[93].

Laddove, nel caso dell'ulteriore declinazione di una differenziazione 'utile' in punto di tutela, rappresentata dallo 'sdoganamento' della '*vicinitas*'[94], è intervenuta una

---

[89] In tal senso, R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Digesto* https://onelegale.wolterskluwer.it/document, 1993 (con aggiorn. 2011 a cura di F. Pavoni), segn. par. 1.

[90] Preliminarmente la fattispecie va distinta da quella di interessi 'indifferenziati' per via di una disciplina ancora allo stato di regolamento interno alla categoria o classe dei potenziali destinatari (per cui può rinviarsi a Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2019, n. 6137). Cfr. pure: Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2020, n. 2585; Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2020, n. 2421; Trib. reg. Giust. amm. Trentino - Alto Adige, Bolzano, 21 febbraio 2020, n. 55. Ultimamente il concetto è ribadito (*a contrario*) da Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. I, 12 maggio 2021, n. 5687. In dottrina, valga di rinviare (*ex multis*) a: G. MANFREDI, *Interessi diffusi e collettivi* (Dir. amm.), in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014; G. ALPA, *Interessi diffusi*, in *Dig. disc. priv.*, X, Torino, 2002; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020, segn. p. 121 s.

[91] In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, in *Foro it.*, 1984, III, p. 425 ss., segn. p. 429.

[92] M. DELSIGNORE, *La legittimazione delle associazioni ambientali nel giudizio amministrativo: spunti per una comparazione con lo* standing *a tutela di* enviromental interests *nella* judicial review *statunitense*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 734 s.

[93] A. CASSATELLA, *Legittimazione a ricorrere e norme di garanzia*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 805 s.

[94] Come noto, tale operazione è stata perfezionata da Cons. Stato, ad. plen., 7 novembre 1977, n. 23, facendo leva sull'art. 31 della Legge Urbanistica che, peraltro, è stato abrogato dall'art. 136, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, senza che il medesimo Testo Unico sull'edilizia abbia riproposto analoga disposizione, così ponendo un serio problema in ordine alla qualificazione dell'interesse vantato dai ricorrenti in rapporto di prossimità territoriale, affrontato solo a partire da Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2021 assumendo a riferimento l'art. 872 cod. civ. in tema di

ISSN 2036-7821

'forzatura' dell'ordinamento quanto all'istanza concorrente sottesa alle relative soluzioni di 'economia processuale': sacrificando, sull'altare di un 'approccio empirico' all'accesso alla tutela, un inquinamento del discorso normativo inerente alle condizioni dell'azione, per via di diverse 'inversioni di metodo'.

Così, in progresso di tempo:

sul presupposto che l'accoglimento del ricorso (eppertanto, l'accertamento, della domanda dell'attore come fondata) dipende (a sua volta) dall'eventuale giudizio d'illegittimità dell'esercizio del potere; per cui la controversia può essere promossa da soggetti distinti dalle parti del rapporto sostanziale, che lamentino un pregiudizio ad interessi propri considerati meritevoli di tutela, ma la cui platea può essere molto estesa;

la '*vicinitas*' è stata annessa all'area della (sola) legittimazione all'azione in capo ai 'terzi'[95].

Salvo aggiungere che quella però consentirebbe, più o meno eccezionalmente (segn., in materia edilizia - specie in presenza di violazioni di distanze fra edifici, di altezze dei medesimi nonché, di abusi edilizi -, od avverso provvedimenti lesivi dal punto di vista ambientale), di surrogare l'interesse a ricorrere in quanto *in re ipsa* o in via (sia pur meramente) presuntiva[96].

Non limitandosi a ciò, con una manovra ulteriore, i Giudici di merito talvolta:

si sono spinti sino ad estendere la logica della spettanza, sottesa alla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo, in punto di accessibilità del terzo a quella costitutiva nei confronti di determinazioni amministrative involgenti interessi ('semplici') che

---

'Violazione delle norme di edilizia' (sul punto recentemente, G. PANATTONI, *La* vicinitas *è di per sé idonea a fondare la legittimazione al ricorso?*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 617 s., segn. pp. 626 s. e 635).

[95] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 15 settembre 2023, n. 1291; Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2022, n. 7704.

Nel senso che il criterio materiale della prossimità non dovrebbe essere sufficiente a conferire rilievo giuridico ad un interesse di mero fatto: G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 287 s.

[96] Trib. reg. Giust. amm. Trentino – Alto Adige, sez. un., 8 giugno 2021, n. 95; Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2021, n. 4387; Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 30 giugno 2020, n. 488; Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2021, n. 6458. Cfr. pure, con riguardo alla violazione delle disposizioni sulle altezze delle costruzioni, Trib. reg. Giust. amm., Trentino – Alto Adige, Bolzano, 6 marzo 2019, n. 60. Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2022, n. 4639. Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2023, n. 9694; Cons. Stato, sez. II, 15 giugno 2023, n. 5911; Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2023, n. 8327. Che la tesi della presunzione di interesse a ricorrere, in corrispondenza della vicinitas, sia un'eccezione rispetto alla regola trova conferma in: Cons. Stato, sez. VI, 27 luglio 2023, n. 7371; Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 18 luglio 2023, n. 4366; Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. un., 24 ottobre 2022, n. 1427; Trib. amm. reg. Valle d'Aosta, Aosta, sez. unica, 20 aprile 2022, n. 23. Trib. amm. reg. Lazio, Latina, sez. I, 17 gennaio 2022, n. 14. Ambiguamente si esprimono (non per caso con riguardo ad interessi vertenti in materia ambientale e di governo del territorio): Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2022, n. 7484; Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2021, n. 3247. Sulle implicazioni risarcitorie (dimostrazione del 'danno conseguenza' quale *in re ipsa* o da dimostrare in relazione al 'danno evento' rappresentato dalla lesione dell'interesse oppositivo) della considerazione della *vicinitas* come idonea a comprovare la sola legittimazione od anche l'interesse a ricorrere: PANATTONI, *La* vicinitas *è di per sé idonea a fondare la legittimazione al ricorso?* …, pp. 632-633.

ISSN 2036-7821

trascendono quello sotteso alla qualificazione, in ragione di un danno individuale, ulteriore (subito od incombente);
per concludere che la lesione(-danno), proprio nel caso di uno stabile collegamento fisico-spaziale (tra un determinato soggetto e il territorio o l'area su cui sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato), costituisca condizione non solo dell'interesse a ricorrere, ma persino (e presuntivamente) della legittimazione ad agire (di carattere generale, attinente alla "sostanza della situazione giuridica azionata nella sua relazione con il potere amministrativo").
Di tal fatta, però, finendo coll'intervenire sulla questione (che travalica quella dell'oggetto della lesione) relativa all'"oggetto" stesso della figura qualificatoria come dedotta in giudizio (della protezione dalla medesima accordata) e, quindi (in definitiva), alla concezione sostanzialistica in cui oramai essa univocamente si compendia[97].
Se non che, la questione non può essere né disattesa in sé, né affrontata superficialmente e pedissequamente: trattandosi di offrire un protocollo di 'selezione' degli interessi giuridicamente rilevanti, a partire dalla (pur generica) consapevolezza di una correlazione fra legittimazione ed interesse a ricorrere; benché sul pacifico presupposto per cui non spetta né all'Amministrazione pubblica né al Giudice di compiere ricognizioni od accertamenti in ordine ad eventuali pretese che potrebbero essere avanzate da soggetti estranei al rapporto[98].
Dunque, ci si trova al cospetto di un quadro, dei rapporti fra 'legittimazione' ed 'interesse' a ricorrere, sprovvisto di organicità (sistematica). Infatti, ne risente la omogenea risoluzione dei contenziosi instaurati in corrispondenza di vicende per le quali non è riscontrabile un assetto normativo tale da concludere a priori che alla '*vicinitas*' si associ un pregiudizio. Per giunta, la Giurisprudenza non è stata in grado di giustificare come quest'ultimo, nel caso di uno 'stabile collegamento', possa costituire condizione non solo dell'interesse a ricorrere, ma persino (e presuntivamente) della legittimazione ad agire: col rischio (stavolta) di 'sdoganare' (la tutela di) interessi emulativi, di mero fatto o addirittura *contra ius* (es., in ambito commerciale, perché volti nella sostanza a contrastare la libertà di concorrenza e di stabilimento). In questi termini, conserva la sua attualità il monito alla cautela verso una eccessiva esaltazione della importanza sostanziale e processuale degli interessi individuali eventualmente protetti e connessi con una norma di azione (*rectius*, con gli effetti tipici dei provvedimenti disposti sulla base di essa). A questa stregua, comincia a farsi strada l'idea che certa 'apertura', verso la considerazione del novero

[97] F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s., segn. pp. 775-776, 787 (con ampio corredo di riferimenti giurisprudenziali), 789-790.
[98] Trib. amm. reg. Toscana, Firenze, sez. III, 6 settembre 2021, n. 1159. Cfr. pure, *ex multis*, in ordine alla clausola relativa alla salvezza dei diritti dei terzi quando si tratti di titolo di assenso edilizio, Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 20 dicembre 2023, n. 3118.

ISSN 2036-7821

di ipotesi della legittimazione a ricorrere: di là dalla soglia 'canonica' (prequalificazione degli interessi facenti capo alle parti del rapporto sostanziale); vada rimessa ad un'opera di progressiva ponderazione, coinvolgendo i diversi fattori a disposizione dell'interprete.

A ciò s'aggiunga che, sempre per consolidata Giurisprudenza, «l'interesse ad agire postula che il pregiudizio arrecato dal provvedimento gravato sia effettivo, nel senso che dall'esecuzione dello stesso deve discendere in via immediata e personale un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, *ovvero potenziale, nel senso, però, che la lesione si verificherà in futuro con un elevato grado di certezza*» (secondo criteri di 'regolarità causale')[99].

Le due questioni sulle quali da ultimo si è focalizzata l'attenzione, traslate in un campo, quale quello ambientale, ove sono sottoposte a forte sollecitazione, assumono un particolare rilievo sintomatico dei rischi di 'forzatura' del sistema normativo (dell'integrità e dell'equilibrio delle sue *rationes*). Ciò, per altrettante ragioni, dal momento che l'ambiente è un 'bene della vita' (rispettivamente): dalla maggior 'diffusione' (spazio-temporale) rispetto ad altri pur affini (si sono portati gli esempi della qualità dell'insediamento abitativo o dell'ordinato sviluppo urbanistico della zona); inoltre, dal rilievo primario (sia pur 'di sponda' rispetto a quello alla salute dell'uomo) e dalla fragile integrità. Pertanto, quei connotati 'estremi' del bene, hanno indotto la Giurisprudenza amministrativa, quando si tratti di valutazioni ambientali, a 'sposare' apertamente una posizione 'emancipata' (quando non 'disinvolta') in tema di condizioni dell'azione.

Così, quanto alla prima questione, assecondando un moto evolutivo: condotto ancora empiricamente, come risulta da alcune versioni 'avanguardiste', ravvisanti (per l'appunto) nella 'differenziazione' un possibile surrogato della 'qualificazione'[100]; in attesa di un adeguato sostegno dogmatico (che è invece compito precipuo della dottrina). Infatti:

premesso che la natura unitaria delle valutazioni ambientali sottese ai relativi istituti e la necessità di preservare, anche in sede contenziosa, la funzione ai medesimi assegnata quali strumenti di razionalizzazione e semplificazione, comportano l'appartenenza alla giurisdizione amministrativa delle relative controversie, eccezion fatta per le ipotesi previste dalla Legge[101]; di là dalle ipotesi di legittimazione ad agire delle associazioni individuate, a livello ministeriale, tra quelle di protezione ambientale[102];

[99] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 15 settembre 2023, n. 1291; Trib. amm. reg. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 21 ottobre 2022, n. 819.

[100] È il caso di Cons. St., ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10; analogamente, VI, 21 maggio 2007, n. 2551, in *Foro amm. - C.d.S.-*, 2007, pp. 1573-1574.

[101] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 10 ottobre 2022, n. 1518.

[102] Trib. amm. reg. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 26 novembre 2007, n. 3365.

ISSN 2036-7821

quei giudici di merito ritengono sufficiente, onde suffragare la legittimazione e l'interesse ad agire (quest'ultimo in via presuntiva), la *vicinitas* 'allargata' (quantomeno da intendersi in termini di non stretta contiguità geografica), sia pur facendo leva sul 'bene primario della salute umana' di cui è declinazione la salvaguardia dei valori ambientali[103].

Circa la seconda questione: la condizione di *vicinitas* rispetto al sito prescelto per l'ubicazione di una struttura in grado di comportare un impatto ambientale, inquinante-degradante; unitamente alla considerazione dell'ambiente come bene di primario rilievo e dalla fragile integrità; ad avviso di certa Giurisprudenza

[103] «… con specifico riferimento alla materia ambientale, viene in rilievo, oltre ai beni fondamentali del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, garantiti dall'art. 9, comma 2, Cost., il bene primario della salute umana, garantito dall'art. 32 Cost. come "fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività", la cui soglia di tutela giurisdizionale, nella relativa declinazione di salvaguardia dei valori ambientali, deve intendersi anticipata al livello di oggettiva presunzione di lesione. Conseguentemente, ai fini della sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire risulta sufficiente la vicinitas, intesa come vicinanza dei soggetti che si ritengono lesi al sito prescelto per l'ubicazione di una struttura avente potenzialità inquinanti e/o degradanti, non potendo loro addossarsi il gravoso onere dell'effettiva prova del danno subito o subendo. Peraltro, la vicinitas in parola non può intendersi a guisa di stretta contiguità geografica col sito assunto come potenzialmente dannoso, giacché la portata delle possibili esternalità negative di una installazione avente impatto sull'ambiente non si limita, di certo, a investire i soli terreni confinanti, che, al più, sono destinati a sopportarne le conseguenze più gravi. Pretendere la dimostrazione di un sicuro pregiudizio all'ambiente o alla salute, ai fini della legittimazione e dell'interesse a ricorrere, costituirebbe in effetti … una "probatio" diabolica, tale da incidere sul diritto costituzionale di tutela in giudizio delle posizioni giuridiche soggettive, essendo sufficiente la "vicinitas"». Così Trib. amm. reg. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 18 agosto 2021, n. 756, sul presupposto che: «i cittadini che abitano in prossimità di un sito prescelto per allevamento avicolo sono legittimati ad impugnare il provvedimento autorizzativo unico regionale (comprensivo di VIA, AIA e permesso di costruire), ai sensi dell'art 27-bis, D.Lgs. n. 152 del 2006, relativo al "Progetto di demolizione e ricostruzione di fabbricati destinati all'allevamento avicolo", non potendosi negare quanto meno a livello potenziale effetti dannosi per la salute dei residenti e la stessa salubrità delle coltivazioni, estendendo lo stesso progetto approvato la verifica degli impatti delle emissioni fino a 500 metri dall'impianto e sino a 670 mt. per le case esistenti. Le statuizioni della Consulta recate dalla sentenza n. 132 del 2017 circa la necessità di separazione delle funzioni tecnico-scientifiche, di consulenza e di controllo con quelle di amministrazione attiva in tema di attribuzione delle funzioni agli enti strumentali regionali preposti al rilascio di autorizzazioni ambientali non sono applicabili alla normativa di cui alle leggi regionali intervenute in subjecta materia, trattandosi di competenze connotate da discrezionalità di tipo tecnico senza che vengono in rilievo funzioni tipicamente discrezionali spettanti agli organi politici».

In tale orientamento s'innesta la pronuncia secondo cui: «sussistono la legittimazione ad agire e l'interesse ad agire dell'ente comunale, ogni volta che l'AIA autorizzi la costruzione di impianti di trattamenti e recupero di rifiuti in capo a un Comune il cui territorio si trovi in prossimità dell'area sulla quale è prevista la realizzazione dell'impianto» (Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 febbraio 2014, n. 386).

Ciò vale anche per i comitati, dato che, «in base all'interpretazione giurisprudenziale più avanzata, all'impugnativa di un atto di rilascio di un'autorizzazione integrata ambientale per l'ampliamento e l'adeguamento di un impianto di termovalorizzazione di rifiuti è legittimato ad agire un comitato che persegua statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, abbia un adeguato grado di stabilità e rappresentatività e un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene che si assume leso, anche se non compreso nell'elenco delle associazioni a carattere nazionale individuate dal Ministero dell'Ambiente ai sensi dell'art. 13 della legge n. 349/1986, in quanto tale norma ha creato un criterio di legittimazione ulteriore rispetto a quelli in precedenza elaborati dalla giurisprudenza per l'azionabilità dei c.d. "interessi diffusi" in materia ambientale» (Trib. amm. reg. Emilia-Romagna, Bologna, sez. I, 26 novembre 2007, n. 3365).

ISSN 2036-7821

giustificano una speciale considerazione del pregiudizio (quantomeno 'potenziale') quale requisito dell'interesse ad agire. Infatti (come anticipato): non è richiesto che la lesione (quando non 'attuale') debba verificarsi con un 'elevato grado di certezza'; reputandosi che non possa addossarsi agli interessati il gravoso onere dell'effettiva prova del danno subito o subendo (cfr. nntt. 99 e 103).
In tale contesto, a fronte di un variegato panorama giurisprudenziale, pare di giovamento il seguente contributo metodologico, di estrazione dogmatica (concettual-sistematico) su base epistemologica: in quanto capace di conferire al problema una rigorosa impostazione sul piano strettamente interpretativo; ma anche con l'obiettivo di rivelare potenzialità di più ampio respiro quando ricorra un'azione discrezionale.

Parte seconda

3. *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità, con particolare riguardo all'esercizio discrezionale.*

Il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico: principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico') giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante della tutela eppertanto, processuale[104]. In quest'ottica, le accennate posizioni d'avanguardia assunte dalla Giurisprudenza in tema di condizioni dell'azione, onde essere 'giustificate', necessitano di un (pur succinto) discorso di aggiornamento dogmatico, cui sono destinate (innanzitutto) le seguenti connessioni (salva un'appendice riportata nel par. 5.).
Preliminarmente, si tratta di dichiarare il metodo prescelto: come imperniato su di una riqualificazione dell'ermeneutica secondo il "razionalismo critico". Quest'ultimo paradigma generale:
rivelati i limiti del metodo induttivo, ha predicato la consapevolezza delle

[104] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

ISSN 2036-7821

conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati" (logica "operazionale" dei costi/benefici);
per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[105].
Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali" (compresa quella giuridica)[106]. Segnatamente, entrando in tale ordine di idee:
meglio si apprezzano le potenzialità di una concezione "logica" del processo ermeneutico(-applicativo) di tipo "circolare", sul presupposto dell'indissociabilità dinamica del diritto e del fatto concreto, quale che sia la sede presso la quale viene traslato l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili); così risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[107];
al contempo, si avvalora il rilievo che assumono i "consolidamenti strutturali" mediante i quali trova legittimazione il potere;
infine (e conseguentemente), nel congedarsi da quelle annotazioni di stampo epistemologico, si apprezza quanto tutto ciò incida, in termini di effettività della funzione, in quelle sedi (procedimentale e processuale) nelle quali si può registrare una spiccata esaltazione dei caratteri dell'attività valutativo-discrezionale.
A quest'ultimo riguardo, valga solo di puntualizzare che tendenzialmente, gli studi di ermeneutica (giuridica) e sull'attività conoscitiva dell'Amministrazione pubblica (tenuto conto del progressivo "complessificarsi" dei compiti assegnatile) non disconoscono una "distinzione logica", tra i due momenti operazionali: sono infatti,

---

[105] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

[106] M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958.

[107] Evidentemente, ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale (per l'appunto) si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

ISSN 2036-7821

giudizi diversi, su tale piano reciprocamente escludentisi, quelli per cui un medesimo fenomeno possa venir tanto "valutato" - riferito ad un criterio di valore - quanto "qualificato" - assunto in una categoria -[108]. Segno della consapevolezza di evitare qualunque elusione della problematicità connaturata al processo di comprensione: sia al livello propriamente ermeneutico, sia al (correlato) livello di concezione del potere-attività (compreso quello discrezionale) e dei suoi limiti (libertà dell'azione amministrativa e tutela dei diritti dei cittadini)[109].

Nondimeno, il 'combinato disposto' di quanto testé osservato nonché, le dinamiche di un interesse pubblico dal rilievo sostanziale (all'insegna della concretezza), spingono a favore della riconducibilità ad un comune schema (non lineare - sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso -, bensì) circolare[110]; per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche a scanso di "precomprensioni" del giurista[111]) fra

---

[108] Così R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, p. 13. Cfr. pure: P. GASPARRI, *Considerazioni sulla discrezionalità amministrativa*, Cagliari, 1946, p. 79: F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, p. 540 s.

[109] Al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia l'emancipazione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia l'aver chiarito che l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

[110] Nel primo senso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*… (di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, 1045 s., segn. 1046 e 1053 s.); G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. da Cicu-Messineo), Milano, 1980. Respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 s., segn. p. 505. Resta il fatto che la norma non può artificiosamente dissociarsi dal contesto in cui trova applicazione (D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 s., segn. p. 106 s.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 293 s.

[111] Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo metodologico di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ri-trascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete (l'"esserci") già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima (all'uopo, può rinviarsi, rispettivamente: a M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché a F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -). Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo

ISSN 2036-7821

interpretazione ed applicazione[112]. D'altronde, che l'interpretazione delle disposizioni normative sia finalizzata alla loro applicazione ad una realtà delimitata e circoscritta, trova conferma nell'art. 12 delle "preleggi" al cod. civ. (rubricato "interpretazione della legge") ove così si esordisce: «*nell'applicare la legge…*»[113].

Ciò comincia a far breccia anche nel dato di esperienza che pertiene al Diritto amministrativo: a partire dalla verifica, della difformità (o meno) dall'ordinamento, dell'atto sottoposto a riesame. Permangono le consuete "istruzioni per l'uso", quale quella di prediligere (in presenza d'incertezze interpretative) gli indirizzi emergenti nella Giurisprudenza di legittimità al tempo della determinazione "di secondo grado" e (in difetto) senza escludere una rinnovata valutazione che può anche derivare da chiarimenti esegetici diffusi da circolare burocratica, proveniente dall'autorità sovraordinata e successiva all'adozione del provvedimento annullato[114].

Tuttavia, va altresì segnalata la raccomandazione secondo cui la condizione di conformità deve potersi apprezzare nel senso (circolare) che «le situazioni di fatto da considerare si configurino in modo tale da consentire di ricondurle entro i confini di una corretta applicazione delle norme giuridiche di cui si doveva applicazione»[115]. Pertanto, in linea di principio, non vi sono preclusioni a mutuare quel metodo anche quando si tratti di valutazioni (comprese quelle 'di secondo grado') operate, dalle pubbliche autorità, in campo edilizio-urbanistico e ambientale; salvo il superamento delle ulteriori remore derivanti dalla tradizione (col suo bagaglio di 'anticipazioni di senso'), quando si tratti di estendere il discorso al rapporto fra discrezionalità e sindacato giudiziale (per cui si rinvia, oltre che alle sezioni conclusive del par. pres., al par. 5.). Aspetto (quest'ultimo) di rilievo, ai fini del presente studio, nella misura in cui condiziona il discorso (di connotazione) dei presupposti di ammissibilità dell'azione (per cui si rinvia sempre al par. 5.).

"habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso».

[112] Nella dottrina giuridica italiana, T. ASCARELLI (*Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 140 s.). Cfr. pure G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, pp. 19 e 164, ove l'a. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, 1983).

[113] LEVI, *L'attività conoscitiva…*, p. 201 s. e p. 240 s.

[114] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III, 7 settembre 1985 n. 1455, in *Foro amm.*, 1985, I, p. 890.

[115] Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2004 n. 3719, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2004, p. 1675.

ISSN 2036-7821

Da qui il discorso metodologico necessita di essere completato avendo riguardo ai limiti di una moderna nozione di legalità amministrativa che si basi sul solo dato "volontaristico" (sia pur costituzionale) inerente all'interesse pubblico. All'uopo, può risultar utile di muovere (in continuità con le precedenti connessioni) dal seguente passo: «seppure nella prassi e nella dottrina si parli di potere discrezionale, in realtà l'ordinamento amministrativo non conosce "norme in bianco". L'Amministrazione agisce sempre in attuazione dei precetti e perciò non ha la capacità di porne di nuovi. La sfera discrezionale appartiene solo al momento interpretativo della norma, da cui estrae tutti i possibili contenuti precettivi e ciò in presenza di norme a carattere sintetico di cui l'Amministrazione svela (o discerne) la possibile estensione. Non diversamente da quanto avviene per l'analogia che pure appartiene (sebbene con diversa funzione) al campo dell'ermeneutica»[116].

A questa stregua:

se la strategia decisionale a base dell'azione amministrativa riflette la "multipolarità" della disciplina di riferimento;

se alla discrezionalità corrisponde il "rapporto" fra i portatori degli interessi (pubblici e privati), quale retto da uno "statuto" sensibile agli effetti concreti;

dal momento che quella sfera appartiene al momento interpretativo della norma, quest'ultimo, in corrispondenza del conferimento di un potere discrezionale, non potrà ridursi ad un'operazione previa ed autonoma rispetto al momento applicativo: come tale, improntata "a priori" al risalente dato valorativo-formalistico di un "medesimo interesse" originario-primario.

Di tal fatta, il giudizio valutativo e concreto non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogisma pratico), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[117], ma (quel che è peggio) un'aberrazione (in senso metafisico) del processo.

Pertanto, se si accetta l'insegnamento secondo cui la discrezionalità 'pura' (come giudizio pratico) discende da una comparazione e ponderazione quali-quantitativa

[116] F. BENVENUTI, *Disegno*…, pp. 195-196, segn. p. 201. Cfr. pure CIOFFI A., *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020.

[117] B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, 1923, segn. pp. 27-28; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1965. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, G. CASSANDRO, *Storia e diritto -un'indagine metodologica-*, in *Riv. st. dir. it.*, 1966, p. 5 s. Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 41.

ISSN 2036-7821

degli interessi (pubblici e privati) immanenti in un dato contesto sociale[118]; alla luce di quanto esposto sul piano metodologico, non per questo può aderirsi pedissequamente alla sintesi che di seguito prospetta l'identificazione dell'apprezzamento discrezionale (come attività intellettiva antecedente al momento di formulazione definitiva della volontà[119]) con una fissazione del rilievo dell'interesse essenziale (o primario) "in più o in meno" rispetto a quelli secondari[120]. Infatti, se, in un dato contesto storico, gli interessi concorrenti o contrastanti debbono considerarsi tali, sia che facciano capo a singoli od a gruppi, sia che risultino riferibili all'intera comunità (od appaiano obiettivi, entità incommensurabili); è intuitivo (e plausibile) che «fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione»[121].

Tale concezione presenta il pregio di adattarsi a qualunque contesto "strutturale" in cui s'inseriscono i "fatti" dai quali dipende il giudizio subiettivo. Dunque, proprio sul versante di un aggiornamento epistemologico all'insegna del "circolo ermeneutico", esteso (dal dilemma delle "anticipazioni di senso") ai meccanismi che sovrintendono alla comprensione-applicazione delle disposizioni normative, occorrerà sopperire ai limiti che ancora denuncia una parte almeno dei "formanti" del diritto amministrativo, anche in tema di giurisdizione (come di tipo 'oggettivo') emblematicamente rifacendosi ad una concezione: della legittimazione del potere, sbilanciata a favore del momento soggettivo; nonché, del vizio di 'eccesso di potere', secondo scansioni dettate da "situazioni sintomatiche". Laddove, in ambiti di disciplina improntati ad un criterio di tipo "consequenzialista", si perviene ad un esito di giustizia solo se risulta "corretto" il rapporto: fra criteri di legittimazione, a vantaggio di quello oggettivo; fra sindacati, la funzione di quello di 'legittimità' venendo assunta da quello di 'merito', inteso quale effettivo soddisfacimento dell'interesse – pubblico, concreto –[122].

L'utilità di una concezione della discrezionalità amministrativa su base teoretico-epistemologica pare (quantomeno) triplice.

Per un verso, supera certa inconcludente cristallizzazione del dibattito tradizionale improntata sull'antitesi con la categoria della vincolatività, poiché comune ed unificante risulta il meccanismo di funzionamento di tipo "circolare" (anzi, l'esercizio discrezionale finendo col risultare indissociabile dall'operazione

[118] M.S. GIANNINI, *Potere discrezionale*…, p. 74.
[119] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 72-73.
[120] M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, pp. 76-79.
[121] LEVI, *L'attività conoscitiva*…, p. 220 s., segn. pp. 226-227.
[122] LEVI, *op. ult. cit.*, p. 551 s. Per un confronto può rinviarsi ad alcune connessioni in G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVI, 1976, p. 130 s., segn. p. 139.

ISSN 2036-7821

interpretativa al cospetto di disposizioni riconducibili allo schema "consequenzialista"); sì da concludere che, a seconda dell'accezione annessa al termine "interpretazione", l'azione amministrativa è sempre vincolata o sempre discrezionale[123].

Per altro verso, quella concezione può assecondare (un modo d'intendere i termini di confine del riesercizio del potere, correlato ad) un sindacato giudiziale:

non più limitato (secondo una costante Giurisprudenza) entro i confini dell'esatta valutazione del fatto nonché, della coerenza dell'*iter* logico, avuto riguardo alla correttezza-attendibilità dei parametri procedurali adottati[124];

ma esteso (conformemente al principio di effettività della tutela) alla bontà dei risultati (conseguiti o da raggiungere), complici i maggiori poteri istruttori[125].

Rinviando al par. 5 gli estremi sviluppi di quest'ultimo discorso in punto di 'rivisitazione' delle condizioni dell'azione, e sempre nell'ottica dell'emanciparsi da un ulteriore ordine di pregiudizi; quanto testé esposto pare altresì utile onde smentire il mero "ripiego" verso una rediviva associazione dell'attributo discrezionale alla sola attività/azione (nel senso benvenutiano del termine[126]), non anche agli atti: onde "aprire" a favore di un controllo esteso al rapporto funzionalizzato (in questi termini, "di merito").

Infatti, a quest'ultimo proposito (secondo quanto ben rappresentato in letteratura), è solo un dato storico (non logico) che l'eccesso di potere nasca quale concetto dogmatico, nel presupposto dell'identificazione fra atto ed attività amministrativa sul piano patologico:

dal momento che, in un inquadramento, non di scienza del diritto amministrativo, ma di dottrina dello Stato (che pertanto non si occupa dei rapporti fra l'apparato ed i cittadini), l'unica ipotesi invalidante viene identificata con un'azione esercitata senza titolo eppertanto, in carenza di (conferimento normativo di) potere ("incompetenza di attribuzione");

con esclusione del diritto dei cittadini ad un legittimo esercizio del potere amministrativo, così neutralizzando le basi stesse su cui può reggersi la rilevanza

---

[123] Cfr. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503.

[124] Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2013, n. 3611, in *Foro amm.*, 2013, pp. 2136-2137.

[125] Cfr.: A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, col. 168; Id., *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della L. 241/1990 e processo amministrativo* (a cura di M. A. Sandulli -convegno svoltosi presso l'università Bocconi di Milano, su iniziativa della rivista *Foro amm.*, il 25 maggio 2005), suppl. a *Foro amm.*, n. 6/2005, p. 17; F.G. SCOCA, *Mezzi di prova*, in A Quaranta e V. Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al D.Lgs. 104/2010*, Milano, 2011, p. 537.

[126] F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, p. 177, ove, nel classificare l'attività in relazione agli scopi particolari che con essa si perseguono, si preferisce ricorrere all'espressione "azione amministrativa"; ID., *Appunti di diritto amministrativo – pt. gen. –*, Padova, 1955.

ISSN 2036-7821

giuridica della discrezionalità amministrativa[127].
Superata quella fase primordiale, la distinzione fra attività amministrativa ed atto assumerà rilievo per aspetti ulteriori, nella misura in cui la prima s'identificherà con la 'funzione'. A quel punto, il discorso rifluendo su quest'ultima[128]; cioè, sul "farsi" dell'azione amministrativa, con le relative implicazioni:
sul piano procedimentale, come risultante «dalla comparazione ponderata di tutti gli interessi coinvolti nell'esercizio del potere»[129], conducendo ad una corretta ed adeguata sistemazione degli interessi materiali coinvolti nel cosiddetto "problema amministrativo", appartengano essi a soggetti pubblici o privati[130];
altresì, sulla condizione del processo amministrativo quale esperienza concorrente del "farsi" dell'azione amministrativa eppertanto, dell'emersione delle situazioni soggettive, tutelate (e tutelande)[131].
Da ciò, scaturendo la 'conquista' di una soggezione dell'attività (comunque) a certo statuto costituzionale indipendentemente dalla natura (pubblicistica o privatistica) dell'atto[132]. Salvo osservare che non si è andati oltre la pur felice intuizione per cui,

[127] G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, (prima ed. Parma, 1814), Firenze, 1844, p. 11 s. Cfr. pure AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989, p. 95 s.

[128] Evidentemente, al riguardo, non può che rinviarsi all'elaborazione dottrinale a partire da F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, I, p. 29 s.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118. Cfr. pure PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*..., pp. 74 s., 80 s., 86; ID., *Invalidità* (dir. amm.) ..., p. 605.

[129] In questi termini si esprime D.U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, pp. 7-8 (salvo sviluppare, in corso d'opera, le criticità del tema). Cfr. pure: F. BENVENUTI, *Contraddittorio* (principio del), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 738; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1978, p. 6; ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economico-giuridici della facoltà di giurisprudenza di Cagliari 1978-1979*, Milano, 1980, p. 207; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, p. 779; U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 779; P. DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996.

[130] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* – dir. amm. –, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, pp. 966, 974-975.

[131] Valgano le connessioni a confronto riportate in:
M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*…, pp. 18-19 (cfr. pure: Cons. giust. amm. reg. Sic., n. 142/1993; F.G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, p. 668 s.) e F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2212 s., segn. p. 2215.

[132] Sull'intuizione del carattere unitario dell'attività, per cui l'Amministrazione, ogniqualvolta sia titolare di un potere di scelta, deve perseguire l'interesse pubblico(-generale), cioè usare il proprio potere per gli scopi indicati da tutti gli atti che possono realizzare l'obiettivo dello Stato democratico: sia consentito di rinviare alla ricostruzione operata in P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, segn. par. 3.9.2. Peraltro, la piena consapevolezza di trovarsi dinnanzi ad un fenomeno unitario si acquisterebbe solo nel momento in cui il regime dell'attività venga ricondotto (innanzitutto) ai principi di imparzialità e buon andamento: cioè, avuto riguardo alla sua tipicizzazione. In altri termini, il potere discrezionale, fatte salve alcune eccezioni, risulta sottoposto ad un regime giuridico diverso da quello proprio dei poteri dei privati, «in quanto tale [per le anzidette esigenze costituzionali] e non per l'oggetto ["pubblico"] cui si riferisce né per gli effetti giuridici particolari (imperatività o autoritatività) che può produrre» (D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 280, segn. p. 288 s.).

ISSN 2036-7821

siffattamente risoltasi la relativa elaborazione, l'eccesso di potere si è tradotto in una potente remora al cammino che resta da percorrere sul versante della tutela del 'bene della vita' cui anela il cittadino: non sarebbe utile a tal fine, perché «costituisce quasi sempre un mezzo indiretto per l'accertamento di vizi che … direttamente rientrerebbero comunque, o potrebbero giustificatamente rientrare, nell'ambito della legittimità come figure di violazione di legge»[133]. Laddove, di là da tali puntualizzazioni, risulterebbe ad ogni modo riduttivo concludere che ormai «il controllo della discrezionalità amministrativa più che basarsi sull'analisi degli elementi dell'atto si fonda sull'esame dell'attività»[134]. Infatti, tornando alla questione (centrale sul piano giuridico) degli effetti, a fronte di un potenziamento delle prerogative giudiziali di verifica del fatto "reale" (non quello risultante dagli atti):
poiché all'esercizio discrezionale corrisponderà, anziché il "contatto istantaneo" regolato con riguardo a conseguenze prevedibili (per l'appunto, secondo l'"orizzonte del passato"), il "rapporto" fra i portatori degli interessi (pubblici e privati) in giuoco, quale retto da uno "statuto" sensibile agli esiti concreti;
il "risultato", da criterio di valutazione di un'attività gestionale (in termini di efficacia, economicità ed efficienza) che presuppone (quantomeno) la "determinazione degli obiettivi"[135], potrà assurgere a parametro del sindacato del Giudice amministrativo (in termini di rispondenza all'interesse pubblico, concreto) e del correlato giudizio sulla legittimità (o meno) di un atto amministrativo (in senso formale) nel quale l'esito si compendia[136].

---

[133] F.G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, p. 1376 s., segn. p. 1381.
Salvo interrogarsi con riguardo alle ipotesi in cui il relativo sindacato si estenda alla verifica dell'osservanza, da parte dell'amministrazione, anche di parametri (*standard*) di accettabilità del processo decisionale. Cfr. SALA, *Potere amministrativo...*, p. 160, pp. 196, 202, segn. 220 s.

[134] AZZARITI, *Dalla discrezionalità…*, pp. 260-261.

[135] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* - Aggiorn., VI, Milano, 2002, 75 s., segn. p. 100, a proposito dell'introduzione di un parametro valutativo dell'attività amministrativa direttamente connesso ai risultati che con essa vengono conseguiti.

[136] Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., segn. p. 136. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 735 s., segn. pp. 757-759 s.
Sulla circostanza storica per cui solo con l'introduzione del principio dell'atto formale l'azione materiale ha fatto seguito all'emanazione di atti: man mano concorrendo a smarrire il senso reale del fenomeno e dando l'impressione che detta azione sia secondaria (meramente esecutiva) rispetto all'atto stesso: E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, pp. 275-277.
Sull'"interpretazione sostanzialista" del principio di legalità, per cui, in presenza di vizi del procedimento, si potrà ravvisare un'illegittimità solo nel caso in cui l'interesse pubblico non sia stato adeguatamente curato, cfr.: V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 s., segn. p. 618; V. CERULLI IRELLI, *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2002, p. 245 s.; F. LUCIANI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, p. 1248 s.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, 2002, p. 151.
Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (atti del

ISSN 2036-7821

Tale orientamento, peraltro, conosce significative avvisaglie in alcuni interventi normativi (artt. 20 e 20*bis*, L. n. 59/1997 ss.mm.ii. - in tema di semplificazione -, art. 1, L. n. 241/1990 - circa il dovere di non aggravare il procedimento amministrativo -, etc.) di apertura alla "cultura del risultato" con riferimento all'esito provvedimentale (di un procedimento)[137]; ad esso estendendo principi generali dell'ordinamento quali quelli di efficienza (economicità ed efficacia), sì da riempire di ulteriori contenuti l'idea di legalità amministrativa[138].

---

convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999), a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, p. 743; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrativa (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 s.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 63 s.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

Circa il progressivo ingresso dei criteri dell'efficienza e del risultato nel sindacato del Giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 385; RI. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2500.

Cfr. pure: A. ROMANO, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 635 s., segn. p. 695 s., laddove il solco è ancora quello tracciato da A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, p. 369 s., p. 370 s. (ove si ravvisa, nel principio di opportunità, «una misura dell'azione rispetto al suo risultato»; altresì rilevando «l'incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell'azione …dominata piuttosto dall'arte politica e dall'intuito, dall'avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»); M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939 (che attrae il risultato, se non sul piano della legittimità, in un ambito ad essa molto prossimo, individuando lo scopo giuridico di un atto esclusivamente nella "modificazione giuridica del mondo esteriore"); A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, II, p. 1117 s., segn. pp. 1123 e 1132; G. CORSO, *Validità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 91 s.; A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 s., segn. p. 250 s.; L. TORCHIA, *Procedimento e processo dopo la legge n. 241 del 1990: tendenze e problemi*, in *Mondo econ.*, suppl. al n. 9/1993, p. 38; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, p. 164 s.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 107 s., segn. p. 115; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, relazione in *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione* (convegno AIPDA, tenutosi in Roma il 22 marzo 2002), pubbl. in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, p. 127; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio (formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile)*, Torino, 2006, pp. 405-406.

[137] Sul tema: A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, I, p. 818; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* - Aggiorn., VI, Milano, 2002, p. 75 s., segn. p. 100 s.

[138] Secondo quanto preconizzato già in F. LEVI, *Legittimità* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 135 s., segn. p. 136. Cfr. pure F. BENVENUTI, *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. compl. Cass.*, 1950, p. 914. Circa il progressivo ingresso dei criteri dell'efficienza e del risultato sul sindacato del giudice amministrativo: P. CARNEVALE, *L'esame asettico delle pronunce giurisdizionali per il miglioramento produttivo e una maggiore efficienza della pubblica amministrazione*, in *T.A.R.*, 1999, II, p. 385; RI. CHIEPPA, *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2500. Sulla nuova accezione di legalità e la conseguente difficoltà a ricondurre il principio ad unità: L. IANNOTTA, *Principio di legalità ed amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti* (atti del convegno di Macerata, 21-22 maggio 1999), a cura di C. Pinelli, Milano, 2000, p. 37 s.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 93.

ISSN 2036-7821

Correlativamente, da quanto testé perorato pare trarre beneficio l'impostazione della questione dell'"eccesso di potere giurisdizionale", con specifico riguardo all'indebita invasione mediante esercizio di una *potestas decidendi* asseritamente riservata ad altri poteri 'sovrani' dello Stato (difetto assoluto), anziché ad altri Giudici (difetto relativo):
non limitandosi a traslarla, dal piano della separazione delle attribuzioni fra quei poteri, a quello del rispetto, da parte del Giudice di merito, dei limiti posti dall'ordinamento alla sua 'creatività', e così rendendola meno 'ingessata' (da istituto ad argomento giuridico) e rarefatta[139]; operazione che ha esaltato i propri esiti con particolare riguardo all'ipotesi di 'riserva' del Legislatore;
ma altresì, con precipuo riferimento all'ipotesi di 'riserva' dell'Amministrazione pubblica, emancipandola dagli angusti spazi tradizionalmente ritagliatile in termini di erronea applicazione giudiziale di falsi standard di controllo della discrezionalità amministrativa; dal momento che, fermo restando il riposizionamento processuale delle parti come paritario, l'interesse giuridico del quale s'invoca la tutela (dunque, la situazione giuridica dedotta in giudizio), a differenza di quanto accade in ambito privatistico, si determina, non solo per via d'interpretazione della norma, ma anche in 'combinato disposto' con quello pubblico 'primario'.
Prima di passare ai più suggestivi sviluppi del presente discorso sulla discrezionalità con riguardo al sindacato giudiziale e (in ultimo) alle condizioni dell'azione, alla luce di quanto esposto e per quel che maggiormente rileva nella presente indagine, sia consentito di dedicare le ultime annotazioni (in quanto anch'esse propedeutiche ai primi) alla contrapposizione legittimità-merito: come non determinante in ordine alla riconoscibilità (nei casi addotti) di un vizio di merito anziché di legittimità, una volta osservato come (in tutti quei casi) la disformità vada parametrata ai fini delle norme che, a loro volta, fanno pur sempre parte di queste ultime[140]. In altri termini, come da tempo autorevolmente osservato, «se si guardino le cose con più attenzione, si vedrà

[139] Per un recente inquadramento della questione: T. COCCHI, *L'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera legislativa. Ancora un'ipotesi meramente teorica?*, in *Foro amm.*, 2020, p. 169 s. (sia pur con riferimento all'eventualità che il Giudice amministrativo invada la sfera di attribuzione del Legislatore); E.N. FRAGALE, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 326 s., 356-357 e 359-360, 365-367. Quanto agli esatti 'termini di confine' di quella nozione, può rinviarsi a: Cass. civ., sez. un., Ord. 11 dicembre 2023, n. 34477; Id., Ord. 30 ottobre 2023, n. 30147; Id., Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497.

[140] E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento* (Dir. amm.), in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 484 s., segn. p. 490. Prova ne sia la conclusione "interlocutoria" di SANTI ROMANO, *Annullamento (Teoria dell') nel diritto amministrativo…*, pp. 474-475: «quando poi i motivi di convenienza che consigliano la revoca di un atto siano tali da far considerare quest'ultimo inopportuno, ma non invalido, neppure pel merito, e quando, invece, si profila quell'invalidità pel merito che ne autorizza l'annullamento, è indagine di ordine generale che qui non può neppure accennarsi.

…non ogni apprezzamento di merito può giustificare l'annullamento, ma deve trattarsi solo di vizi che, in considerazione delle finalità essenziali degli atti o degli enti…, si traducono in vere e proprie invalidità».

ISSN 2036-7821

che quello che si chiama vizio di opportunità è, in effetti, nulla più che un vizio che attiene al rapporto di proporzione che vi deve essere tra fattispecie astratta e fattispecie reale.
In sostanza, quando l'Amministrazione compie un errore di valutazione della fattispecie reale, il suo risultato è che l'atto non raggiunge quei ritorni che dovrebbe dare secondo la previsione della fattispecie astratta e cioè secondo le ragioni per cui all'Amministrazione è dato di esercitare quel potere.
Si comprende, allora, come, in realtà, il vizio di merito non costituisca se non una categoria di vizi di violazione di legge che è sottratta al generale sindacato da parte del cittadino (ma non anche da parte dell'Amministrazione che per vizi di opportunità può sempre revocare i propri provvedimenti). E allora, se si guardi ancora più a fondo al problema, si vedrà che oggi il cosiddetto vizio di merito, altro non è se non la violazione di quei principi di economicità e di efficienza che ormai costituiscono … principi costituzionali dell'agire amministrativo.
Ogni qualvolta un atto sia ritenuto inopportuno, sicuramente lo è perché contrasta con i principi di economicità o con i principi di efficienza, i quali, essendo principi giuridici dell'ordinamento, non possono se non comportare che la loro violazione costituisca un vizio di legittimità. E a conferma si può sottolineare che i principi di economicità ed efficienza sono positivizzati nella L. 241/1990 come criteri dell'azione amministrativa.
In altre parole, i vizi di merito sono una categoria specifica di vizi di legittimità i quali, però, nell'ordinamento vigente, sono sottratti al sindacato del giudice amministrativo e ai relativi ricorsi, salvo per casi specificamente indicati.
In effetti, la pratica ha contrabbandato, fino ad oggi, i vizi di merito come vizi di eccesso di potere, ritenendosi che un prodotto inopportuno comporti vizio della causa e perciò eccesso per sviamento di potere o sotto la etichetta sintomatica della manifesta ingiustizia.
Il sotterfugio della prassi ha allora consentito un sindacato anche sui vizi di merito ma la giurisprudenza è sempre stata molto attenta a non permettere sconfinamenti che, in effetti, la legislazione sulla giurisdizione amministrativa e, quindi, sulla sindacabilità degli atti amministrativi voleva escludere [almeno, in un contesto cultural-ordinamentale d'origine, profondamente diverso da quello corrente, tenuto conto che la previsione casistica di cui all'art. 27, T.U. Cons. Stato – R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 – si struttura sulla base della disciplina contenuta nella L. 31 marzo 1889 n. 5992, istitutiva della IV sezione del Consiglio di Stato cioè, di un giudice ritenuto ancora come parte integrante dell'Amministrazione[141]].

[141] Sulle origini storiche della casistica corrispondente alla giurisdizione "estesa" al merito che, a ben vedere, concerne in larga misura diritti soggettivi (essenzialmente fatto salvo l'istituto del giudizio di ottemperanza), può rinviarsi a A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve…*, p. 396 s.
Cfr. pure P.G. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito…*, p. 175.

ISSN 2036-7821

Oggi, peraltro, e cioè nel momento in cui vi è una grande estensione della garanzia individuale che viene considerata non solo come una difesa passiva di diritti di libertà ma anche come una libertà attiva, di partecipazione degli interessati all'agire amministrativo vi è da chiedersi se la violazione dei principi di efficienza e di economicità in un atto amministrativo, non debba poter essere sindacata con la stessa ampiezza con cui è consentito il sindacato dei vizi di legittimità tradizionali quando ciò comporti violazione diretta, personale e attuale di un interesse del cittadino.
Contro di che, d'altronde, non potrebbe opporsi il fatto che nella giurisdizione di merito al giudice è consentito di emanare sentenze di revoca, anziché di annullamento, perché in questi casi non può valere il "nomen juris", una volta che si constati che i contenuti delle sentenze nei due casi di legittimità e di merito producono gli stessi effetti sostanziali»[142].

Parte terza

4.1. ***Implicazioni in punto di condizioni dell'azione: superamento di una preconcetta visione 'separatista' fra qualificazione e tutela …***

Tornando all'indirizzo giurisprudenziale che, in materia edilizio-urbanistica ed ambientale, ritiene sufficiente, quale criterio della legittimazione e dell'interesse ad agire, la *vicinitas* 'allargata', il contributo metodologico nanti delineato può conferire rigorosa giustificazione al primo sol che si abbia riguardo al seguente ordine di connessioni.
Innanzitutto: poiché ogni sistema di giustizia amministrativa si trova in una posizione 'biunivoca' con il modello di amministrazione che effettualmente opera in un determinato momento storico (e la cui attività quella è chiamata a sindacare)[143]; la legittimazione e l'interesse a ricorrere sono il 'portato processuale' delle situazioni giuridiche soggettive, «le cui caratteristiche e il cui specifico contenuto dipendono da come l'esercizio del potere viene ad essere modellato dalle norme attributive del potere medesimo»[144]. Peraltro, sotto tale versante, valga di riprendere precedenti connessioni. Così: mentre nel processo civile la teorizzazione sulle condizioni dell'azione si fonda su dati ormai acquisiti dall'esperienza giuridica ed in larga misura verificabili alla luce del dato 'positivo'[145]; nel processo amministrativo, l'omologa speculazione ha risentito delle (in parte perduranti) incertezze sulla figura dell'interesse legittimo e (corrispondentemente) sull'oggetto del giudizio e sulla

[142] F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione Italiana (linee positive e prospettive)*, Padova, 1996, pp. 207-209. L'a. puntualizza tali osservazioni *ivi*, a p. 445.
[143] R. FERRARA, *Interessi collettivi e diffusi* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Digesto* https://onelegale.wolterskluwer.it/document, 1993 (con aggiorn. 2011 a cura di F. Pavoni), segn. par. 1.
[144] Con riguardo all'interesse legittimo, Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 5 marzo 2020, n. 232.
[145] G. COSTANTINO, *Legittimazione ad agire*, in *Enc. giur. Treccani*, 1990, p. 2 s.

ISSN 2036-7821

natura e funzione della giurisdizione amministrativa, contribuendo non poco a conservare un modello di tutela non del tutto conforme ai canoni del 'processo di parti'[146]. Principali 'precipitati' di tali sofferenze sono rappresentati:
per lungo tempo, da certo risolversi dell'interesse legittimo in termini di legittimazione processuale (con correlata 'ipoprotezione'), oggetto del giudizio essendo la valutazione sulla legittimità (o meno) del provvedimento impugnato (controllo di tipo 'oggettivo' sul pubblico potere);
più recentemente, dal descritto problema di 'dequotazione' dei requisiti della qualificazione e della differenziazione[147], che (se non adeguatamente controllato) si presenta come un riflesso di quella condizione di 'iperprotezione' dell'interesse legittimo riconducibile ad una garanzia di tutela rimessa alla 'pubblicità' dell'azione ed alla sua funzionalizzazione ad un interesse pubblico astratto, pur in carenza di titolarità di una pretesa individuale legittimata formalmente[148].
In quest'ottica, può così cominciare coll'osservarsi che:
pur aderendo ad un modello di tutela squisitamente soggettivo, in corrispondenza del quale la legittimazione maggiormente aderisce al dato sostanziale, per cui oggetto del giudizio diviene l'interesse legittimo[149];
resta comunque che quest'ultimo non può prescindere dal momento pubblicistico, al punto da esigere una relativizzazione dei due modelli di giurisdizione (oggettiva e soggettiva), come peraltro riscontrabile su base comparativa[150].
D'altronde, persino nell'ambito processuale civile si riscontrano tendenze oggettivanti[151]. Si pensi alla legittimazione delle associazioni dei consumatori a proporre azioni inibitorie (ai sensi dell'art. 140 del Codice del consumo) che taluni reputano poste a tutela di beni insuscettibili di appropriazione individuale eppertanto, volte a colmare una lacuna di garanzia in un sistema rigidamente soggettivo[152].

---

[146] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2017, p. 194.
[147] F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1009 s.
[148] Sul punto C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 415.
[149] L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al* facere, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 617 s.
[150] Nell'esperienza europea, la contrapposizione tra giurisdizioni ('oggettiva' e 'soggettiva') si è soliti ricondurla ai due modelli del ricorso per eccesso di potere francese (calibrato su un sindacato di tipo oggettivo), e del sistema processuale tedesco (in cui si tutelano soltanto posizioni soggettive individuali). Nondimeno, è dato di riscontrare figure 'ibride', accentuate dall'influenza del diritto europeo (per cui può rinviarsi a: B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 74 s.; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale - italiana, sotto l'influenza comunitaria* -, in M.P. Chiti e G. Greco -diretto da- *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte generale, II, Milano, 2007, p. 1062 s.).
[151] F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano, 1989, p. 100 s.
[152] R. CAPONI, *Azioni collettive, interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1215 s.; O. TROIANO, *Classe e interesse collettivo: prime riflessioni*, in *Anal. giur. econ.*, 2008, p. 64 s.; S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva?*, in *Anal. giurd. econ.*, 2008, p. 125 s.; A. GIUSSANI,

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, nel tentativo di ristabilire una condizione di controllo del menzionato problema di 'dequotazione':
assumendo che l'interesse legittimo scaturisca da disposizioni improntate allo schema consequenzialista (orientato al futuro, intrinsecamente sensibile agli effetti concreti) e corrisponda ad un esercizio discrezionale;
assumendo altresì che quella connotazione dell'interesse legittimo si ponga in funzione dell'individuazione del giudice più adeguato; mentre, sul piano della tutela, a partire dal dato costituzionale, quel che rileva, come 'chiave di lettura' anche sul piano degli istituti processuali, è l'obiettivo di massimizzazione (corrispondentemente ad un più generale ridimensionamento delle differenze fra tipi di situazioni giuridiche soggettive[153]);
tale obiettivo va perseguito in modo consono al complessificarsi del 'rapporto amministrativo' propriamente inteso (tra il cittadino e l'ente che si presenta come pubblica autorità) rispetto a quando la relazione si atteggia all'insegna del diritto soggettivo. Infatti: in quest'ultimo caso, la connotazione è resa "quasi scontata" dallo schema (ipotetico-casuistico) 'norma-fatto'; mentre, nel primo la qualificazione (intesa come riferibilità dell'interesse ad una disposizione) soggiace allo schema 'norma-potere-fatto' dunque, ad una valutazione *in fieri* che (a sua volta) interagisce con l'idea di pregiudizio[154].
Se si conviene su tale base teoretico-dogmatica di massima, si dà così la stura al superamento di anacronistici quanto impropri 'steccati' fra qualificazione e tutela; restituendo la "lettura" della posizione giurisprudenziale (iperprotettiva-)'avanguardista' alla visione disincantata di una percezione, delle situazioni giuridiche soggettive che sono espressione della prima, per l'appunto più orientata da un obiettivo di massimizzazione della seconda (alla luce del principio costituzionale di pienezza nonché, di quello di effettività).
Ciò:
a partire da certa complementarità fra legittimazione e interesse a ricorrere, quale assecondata (scongiurando il rischio di confusione) dal modello del 'circolo

---

Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2011, p. 378. Cfr. pure: M. CLARICH, *I poteri di impugnativa dell'Agcm ai sensi del nuovo art. 21 bis della l. n. 287/1990*, in *http://justice.luiss.it/files/2013/10/Clarich-I-poteri-di-impugnativa-dellagcm-ai-sensi-del-nuovo-art.-21-bisdella-l.-n. 287-1990.pdf*; F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis L. n. 2897/1990)*, in *www.giustamm.it*; M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis L. n. 287/1990*, in *federalismi.it*.

[153] B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, p. 199.

[154] Al netto di quelle considerazioni teoretico-dogmatiche, così R. FERRARA, *Interesse e legittimazione al ricorso* (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Digesto* https://onelegale.wolterskluwer.it/document, 1993 (con aggiorn. 2011 a cura di E. Grillo), segn. par. 1.

ISSN 2036-7821

ermeneutico' (cfr. par. 3.)[155];
passando attraverso un riavvicinamento fra interesse 'legittimo' ed interesse 'pubblico(-concreto)', in corrispondenza della "valutazione" discrezionale condotta sempre sul modello del 'circolo ermeneutico' (cfr. par. 3.); tale da svolgere una legittimazione sostanziale di quella situazione giuridica soggettiva, pertanto non necessariamente legata al monopolio della Legge in punto di 'qualificazioni';
passando altresì attraverso una virtuosa interazione fra il requisito della *vicinitas* e lo specifico interesse fatto valere, sì da entrambi definirli progressivamente tenuto conto anche dell'interesse pubblico primario[156];
passando infine attraverso la (correlata) condizione del processo amministrativo, quale esperienza concorrente (in quanto sede d'incontro tra fatto e diritto) del "farsi" dell'azione amministrativa eppertanto, dell'emersione delle situazioni soggettive, tutelate[157].
D'altronde, una quadruplice conferma proviene dalla stessa Giurisprudenza 'generalista'.
Innanzitutto, laddove si pone in rilievo che le fondamentali condizioni dell'azione vanno valutate, in astratto, 'con riferimento alla *causa petendi*' (eppertanto, al problema giuridico così sollevato)[158].
In secondo luogo, laddove si riconosce l'inscindibilità, nel processo decisionale del Giudice, fra valutazioni, astratta e concreta (effettiva), circa il sussistere delle condizioni dell'azione; con corrispondente ridimensionamento del rilievo della prospettazione della parte nell''economia' del giudizio: non determinante, così dimostrando un tendenziale *favor* verso l'istanza di tutela[159].
In terzo luogo, laddove ci si attesta su di una posizione intransigente nell'esigere dal ricorrente, oltre che il proposito di conseguire un'utilità (o posizione di vantaggio) che attiene ad uno specifico bene della vita, la titolarità di una 'posizione personale differenziata'. Quel 'formante', infatti:

---

[155] Sul punto: L.R. PERFETTI, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il problema delle pretese partecipative*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 696 s.; B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, p. 74 s.

[156] In tal senso, spunti provengono da Cons. Stato, sez. II, 24 dicembre 2020, n. 8327.

[157] Secondo le osservazioni di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, pp. 18-19, dalle quali discende il "problema dei problemi" della giustizia amministrativa: «com'è possibile, fin dove è possibile, la processualizzazione di questi mezzi di tutela, l'affinamento di essi allo scopo di farne degli efficienti strumenti di garanzia delle situazioni giuridiche degli amministrati?»). Cfr. pure F.G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, 668 s. Nel senso delle condizioni dell'azione come "controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, volto a impedire che l'esercizio dell'azione divenga strumento per tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o contra ius": Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 9 gennaio 2023, n. 7; Trib. amm. reg. Marche, Ancona, sez. I, 16 gennaio 2020, n. 40.

[158] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 5 marzo 2020, n. 232.

[159] Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2021, n. 6124.

ISSN 2036-7821

dimostra costantemente una non comune acribia nel descrivere i requisiti dell'interesse a ricorrere;
mentre, con riguardo alla 'posizione personale differenziata', si limita a riferirla ad un 'presupposto piano sostanziale' non meglio definito per estrazione; essendo sufficiente che quella posizione ponga il ricorrente medesimo «in relazione diretta con l'atto che intende contestare, tale da collocarlo in una situazione differente dall'aspirazione alla mera ed astratta legittimità dell'azione amministrativa genericamente riferibile a tutti i consociato»[160].
Il punto merita di sostarvi con maggior dettaglio (onde 'esaltare' la precedente osservazione), sempre attingendo al dato giurisprudenziale. Si legge così che, «in base ai principi generali in materia di condizioni dell'azione, desumibili dall'art. 24, comma 1, Cost. (ai sensi del quale tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi) e dall'art. 100 c.p.c. (ai sensi del quale per proporre una domanda o contraddire alla stessa è necessario avervi un interesse), l'interesse processuale presuppone, nella prospettazione della parte istante, una lesione concreta ed attuale dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio e l'idoneità del provvedimento richiesto al giudice a tutelare e soddisfare il medesimo interesse sostanziale. In mancanza dell'uno o dell'altro requisito, l'azione è inammissibile ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a. L'interesse all'azione deve essere: a) personale, ossia attenere al ricorrente; b) concreto o diretto, nel senso che la lesione deve provenire direttamente dal provvedimento impugnato o dal comportamento su cui verte il giudizio; c) attuale, a tal fine occorrendo che la lesione dello stesso: c1) sia già avvenuta; c2) non necessiti dell'adozione di provvedimenti successivi; c3) non sia dipendente da eventi futuri ed incerti; c4) sia suscettibile di essere riparata dalla sentenza; c5) sussista anche solo al momento della decisione»[161].
Dunque, se ne inferisce che quel che rileva è l''interesse sostanziale dedotto in giudizio' onde conseguire un'utilità dal Giudice; ma non esistono preclusioni (verrebbe da dire pregiudizi o, tecnicamente, 'precomprensioni') in ordine al modo attraverso il quale la corrispondente situazione giuridica soggettiva prenda forma e si affermi: quantomeno, in presenza di disposizioni normative rispondenti ad uno schema consequenzialista, sì da implicare una formazione dell'interesse pubblico in simbiosi con la molteplicità delle istanze che provengono dal contesto di esperienza. Relazione, quest'ultima, che, in virtù di un moto 'circolare' tra fatto e diritto, governato secondo una logica 'operazionale', consente di selezionare giustificatamente gli interessi ulteriori (rispetto a quello pubblico 'primario') alla stregua di un criterio di meritevolezza nel concorrere alla determinazione dell'interesse pubblico 'concreto'; sì da condurli alla ribalta della giuridicità. In

[160] Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2020, n. 7155.
[161] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 29 aprile 2020, nn. 850 e 851.

ISSN 2036-7821

quest'ottica pare relegabile, (al più) alle sole fattispecie regolate da disposizioni normative rispondenti ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza delle quali il rapporto di forza fra interesse pubblico ed ulteriori è - non *in fieri*, elastico, ma - preventivamente determinato dalla Legge), la tesi interpretativo-applicativa (per moto non circolare, ma 'lineare') secondo cui «la verifica della legittimazione ad agire assume natura pregiudiziale, tenuto conto che, prima di accertare se la parte ricorrente possa trarre un'utilità pratica da un'eventuale sentenza di accoglimento dell'impugnazione e, quindi, possa ritenersi interessata al ricorso, occorre accertare se la stessa sia titolare di una situazione giuridica soggettiva attiva idonea a legittimare l'azione in giudizio»[162].

Una quarta conferma proviene infine dall'orientamento (pur legato ad una superata idea di interesse pubblico 'primario') per cui, «laddove la norma attributiva del potere bilanci i possibili interessi in gioco in modo da individuare uno o più interessi principali o direttamente tutelati, contemplando solo indirettamente, per contro, interessi, che sono coinvolti dall'esercizio del potere medesimo nella misura in cui dipendono dalla soddisfazione dei primi, in capo ai titolari di questi ultimi viene a determinarsi una situazione giuridica soggettiva di mero fatto o aspettativa, che, in caso di esercizio di potere illegittimo lesivo, non giustifica l'impugnazione del provvedimento amministrativo, ma, al più, l'intervento in giudizio *ad adiuvandum*»[163].

Ciò:

di là dalla duplice incongruenza insita nel prefigurare una siffatta 'norma attributiva del potere' (dal momento che lo schema ipotetico-casuistico, come anticipato nel par. 3, non lascia spazio al potere – discrezionale – dell'amministrazione pubblica) nonché, nella locuzione 'situazione giuridica soggettiva di mero fatto');

facendo leva sull'*argumentum a contrario*, al cospetto di una disposizione normativa di stampo consequenzialista, implica che, in presenza di interessi parimenti coinvolti dall'esercizio del potere, ma non dipendenti dalla soddisfazione di quelli 'principali' (direttamente tutelati), dei primi non possa escludersi una considerazione di autonoma rilevanza giuridica (quanto dovrà appurarsi secondo i canoni di una logica circolare ed operazionale alla base della formulazione dell'interesse pubblico 'concreto'); sì da riconoscere, in capo ai rispettivi titolari, le condizioni per agire in giudizio.

Correlativamente, ad una situazione del 'vicino', non meno 'legittima' (in chiave d'interesse pubblico-concreto) rispetto a quelle positivamente 'qualificate', dovrebbe corrispondere pari dignità di accesso all'azione, secondo condizioni modulate da quel rapporto 'virtuoso' fra legittimazione ed interesse a ricorrere che le configura (non solo come presupposti dell'ammissibilità del ricorso, ma) anche come 'stanze di

[162] Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 2020, n. 5990.

[163] Così Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 5 marzo 2020, n. 232.

ISSN 2036-7821

compensazione'. Per cui, a fronte della regola generale che esige la concomitanza delle due condizioni dell'azione (come distinte ed autonome), la '*vicinitas*' (di là dall'essere ascritta alla categoria della legittimazione ad agire[164]):
può (quantomeno) far presumere il pregiudizio e, con esso, l'interesse a ricorrere, in corrispondenza di ambiti spaziali, per quanto estesi, circoscrivibili (es., in campo edilizio-urbanistico), laddove il rischio (per la qualità urbanistico-paesaggistico-ambientale dell'area o per il suo valore commerciale) si presenti *ictu oculi* ovvero sulla scorta di affidabili basi statistiche ('regolarità causale') tratte dall'esperienza[165]; salvi i casi in cui (come anticipato) l'interesse a ricorrere sia addirittura *in re ipsa*;
può legittimare, in ragione di una lesione (individuale) ulteriore (certa o presunta) ed in chiave di formazione dell'interesse pubblico 'concreto', la 'qualificazione' di interessi (a specifici beni della vita) che trascendono in senso non 'adesivo' rispetto a quelli principalmente coinvolti dal provvedimento impugnato in quanto sottesi alla qualificazione *ex lege*;
infine, può costituire valido surrogato di entrambe le condizioni dell'azione, quando venga coinvolto (dal rischio di pregiudizio) uno spazio non definibile a priori, come nel caso di contenziosi che attengano ad interessi ambientali ed a valutazioni (del tipo della 'Valutazione Ambientale Strategica', della 'Valutazione d'Impatto Ambientale' e dell''Autorizzazione Integrata Ambientale') che li riguardano.
Una favorevole sponda pare prestata dalla Giurisprudenza che reputa inammissibile, per carenza d'interesse, il ricorso promosso dal proprietario di un immobile confinante con quello per il quale il Comune ha rilasciato dei permessi per interventi edilizi: "senza fornire indicazione alcuna in merito all'interesse giuridicamente rilevante a tutela del quale" ci sì è così attivati. Gli è infatti che:
sul presupposto fattuale, di uno stabile collegamento fisico-spaziale tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sui quali sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato; cui un orientamento tralaticio ha annesso rilievo giuridico sul piano della legittimazione a ricorrere, laddove la '*vicinitas*' si limita ad esprimere (in genere) un 'durevole rapporto' fra soggetto legittimato a ricorrere e situazione sulla quale verte il ricorso (in difetto del quale collegamento ci si troverebbe al cospetto di un'azione popolare)[166];
implicitamente si riconosce l'indissolubile legame fra qualificazione e tutela; fermo restando il limite di un discorso non condotto in tutta la sua compiutezza.

---

[164] Sul punto può rinviarsi a B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2020, segn. p. 95 s.

[165] In tal senso, Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. II, 22 gennaio 2020, n. 64. Cfr. pure Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 18 marzo 2019, n. 574.

[166] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 10 luglio 2020, n. 1381. Che la sussistenza del requisito della 'mera vicinitas' non costituisca elemento sufficiente a comprovare la legittimazione a ricorrere e l'interesse al ricorso, è sostenuto già da Cons. Stato, sez. IV, 7 febbraio 2020, n. 962.

ISSN 2036-7821

Tale conclusione meglio si apprezza nel momento in cui ci si emancipi dalla consueta identificazione della '*vicinitas*' con una 'prossimità' fisico-spaziale, per associarla (in senso lato) alla stabilità del rapporto, sì da traslarne le implicazioni in ambiti di materia ulteriori (rispetto a quelli edilizio-urbanistico ed ambientale), con particolare riguardo al settore commerciale. Laddove, a fronte della corrispondente condizione ('traslato') di 'stesso bacino d'utenza', che lega il ricorrente all'operatività del controinteressato, si rischierebbe di veder compromessa, per inammissibilità dell'azione, la tutelabilità (effettiva) del primo: se non si accordasse, a fronte della lamentata illegittimità di un'autorizzazione commerciale, una sua possibile correlazione (a livello presuntivo) con il pregiudizio economico; esigendo invece (come *condicio sine qua non*) l'immediata allegazione in giudizio di un "oggettivo e apprezzabile calo del volume d'affari"[167].

A tal punto, potrebbe obiettarsi che sia l'assegnazione alla '*vicinitas*' di un effetto di 'qualificazione in surroga' d'interessi, sia l'associarvi una condizione anche di pregiudizio, pur in termini di eventualità, si presterebbero a due ordini di operazioni arbitrarie: quanto alla "naturale rigidità" della sequenza d'esame 'rito-merito'; nonché (a monte), del tipo di quelle riconducibili alla dottrina del 'diritto vivente'.

Se non che, rinviando al discorso (sulla questione) seguente più puntuali e rigorose connessioni in replica a quella dottrina (onde evitare un appesantimento del presente), preliminarmente pare tranciante il duplice argomento correlato per cui:

nel confronto fra i principi di tutela giurisdizionale e di divieto di abuso (nel senso di 'diseconomie') del processo, il dato costituzionale sancisce la tendenziale prevalenza del primo (in termini di gerarchizzazione); in funzione del quale, dunque, il secondo deve essere 'trattato';

la stessa Giurisprudenza, pur prendendo atto che il principio di economia dei mezzi processuali (in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa "giustizia"), come trasfuso nel dato 'positivo'[168], implica il dovere di osservare linearmente l'ordine 'logico' di trattazione delle questioni processuali, di rito (dapprima) e di merito (susseguentemente); riconosce però che, a seconda delle circostanze, quella stessa clausola generale può assecondare una decisione vertente sull'uno o l'altro dei due profili[169].

Ebbene: poiché quell'ordine logico va ulteriormente puntualizzato nel senso che, fra le questioni di rito, deve essere accordata priorità dell'accertamento alla ricorrenza dei 'presupposti processuali' in senso stretto (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, *ius postulandi*, ricevibilità, contraddittorio, estinzione) rispetto alle 'condizioni dell'azione'[170]; se ne inferisce che queste ultime, in quanto più

[167] Così parrebbe pretendere Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2019, n. 4441.
[168] Ci si riferisce al 'combinato disposto' dell'art. 76, comma 4, c.p.a. ed art. 276, comma 2, c.p.c.
[169] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. II stralcio, 21 dicembre 2023, n. 19387.
[170] Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298.

ISSN 2036-7821

prossime alle questioni di merito, vi sono maggiormente avvinte e come tali vanno considerate. Fermo restando, peraltro, che la connessione tra i due profili riguarda anche i 'presupposti processuali' in senso stretto, dal momento che (esemplificativamente) «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della *natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata*»[171].

Ciò premesso, qualora residuassero dubbi, sulla fondatezza di tale prospettazione, ancora una volta soccorre il contributo dogmatico su base epistemologica. Infatti: muovendo (provocatoriamente) dalla tesi (analitica estrema) per cui, fra le condizioni (di ammissibilità) dell'azione da verificare preliminarmente alle valutazioni inerenti al merito della controversia, rientrano tanto la titolarità astrattamente configurabile (per come affermata dal ricorrente) di una situazione soggettiva 'qualificante', quanto (a monte) quest'ultima (cioè, il titolo) nonché, l'interesse al ricorso (anch'esso per come prospettato); ci s'avvede che talvolta riesce difficoltoso di rappresentare e verificare la sussistenza di quelle stesse condizioni (*a fortiori*, delle sub-condizioni) indipendentemente dal merito della controversia. Quanto dipende dal moto 'circolare' intrinseco al rapporto di 'dinamica indissociabilità' tra diritto e fatto (già rilevato nel par. 3, in nt. 107) eppertanto, alla sua comprensione (da parte sia del ricorrente che dell'autorità giudicante).

Risolto, in questi termini 'di massima', il problema di (come) associare alla '*vicinitas*' (al profilo di legittimazione in genere) una condizione di pregiudizio (dunque, d'interesse a ricorrere) e, viceversa, a quest'ultima una virtuale 'qualificazione'; resta da spiegare come tale ipotesi assuma effettiva concretezza. Stavolta, sul presupposto di una disposizione normativa rispondente allo schema consequenzialista, occorrerà avere riguardo alla relazione fra interesse 'semplice' ed interesse pubblico 'primario': che non solo risente (di riflesso rispetto agli interessi senz'altro legittimi) del 'circolo ermeneutico', sotteso (come anticipato) all'enucleazione dell'interesse pubblico 'concreto'; ma è altresì governata dalla 'logica operazionale' che (in termini di rapporto costi/benefici cioè, di valutazione delle conseguenze cui conduce il confronto tra valutazioni 'rivali' onde selezionarle per via di 'falsificazione') giustifica (in funzione 'oggettivante') un protocollo di quell'enucleazione tale da non poter escludere a priori la considerazione di interessi materiali concorrenti, condotti

[171] Ultimamente il concetto è ribadito da Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Riferimenti più espliciti si rinvengono: in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271; sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273. Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754.

ISSN 2036-7821

alla ribalta di quella sede giudiziale in cui se ne dovrà pertanto valutare l'autonomo rilievo giuridico[172]. In altri termini: come pacificamente si presta ingresso, a proposito dell'interesse a ricorrere, al criterio della 'prova di resistenza' (quale dimostrazione 'a priori' che, se l'Amministrazione avesse operato legittimamente, il ricorrente avrebbe con certezza conseguito il vantaggio); così non può reputarsi eversivo del principio di legalità amministrativa che, allegata la prova (o, quantomeno, un principio di prova) in ordine al *vulnus* concreto e specifico inferto dagli atti impugnati, s'inneschi (passando attraverso l'interesse pubblico 'concreto') un meccanismo ricostruttivo della sfera giuridica del ricorrente, tale da annettervi il riconoscimento d'interessi che altrimenti resterebbero di mero fatto[173].

4.2. *… maggior rigore nell''apertura' ad un interesse a ricorrere correlato al pregiudizio potenziale.*

Come anticipato: la condizione di *vicinitas* rispetto al sito prescelto per l'ubicazione di una struttura in grado di comportare un impatto ambientale, inquinante-degradante; unitamente alla considerazione dell'ambiente come bene di primario rilievo e dalla fragile integrità; secondo certa Giurisprudenza giustificano una speciale considerazione del pregiudizio (quantomeno 'potenziale') quale requisito dell'interesse ad agire. Infatti (come parimenti anticipato), non è richiesto che la lesione debba verificarsi con un 'elevato grado di certezza'; reputandosi che non possa addossarsi agli interessati il gravoso onere dell'effettiva prova del danno subito o subendo (penultimo cpv. del par. 1.2., e nntt. 99 e 103). Dunque, *in subiecta materia*, in relazione al bene primario della salute umana, come declinata in termini di salvaguardia dei valori ambientali, i principi di prevenzione-precauzione giocherebbero un ruolo determinante nel fissare la soglia di tutela giurisdizionale: da intendersi anticipata alla stregua dell'oggettiva presunzione di lesione; a differenza dell'orientamento generale che esige (per l'appunto) un pregiudizio 'attuale' o 'potenziale tendente alla certezza'.

Se non che, la stessa Giurisprudenza amministrativa ha osservato che il principio di precauzione non costituisce di per sé un parametro di legittimità dei provvedimenti di valutazione in materia ambientale (per l'appunto, V.A.S., V.I.A., A.I.A.), trattandosi di un concetto giuridico indeterminato che non può essere ovviamente applicato in modo generico, pena il sostanziale blocco di qualsiasi attività umana potenzialmente idonea ad incidere sulla salute umana. Il principio *de quo* diviene invece un utile parametro di valutazione laddove esistano documentati rischi per la salute umana derivanti da attività in grado di produrre emissioni nocive per le

[172] Sia consentito di rinviare, su tali tematiche, a P. COTZA, *L('"oggetto" dell)'interesse legittimo fra i presupposti "correnti" di ammissibilità dell'azione ed una "rivisitazione" dell'interesse pubblico*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2018, p. 23 s., segn. p. 59.

[173] Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2020, n. 2252.

ISSN 2036-7821

matrici ambientali sensibili o direttamente per l'uomo[174]. Dunque, un'applicazione indiscriminata del principio di precauzione non è condivisibile; salvo riconoscere che non basta rimettersi alla *pars destruens* del discorso: trattandosi di offrire anche argomenti propositivi che diano consistenza ad un'opinione alternativa.

Lungo tale falsariga può ancora una volta giovare l'apporto di metodo come trasfuso, innanzitutto, in una sorta d'interludio. Sembra infatti imputabile, l'orientamento testé censurato, alla dottrina del 'diritto vivente', ravvisandovi una delle frequenti espressioni che si rinvengono nei più disparati ambiti di materia[175]. Laddove resta ferma l'obiezione, rivolta (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) di quella dottrina, di "intuizionismo neo-giusliberistico", per non aver fornito una base cognitiva (o, comunque, una coerenza teorica), al sincretismo dominante, più solida rispetto agli sviluppi ermeneutici dell'arte topica: l'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica

[174] Trib. amm. reg. Marche, Ancona, sez. I, 5 febbraio 2018, n. 91.

[175] Sol per citare un esempio, si è sostenuto che «le disposizioni in materia di pubblicità ingannevole non hanno la mera funzione di assicurare una reazione alle lesioni arrecate agli interessi del consumatore, ma si collocano su di un più avanzato fronte di prevenzione, essendo le stesse tese ad evitare effetti dannosi, anche soltanto ipotetici. Pertanto, è stata esclusa la necessità che risulti un pregiudizio economico derivante dalla pubblicità ingannevole» (*ex multiis*, Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 14067). Ciò, più o meno inconsapevolmente, trascorrendo dal rapporto fra professionisti (*id est*, soggetti in condizioni qualitative - di conoscenze -, paritarie) a quello fra professionista (sleale) e consumatore, ha reso invalso l'assunto per cui quest'ultimo si configuri senz'altro come "contraente debole": *a fortiori* quando l'interesse al medesimo riferibile assuma i connotati "di categoria" in ragione di una ben nota risoluzione di politica legislativa in senso pubblicistico. Laddove, il "bene" di riferimento è rimasto il medesimo (l'integrità del mercato), mutando soltanto l'ottica della tutela (in senso inclusivo della figura del consumatore) e, in parte, la correlata disciplina: almeno, dal momento in cui ci s'avvede che quella vicenda determina una sorta di lacuna sopravvenuta dell'ordinamento. Quest'ultima, come tale, necessitante, per essere colmata, non di un mero intervento "analogico" (rispetto alle originarie fattispecie tipiche), bensì di un'iniziativa di diritto positivo, tesa a un adeguamento della "complessità incrementale" del sistema. Salvo osservare che quest'ultima può tradursi in tecniche differenti, la preferenza verso ciascuna delle quali va "sapientemente" gestita, ad essa corrispondendo un ventaglio di "opzioni" che, nello specifico, possono trascorrere dall'impiego di "concetti-valvola" (es., "buona fede") sino alla previsione di ulteriori forme di pratiche scorrette, acconcia al coinvolgimento di un soggetto più esposto ai condizionamenti (alle suggestioni) dell'ambiente economico. Ciò che si vuol esprimere, in altri termini, è un duplice convincimento.

Innanzitutto, quello per cui, nelle more dell'intervento "positivo-incrementale", si sarebbe formata una sorta di "diritto vivente" in punto di tutela del consumatore. Se non che, tale vicenda, per quanto suggestiva, inesorabilmente resta vittima di tutte le espressioni (giurisprudenziali) del "positivismo giuridico debole", nel loro risvolto (giustiziale) di matrice retorica ("nuova topica"), esposta: alla componente ideologico-massimalista del principio di "ragionevolezza" ed alle sue implicazioni; nella vicenda *de qua*, per l'appunto, alla indiscriminata considerazione del "cliente" come parte debole dell'esperienza negoziale.

In secondo luogo, quella stessa vicenda (come tale, assecondante una "precomprensione"), inveratosi il "precipitato" di diritto positivo di quel "dogma": avrebbe spinto senz'altro verso la tipicizzazione (per l'appunto, l'introduzione di nuove figure di pratiche sleali più o meno rigidamente intese); ridimensionando sensibilmente le possibilità di riconoscere cittadinanza a "concetti-valvola" come la buona fede e, con essi, ad una sapiente gestione del criterio di responsabilità.

Per una valorizzazione di questi ultimi profili può rinviarsi a M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoresponsabilità" (criticità sopravvissute alla "modernizzazione" del mercato)*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023, segn. p. 181 s.

ISSN 2036-7821

applicazione) e, come tale, "giusta" senza la necessità di invocare apertamente il diritto naturale, o di un'etero-fondazione in quel *medium*, tra l'interprete e la giustizia, rappresentato dal sistema.
Né pare aver sortito esiti confortanti l'esperimento di fornire, a quella dottrina, un fondamento politico-positivo ("debole", per l'appunto)[176].
Dal momento che la struttura secondo "principi", con la quale si positivizzano certi contenuti, implica un'incorporazione del valore nel fatto (essere), il secondo reca con sé la pretesa normativa (dover essere). Pertanto, il diritto verrebbe sottratto, sul piano gestionale, al paradigma della *scientia iuris*, per essere inquadrato secondo quello della *iuris prudentia*. Infatti: se la legge, sotto le Costituzioni liberali, gerarchizzava i principi; la vigenza della giustizia (quale fonte concorrente), col sostituire alla "tirannia del valore" il pluralismo dei principi equiordinati, impedisce di comprendere il diritto come *scienza* della loro composizione, quest'ultimo presentandosi solo come *prudenza* del loro bilanciamento. Dunque, se la giustizia si manifesta attraverso il "caso" (il fatto), la Giurisprudenza non può che essere il soggetto elettivamente deputato al bilanciamento (tra la *ratio*, di cui il "caso" sarebbe divenuto portatore, e la *voluntas* della legge mitigata dalla concorrente giustizia), attraverso una rediviva equità che avrebbe assunto le vesti della "ragionevolezza" (quale arte della composizione in vista della coesistenza).
A tale versione del costituzionalismo moderno, può obiettarsi che quello "vivente", inteso nella forma descritta di vigenza del diritto naturale (che rende mite la legge e, per essa, il diritto), non è mai nato, come empiricamente verificabile. La rappresentazione della Giurisprudenza quale prudente compositore di principi (di legge e giustizia), è frutto di una letteratura accademica ormai autoreferenziale la quale trascura che, nello "Stato costituzionale", la pretesa che il caso rivolgerebbe al diritto non inerisce al fatto in quanto tale, bensì al senso che quest'ultimo riceve dalla sua considerazione secondo un principio costituzionalmente positivo. «Perciò, non

[176] Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "Carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.
Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle "Carte fondamentali") l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

ISSN 2036-7821

uno schema lineare (proprio del diritto naturale) che dalla natura/fatto va al diritto, ma uno schema circolare (proprio del diritto positivo) che dal diritto va al fatto per tornare al diritto. Così, può ben accadere che il fatto si possa prospettare in modo diverso da come appare compreso da una norma o secondo un principio. … ciò non dipenderà da un senso proprio del fatto ma dalla diversità del punto di vista dal quale viene riguardato, e cioè dalla circostanza che esso viene (ri)considerato a partire da un principio giuridico diverso. Dunque il fatto non parla di sé ma del diritto da cui è illuminato. E ne parla con il diritto stesso, sicché non vi è un dialogo tra fatto e diritto ma piuttosto un confronto all'interno del diritto tra comprensioni (giuridiche) rivali del fatto. E perciò, ascrivere la "verità" al fatto equivale, comunque, a prescrivere la "verità" per decreto»[177].

A tal punto, venendo alla *par construens* applicata al discorso specialistico, esemplificativo (per via degli sviluppi potenzialmente estremi):

in attesa di un'iniziativa di diritto positivo volta ad un (inequivoco) adeguamento della "complessità incrementale" del sistema, al pari di quanto perorabile in termini di 'circolo ermeneutico' da instaurare fra legittimazione ed interesse a ricorrere nonché, di proporzione fra situazione antigiuridica denunziata e provvedimento giudiziale che si domanda per porvi rimedio;

dovrebbe rimettersi al caso concreto la valutazione 'operazionale' (fatto-diritto) circa il sussistere (o meno) di un interesse a ricorrere, in chiave di attualità del pregiudizio, avverso provvedimenti di valutazione ambientale.

Così:

talvolta, non potendo addossare, ai soggetti che si ritengono legittimati, l'onere dell'effettiva prova del danno subito o subendo, in quanto gravosa; corrispondentemente, arretrando la soglia di tutela giurisdizionale alla stregua del principio di prevenzione e dell'oggettiva (perché scientifica) presunzione (in termini 'probabilistici') di lesione;

talaltra, essendo sufficiente prospettare una semplice possibilità di pregiudizio (ancorché non sorretta da dati scientifici), quando le circostanze lascino spazio al principio di precauzione[178];

talaltra ancora, esigendo l'assunzione di quell'onere, quando quella condizione ostativa sul piano probatorio non ricorra; come nel caso in cui, a cura del proponente l'intrapresa economica, o su iniziativa di altri (soggetti istituzionali prima che privati), si sia previamente assolto ad un'opera d'informazione (pubblicità-notizia), circa il relativo impatto ambientale, completa, chiara, inequivoca e possibilmente avallata da professionalità di provata competenza tecnica; sì da porre in grado gli interessati di 'calibrare' consapevolmente una scelta ponderata circa il sussistere (o

[177] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246.

[178] P. COTZA, *Introduzione di metodo al diritto pubblico dell'ambiente*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2020, p. 103.

ISSN 2036-7821

meno) di un pregiudizio (sia pur 'potenzialmente certo') alla base dell'azione giudiziale.

5. ***'Rivisitazione' del concetto di merito amministrativo e ripercussioni in punto di interesse e legittimazione a ricorrere.***

Sempre assumendo il medesimo termine esemplificativo di riferimento, secondo la Giurisprudenza, la valutazione sottesa ai titoli abilitativi in materia ambientale si connota per una duplice natura discrezionale, tecnico-amministrativa[179]. Dunque, le relative scelte non sarebbero sindacabili, in sede giurisdizionale amministrativa, fintantoché non si risolvano in manifeste (intrinseche) illogicità, irragionevolezza, incoerenza, od erroneità (per travisamento dei fatti) nel caso in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta in modo inadeguato. Ciò, in ragione del fatto che il Giudice amministrativo (in difetto di quel netto sconfinamento del potere discrezionale riconosciuto all'Amministrazione pubblica) non può (in linea di principio) sostituirsi a valutazioni attinenti al merito (di cui quest'ultima è riservataria in via esclusiva)[180].
Peraltro, l'impatto dogmatico che la forza della tradizione ha conferito a tale orientamento non pare esimere: sia dal manifestare perplessità, verso qualche pronunzia (proprio in materia ambientale), quanto al rigore nell'osservarne i presupposti concettuali; sia dal proporre dei 'correttivi' ad esiti pur collaudati.
Segnatamente, su due punti ci si permette di dissentire:
circa la plausibilità dell'impiego (benché diffuso) di locuzioni generiche (quanto di mero rilievo descrittivo) del tipo 'ampia (o intensa) discrezionalità'[181];
nonché (correlativamente), a proposito dei margini di sindacabilità del provvedimento di valutazione ambientale in sede di legittimità: la prima non essendo comunque ammessa «nel caso in cui la parte, direttamente o per mezzo di relazioni confezionate da propri esperti, intenda sostituirvi valutazioni proprie, che come tali attengono al merito amministrativo»[182].

Per cominciare (e rinviando al prosieguo del discorso la trattazione delle implicazioni sul sindacato giudiziale), la locuzione 'ampia (od intensa) discrezionalità' si rivela:

---

[179] Esempl., Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 31 maggio 2018, n. 1147.
Sia pur sotto il profilo delle garanzie partecipative, così si esprime Trib. amm. reg. Lazio, Latina, 9 settembre 2020, n. 417. Una espressa conferma si rinviene in Trib. amm. reg. Sardegna, Cagliari, sez. II, 17 febbraio 2020, n. 100. Cfr. pure: Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 febbraio 2014, n. 386; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 7 settembre 2007, n. 5773 ove, onnicomprensivamente, ci si riferisce ad una 'discrezionalità tecnico-amministrativa'.

[180] Ultimamente Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2245. Cfr. pure: Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 31 maggio 2018, n. 114; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 febbraio 2014, n. 386; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 7 settembre 2007, n. 5773.

[181] Ad essa i giudici amministrativi ricorrono frequentemente (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2022, n. 3410).

[182] Così Trib. amm. reg. Puglia, Lecce, sez. I, 11 ottobre 2022, n. 1579.

ISSN 2036-7821

impropria, dato che una prerogativa di valutazione, per quanto estesa, non è evidentemente incompatibile con un sindacato ordinario (oltre che per violazione di legge) su 'situazioni sintomatiche' dell'eccesso di potere; quest'ultimo, solo, rappresentando il limite oltre il quale si determinerebbe uno sconfinamento nel 'merito amministrativo'[183];
altrimenti equivoca, in quanto si collocherebbe fra il limite dell'"attendibilità obiettiva"[184], e quello logico, "inferiore", di ciò che rientra (per l'appunto) nell'ambito del sindacato sullo sviamento / eccesso di potere (di "manifesta illogicità, contraddittorietà od insussistenza dei presupposti" nonché, di travisamento dei fatti)[185].
Trascorrendo quindi verso una *pars construens* del discorso, pare doversi dare l'abbrivo ad una appendice della precedente trattazione di metodo che può risultare proficua onde rafforzare le considerazioni 'critiche' di seguito avanzate: superando elementi di 'precomprensione' tradizionalmente riferiti alla discrezionalità 'pura' e delineando certa 'familiarità' tra l'esercizio di quest'ultima e l'operazione interpretativo-applicativa da parte dell'Amministrazione pubblica. Da qui, l'esigenza di una serie progressiva di ulteriori connessioni.
Innanzitutto, (anche) l'impiego (inconferente, se non fuorviante) della locuzione 'ampia (od intensa) discrezionalità' pare ascrivibile ad un 'approccio' incentrato su certo significato concettuale associato alla (evanescente) categoria del 'potere'. Quel 'taglio', infatti:
di là dall'accezione come proprietà in ragione della quale è possibile sapere che un soggetto vanta discrezionalità prima che si verifichino le circostanze per il suo utilizzo;
tradisce la riconduzione del potere alla 'statica' del diritto (come "energia in quiete")[186].
Laddove, pare più proficua l'indagine sui "consolidamenti strutturali" in cui trova legittimazione la "logica – di comandi ed obbedienze – dell'autorità"[187].
Seguitando lungo il percorso principale di connessioni (par. 3.), la discrezionalità "pura" (come modalità di quel generale processo decisionale) si contraddistingue per

[183] Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 23 aprile 2020, n. 675.
[184] Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2302.
[185] Ultimamente Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 7 novembre 2022, n. 2952 conferma tale orientamento. Cfr. altresì: Trib. amm. reg. Umbria, Perugia, sez. I, 7 settembre 2022, n. 672; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 11 maggio 2022, n. 1075.
[186] CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. p. 307. Cfr. pure A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.
[187] A. ZANFARINO, *Potere* (in generale). *a) Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 599 s., segn. 607-609. Sulla qualificazione del potere amministrativo in termini non meramente soggettivi, C. MARZUOLI, *Tutela e unità della giurisdizione. Autonomia e indipendenza*, in *Atti del VI Convegno nazionale della S.I.S.Di.C.*, Napoli, 2012, p. 355 s.

ISSN 2036-7821

via delle implicazioni dello schema normativo che ne risulta "a monte". Segnatamente, ci si riferisce alla circostanza per cui, al complesso di variegate operazioni (di comprensione-applicazione coinvolgente il diritto ed il fatto) antecedenti alla scelta (dal contenuto – ad un tempo – valoriale e logico), è sottesa una disposizione normativa strutturata secondo lo schema (non ipotetico-casuistico, bensì) consequenzialista. Ciò implica (piuttosto che l'osservanza di regole della prassi o mutuate da "precedenti" giudiziali o da ulteriori ambiti disciplinari, secondo criteri d'interpretazione estensivo-analogica) un "bilanciamento fra interessi" (vincolante sia per chi lo formula che per i destinatari)[188]. Salvo aggiungere che tale operazione, in ambito amministrativo, si traduce in una maggiore limitazione della libertà nel forgiare lo strumento *ad hoc*: derivante da un profilo di 'funzionalizzazione' consistente nel sotteso perseguimento dell'interesse pubblico (concreto) che esige una legittimazione (più che "per competenza") "oggettivante". Laddove le disposizioni regolanti la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, di certo modo d'intendere la discrezionalità amministrativa, cristallizzanti consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli Enti pubblici, piuttosto che di garanzia[189].

Nell'attuale contesto, di tendenziale inversione di quel rapporto di forza, secondo una logica giuridica di stampo consequenzialista, si rende possibile di concepire come "inopportuno" un atto comprovatamente suscettivo di miglioramento rispetto ad un contenuto che pure, di per sé, non integra alcuna contrarietà all'interesse pubblico primario (astratto), ma che si dimostri in contrasto con l'obiettivo sostanziale, di tendenziale massimizzazione del 'risultato' intrinseco all'interesse pubblico, concreto. Così, alla revoca si riconnette una valutazione di convenienza

[188] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di "merito", in Dir. amm.*, 2008, p. 517 s., segn. 527. Osserva A. PIRAS, *Invalidità* (dir amm.), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 598 s., segn. pp. 610-612 che al termine "merito" possono associarsi almeno due significati (oltre ad un terzo in sede di processo amministrativo): «in un primo senso ... è sinonimo di contenuto sostanziale del provvedimento e comprende insieme opportunità, valutazioni tecniche e qualificazioni giuridiche applicate, insomma indica tutta l'attività che va dal momento in cui si pone l'esigenza di provvedere sino al momento terminale; in un secondo senso, ...coincide con la discrezionalità ...». Cfr. pure CASETTA, *Attività e atto amministrativo*..., p. 321 s.

[189] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Così si esprime E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per fa correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste». Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

ISSN 2036-7821

(più "spinta" sul versante consequenzialista, ma dalla frequenza tendenzialmente minore) al superamento (in senso correttivo-migliorativo) di uno stato estrinsecamente ed intrinsecamente valido sul piano dell'ordinamento generale (sì da non integrare una contingente necessità e da essere pertanto rinnovabile senza oneri giustificativi ulteriori rispetto a quelli connessi all'eventuale pregiudizio dei soggetti direttamente interessati)[190].

Da tali connessioni discende la possibilità di distinguere fra:

una "contrarietà all'interesse pubblico non sostenibile" (*rectius*, invalidità-illegittimità 'allargata' in quanto sostanziale) dell'atto amministrativo; fermo restando che, per via dell'"effettività - normale annullabilità" del provvedimento, esso (in linea di massima) dispiega la propria efficacia giuridica, ancorché invalido, finché non venga rimosso[191];

una "contrarietà all'interesse pubblico, sostenibile" dell'atto medesimo, in quanto in posizione mediana fra l'atto (legittimo o, ancorché illegittimo formalmente) conforme all'interesse pubblico (eppertanto, non annullabile) e l'atto (illegittimo, ma altresì) non rispondente all'interesse pubblico (eppertanto, da annullare).

Che la sola "contrarietà sostenibile" rientri nel campo d'applicazione della revoca può tornar utile onde "piegare", alle esigenze di una ricostruzione interpretativa coerente, il dato normativo di riferimento, laddove (evidentemente legato alla tradizionale partizione fra vizi, di legittimità e di merito-opportunità) annette senz'altro, all'istituto della revoca, la "contrarietà dell'atto amministrativo [che ne è oggetto] all'interesse pubblico" (art. 21-*quinquies*, cc. I-*bis* e I-*ter*, L. n. 241/1990)[192].

Altrettanto può concludersi dal momento che la disciplina "positiva" prevede che la revocabilità del provvedimento amministrativo sia connessa a: "sopravvenuti motivi di pubblico interesse", un "mutamento della situazione di fatto", una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". Infatti, quel che rileva è che la valutazione dell'amministrazione sia improntata al miglioramento di un interesse pubblico già ragionevolmente perseguito "in combinato disposto" con gli altri (privati) dotati di qualificazione: poco importa che quell'iniziativa (all'insegna del miglioramento) prenda spunto, o meno, da sopravvenienze (d'interesse e/o di fatto).

---

[190] *Ergo*, va respinta la (pur autorevole) tesi secondo la quale la revoca non sarebbe mezzo volto ad assicurare l'efficienza del principio di opportunità, bensì diretto "ad assicurare un buon svolgimento dell'azione amministrativa" in relazione all'esercizio del potere d'iniziativa (A. AMORTH, *Il merito degli atti amministrativi*, Milano, 1939, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 369 s., segn. pp. 389 s. e 403).

[191] Si tratta del retaggio storico di una "strutturale" (e mai sopita) aspirazione dei titolari di quel potere a garantirsi una sostanziale immunità dall'osservanza di stringenti regole d'azione. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s., segn. p. 578.

[192] *Ergo*, laddove (nei commi testé menzionati) ricorre l'inciso "erronea valutazione della compatibilità [dell'atto amministrativo oggetto di revoca] con l'interesse pubblico", si deve intendere che ci si riferisca non ad una condizione d'incompatibilità, bensì ad un difetto (sostenibile, per l'appunto) relativo a valutazione tale da non inficiare comunque la compatibilità dell'atto con l'interesse pubblico.

ISSN 2036-7821

Da ciò, la centralità della figura dell'annullamento nel sistema degli atti di "ritiro" in autotutela: rispetto a quella, la revoca rappresentando un *quid pluris*, destinata com'è ad (eventualmente) operare solo quando non vi sia una condizione d'invalidità (per illegittimità di matrice formale o sostanziale)[193].

A questa stregua (riconduzione del merito alla legittimità e correlato ampliamento del sindacato giudiziale), può giustificarsi un 'correttivo' alla corrente concezione (dell'interesse a sostegno) della legittimazione a ricorrere, a partire dal pregiudizio quale requisito dell'interesse a ricorrere: ravvisandolo, non solo al cospetto d'interessi 'sensibili' riconducibili sotto l'egida dei principi di prevenzione-precauzione, ma anche quando il provvedimento sia comprovatamente suscettivo di miglioramento (per quanto emerso grazie al contributo di partecipazione ed al contraddittorio nella sede procedimentale) rispetto ad un contenuto che pure, di per sé, risulti 'ragionevole' nel senso di non integrare alcuna manifesta illegittimità sostanziale (nei confronti dell'interesse pubblico, concreto)[194]. In altri termini, in tali ipotesi, ad una "contrarietà sostenibile", dell'atto medesimo rispetto all'interesse pubblico, potrebbe corrispondere un depauperamento della sfera giuridica dell'interessato; sì da legittimare quest'ultimo all'esercizio dell'azione giudiziale.

Tale conclusione pare avvalorata in quanto le sue premesse, in punto di 'rivisitazione' del merito (come parzialmente assorbito da una discrezionalità 'esternalizzata') e del relativo sindacato giudiziale, trovano una favorevole sponda nella disciplina che il Legislatore ha riservato agli accordi aventi ad oggetto il potere pubblico (peraltro, contemplando la prerogativa di un "recesso unilaterale – revoca" *ex art.* 11, c. IV, L. n. 241/1990)[195]. Infatti, quei moduli consensuali potrebbero vedersi riconosciuto uno spazio di giustificazione ogniqualvolta l'obiettivo di miglioramento,

---

[193] Benché su differenti basi teoriche, tale prospettiva può scorgersi già in G. CODACCI PISANELLI, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, pp. 164-165.

Interessanti spunti di riflessione, a favore dell'impostazione avanzata nel presente studio circa il *proprium* funzionale dei due principali istituti dell'autotutela decisoria, paiono rinvenirsi in T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 1° ottobre 2010 n. 17546, in *Foro amm. - T.A.R.* -, 2010, 3291-3292.

Non si può tuttavia disconoscere che, per il momento, il dato di esperienza giuridica risulta largamente attestato su di un'ottica tradizionale, come dimostrano diverse pronunce seguite alla "codificazione" della revoca: Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2010 n. 7334, in *Foro amm. - C.d.S.* -, 2010, pp. 2123-2124); sez. III, 13 aprile 2011 n. 2291, in *Foro amm. - C.d.S.* -, 2011, pp. 1155-1156; sez. V, 6 ottobre 2010 n. 7334, in *Foro amm. - C.d.S.* -, 2011, p. 488 s.; sez. V, 18 gennaio 2011 n. 283, in *Foro amm. - C.d.S.* -, 2011, pp. 173-174.

Cfr. pure G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004.

[194] Così Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2023, n. 8349. Peraltro, qualche perplessità pare doversi esprimere a proposito di un impiego 'disinvolto' della ragionevolezza: alla luce delle critiche già formulate nei confronti della dottrina del 'diritto vivente' e per via di una impropria estensione di quel parametro, dal controllo di costituzionalità degli atti legislativi, ad una generale giustificazione delle strutture del potere (sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Napoli, Jovene, 2007, segn. p. 94 s.).

[195] S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Padova, 2004. Sul rapporto fra libertà ed autorità, nelle sue interrelazioni col principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa: F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 35-37 s.

ISSN 2036-7821

nel perseguire l'interesse pubblico, venga spinto di là dalla soglia di equilibrio con la tutela degli interessi qualificati del privato, per via del consenso di quest'ultimo[196]. Caso esemplare di quell'applicazione si rinviene nell'ambito delle 'convenzioni di lottizzazione'[197].

Salvo puntualizzare che:

tale iniziativa, poiché non sottraibile al principio del buon andamento (cui si limita a conferire più ampio respiro), da parte dell'Amministrazione sarebbe sottoponibile (a sua volta) al più rigido regime dei medesimi istituti di autotutela: non potendo escludersene l'assoggettabilità, oltreché ad annullamento officioso, a revoca secondo il criterio distintivo introdotto nel presente studio e salvo indennizzo[198];

per quel che maggiormente rileva nella presente trattazione; stante l'accennata condizione del processo amministrativo, quale esperienza concorrente del "farsi" dell'azione amministrativa eppertanto, dell'emersione delle situazioni soggettive (tutelate e tutelande); l'istituto (sia pur imperniato sulla distinta *ratio*, di far conseguire all'Amministrazione pubblica un esito più conveniente, con corrispondente depauperamento della sfera d'interessi del privato consenziente) implicitamente avalla un sindacato del giudice amministrativo (cui il Legislatore ha espressamente conferito la giurisdizione) esteso al merito; consentendo al terzo di contestare, l'opportunità dell'accordo (anche in campo ambientale) rispetto all'interesse pubblico concreto che egli concorre a determinare, per via del dedotto pregiudizio alla propria sfera personale e, in questo modo, conferendogli legittimazione ed interesse a ricorrere.

---

[196] Da quanto riportato nel capoverso precedente, deriva la differenza funzionale fra revoca e stipula di accordi *ex art.* 11, L. n. 241/1990: solo in quest'ultimo caso l'assetto, in senso migliorativo, dell'interesse pubblico potendo perseguirsi anche a discapito di un ragionevole sacrificio di quello privato, proprio perché è il portatore di quest'ultimo a prestarvi consenso (verosimilmente, in un più ampio contesto di rapporti che lo vedono legato all'amministrazione pubblica, di volta in volta in posizione di privilegio e/o di "debolezza contrattuale"). L. BENVENUTI, *Metodo giuridico, autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 661.

Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007; ID., *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012.

[197] Per cui si può far riferimento a: V. MAZZARELLI, *Convenzioni urbanistiche*, in *Enc. dir.*, agg. V, Milano, 2001, p. 294 s.; A. CANDIAN - A. GAMBARO, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; S. ANTONIAZZI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di accordi amministrativi e di applicabilità dei principi civilistici con particolare riferimento al principio di tutela dell'affidamento ed alle convenzioni di lottizzazione*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 627; A. TROTTA, *Piani di lottizzazione e sopravvenienza di nuovi strumenti*, in *Riv. giur. ed.*, 1976, II, p. 185 s.; M. RAMPINI, *Modificazione autoritativa delle lottizzazioni convenzionali*, in *Foro amm.*, 1981, I, p. 1074 s.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico (tra amministrazione e privati)*, Milano, 1996; T. GALLETTO, *Convenzioni urbanistiche*, in *Dig. disc. priv. -sez. civ.-*, IV, Torino, 1989, p. 359 s.; F. TUCCARI, *Recesso ed inadempimento negli accordi amministrativi*, Bari, 1993; A. TRAVI, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1996, p. 158; P. COTZA, *Convenzioni di lottizzazione e "contrattualità" nel diritto dell'amministrazione pubblica (apporti epistemologico e dogmatico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2024.

[198] Sul parallelismo "revoca – recesso" ed in tema d'indennizzo, fra i più recenti contributi si segnala: M. SINISI, *Il "potere" di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 625 s., segn. p. 650 s.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso l'Università di Cagliari (Dipartimento Giurisprudenza))

Sommario

Introduzione. - (I) 1. L'orientamento giurisprudenziale. Prime annotazioni. - (II) 2. 'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. - 2.1. Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche. - 2.2. Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo'). - 2.3. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. - 2.4. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive … - 2.5. … e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. - 3. Collaudo di un 'approccio' dogmatico. - (III) 4. Implicazioni sulla *ratio* generale della giurisdizione amministrativa esclusiva nonché, sull'interpretazione-applicazione di alcune disposizioni che l'affermano in specifiche 'materie'

Abstract

The paper intends to represent the (coherent) 'specialist' development of a study put together in the short term and driven by a widespread and persistent discomfort (survived by incisive reform interventions): in defining a criterion (if not unequivocal at least) with a reasonable operational impact in order to mark the boundary terms of administrative jurisdiction.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

Introduzione

Lo scritto intende rappresentare il (coerente) sviluppo 'specialistico' di uno studio confezionato a breve distanza e mosso da un diffuso e persistente disagio (sopravvissuto a pur incisivi interventi di riforma): nel definire un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo onde segnare i termini di confine della giurisdizione amministrativa[1]. Nella circostanza, veniva manifestato l'intento di offrire un (pur modesto) contributo correttivo e riparatorio, intervenendo sul piano dogmatico stanti: certa ambiguità riscontrata nel dato di diritto positivo; nonché, i limiti palesati dal contributo di giurisprudenza forense. Ne era così scaturita una 'rivisitazione', in chiave sistematica, di quei concetti sui quali (di volta in volta) ha finito col vertere la comprensione-applicazione del pertinente dato normativo: dalla correlazione 'diritto-fatto', in quanto conosce il suo precipitato ideale nella sede del processo, fra l'altro condizionando il rapporto tra condizioni dell'azione e questioni di merito; da quelli d''interesse legittimo' e di 'potere (autoritativo)' ai correlati, di 'diritto soggettivo' e d''interesse pubblico'. Così, tracciando una sorta di filo conduttore di un discorso che intendeva ricercare il proprio epilogo in connessioni (tendenzialmente) lapidarie. Ciò, nel fermo convincimento che il problema giuridico affrontato, per la priorità rivestita in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte e per la sua dignità di rango costituzionale, debba rendersi accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto, nel suo essere: sotteso alla garanzia 'fondamentale' di pienezza-effettività della tutela[2]; ma, al contempo, esposto a diversi ordini d'insidie.

Ci si riferisce a quelle serbate da certo irrigidimento a livello di clausole generali concorrenti (economia dei mezzi e divieto di 'abuso del processo') pur quando sorrette da argomenti logici[3].

Altrettanto può concludersi con riguardo ai conflitti che s'instaurino, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, sul presupposto che la questione concernente la configurabilità o meno di un interesse legittimo, suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice amministrativo, integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice

[1] P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al dato 'positivo' ('oggetto' e 'riparto')*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2023, 1, p. 103 s.

[2] Sulla centralità del valore della tutela del singolo in ogni considerazione sull'accesso alla giurisdizione, A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, p. 3. Cfr. pure l'*incipit de* A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 1, 161-162.

[3] Così «l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»: in quanto non è ravvisabile soccombenza del primo su quella questione di rito (Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260; Ord. 27 febbraio 2023, n. 5898).

ISSN 2036-7821

eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione[4]. Ci si riferisce:
sia al condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale – art. 103 cit. –) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), facendo leva sulla sua prerogativa di sindacare le sentenze del secondo; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'[5];
sia alla 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell''offensiva' della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[6].
Il disagio che ne è scaturito (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale - art. 24 Cost. -) ha indotto a ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sez. Un. con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualvolta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione. Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili 'ripieghi', dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di 'Consigliere di Cassazione' ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno 15 anni di servizio.
Analogo discorso (d'insidie) vale rispetto a soluzioni (organizzative o quantomeno funzionali) alternative ai tradizionali criteri di riparto, avuto riguardo a certo assetto costituzionale. Per cui:
benché l'art. 103 Cost. non sia di per sé d'ostacolo al conferimento al Giudice ordinario, da parte del Legislatore statale, della giurisdizione su di una intera materia, consentendogli di conoscere d'interessi legittimi, di annullare atti amministrativi eppertanto, d'incidere sui relativi rapporti secondo le diverse tipologie d'intervento giurisdizionale apparecchiate dall'ordinamento[7];

---

[4] A norma dell'art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

[5] Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione (19 settembre 2020, n. 19598). Cfr. pure le puntualizzazioni recate da: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 giugno 2023, n. 15934; Ord. 19 maggio 2023, n. 13791; Ord. 2 maggio 2023, n. 11444; Ord. 5 giugno 2023, n. 15706; Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497; Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196; Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157.

Cfr. pure F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. pp. 4-5, 9-10 sulla 'lettura evolutiva' della nozione di (motivi inerenti alla) giurisdizione (a partire da Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254): avuto riguardo, oltre che al riparto tra gli ordini di giudici (per situazioni soggettive e settori di materia), anche alle forme di tutela impartibili onde assicurare la protezione nonché, ai presupposti del loro esercizio.

[6] Sul punto, F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 8 s.

[7] Cfr. Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487 a proposito dell'art. 152, D.Lgs, 30 giugno 2003, n. 126 in tema di protezione dei dati personali.

ISSN 2036-7821

proprio per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'[8]; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n. 204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi[9].

Per quel che maggiormente rileva nel presente scritto, analogo problema si pone a proposito del conferimento, al Giudice amministrativo, di una giurisdizione esclusiva: in quanto circoscritto secondo gli ambigui termini della locuzione 'particolari materie' (art. 103 Cost.). A tal punto, la trattazione giunge ad un bivio, dato che, per un verso, facendo leva sul progressivo delinearsi, di quella (speciale) esclusiva (dapprima) e di quella (generale) di legittimità (poi), come giurisdizioni 'piene' (per prerogative istruttorie e decisorie)[10], sarebbero prospettabili: un superamento del criterio di riparto per situazioni giuridiche soggettive, all'insegna dell'esaustività di un potere pubblico; (corrispondentemente) del senso stesso della giurisdizione esclusiva.

Se non che, per quanto tale indirizzamento evolutivo sia stato condotto con argomentato rigore da parte di autorevoli voci del mondo accademico (sia prima che dopo il conferimento al Giudice amministrativo di prerogative generali di piena giurisdizione)[11], resta il fatto che non ha raccolto seguito presso gli ulteriori formanti giuridici. Pertanto, su tale falsariga si muove il presente lavoro, di sistemazione dell'attuale panorama normativo e giurisprudenziale, nella (rinnovata) consapevolezza che i problemi attinenti alla giurisdizione del Giudice amministrativo (stante il difficile equilibrio di riparto con quella del Giudice ordinario) vanno adeguatamente trattati nel contesto di una più generale riflessione

[8] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

[9] Per una dettagliata ricostruzione critica di quella disputa può rinviarsi a R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Cedam, 2019.

[10] Quanto alla giurisdizione esclusiva, la vicenda è esaustivamente rappresentata da A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000 ove si dà conto, a fronte dell'arretramento della riforma del 1923 (che ha inaugurato certo incentrarsi dell'attenzione dei formanti giuridici sulla pienezza, più che di tutela, della cognizione sulle materie devolute dal Legislatore al giudice amministrativo), delle significative novità introdotte dal d.lgs n. 80/1998.

[11] In tal senso, anteriormente al vigente Codice del processo amministrativo, V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 269: «… la giurisdizione esclusiva avrà un futuro se riuscirà a trasformarsi da appendice "ibrida" del processo di legittimità, di cui ripete ambiguamente forma e sostanza, in una giurisdizione "piena" sia nel senso … per cui i poteri del giudice si colleghino alla domanda di giustizia, senza che la configurazione preliminare delle situazioni soggettive precluda questa o quella domanda, in una considerazione unitaria dell'azione giurisdizionale; sia riconoscendo al giudice amministrativo esclusivo tutti i poteri che consentono di soddisfare pienamente l'interesse fatto valere dal ricorrente, adeguando la pronunzia alla domanda giudiziale». Cfr. pure: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001; ID., *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; recentemente, F.G. SCOCA, *Scossoni* …, 2021, p. 32.

ISSN 2036-7821

del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione[12]. Ciò, avuto riguardo alla relazione fra limiti esterni, principio di effettività e giusto processo, in un'ottica di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello processuale (quanto impone una costante 'calibratura' fra le diverse istanze)[13]; ma altresì senza perdere di vista che l'obiettivo di massimizzazione della tutela, pur quando perseguito secondo equilibrio[14], non può eluderne le differenze di modalità implicate da quelle, fra situazioni giuridiche soggettive e fra rapporti, che potrebbe rivelarsi erroneo ridurre a 'quadri riassuntivi' della prima come positivamente accordata (in quanto tali equiparabili sia pur in prospettiva)[15]. Da qui, l'esigenza di un'elaborazione, del problema giuridico posto dalla giurisdizione esclusiva, interattiva fra sistemi: delle tutele e dogmatico.

1. ***L'orientamento giurisprudenziale. Prime annotazioni.***

Esigenze di compiutezza espositiva suggeriscono di assumere, quale primo termine di confronto, statuizioni giurisprudenziali di portata generale: come tali, senza mezzi termini riferibili al principale dato normativo di base in punto di giurisdizione[16]; ormai sedimentate, benché talvolta collidenti.

Si legge così, sol per citare alcune delle più recenti espressioni 'di massima' (ordinate in modo da comporre una fedele ed organica rappresentazione dell'attuale di ventaglio di tesi), che:

«la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è [non già la prospettazione delle parti, bensì] il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della natura giuridica

[12] In quest'ottica, pur con sviluppi divergenti, F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 1 s.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s., segn. pp. 977-978.

[13] E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

[14] Sull'ampliamento dell'indagine del giudice, estendendola, dal mero accertamento dell'illegittimità (anche solo formale) dell'atto o della condotta dell'Amministrazione (interessi oppositivi), a quella sulla lesione che in concreto derivi al ricorrente da quell'illegittimità (ingiustizia sostanziale), onde scongiurare il rischio di un'iperprotezione di quest'ultimo: A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - I. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 249. Sulla tutela piena degli interessi pretensivi, *ivi*, p. 234 s., salvi più ampi richiami in corso di trattazione.

[15] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo - I. Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 21, 25-26, 161.

[16] Evidentemente, salvo quanto previsto dalla Costituzione in ordine all'individuazione degli organi deputati all'esercizio della funzione giurisdizionale (segn. art. 102 ed art. 103), ci si riferisce: all'art. 1 c.p.c. ed all'art. 2907 c.c.; all'art. 37 c.p.c.; all'art. 386 c.p.c.; all'art. 7, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. Codice del processo amministrativo).

ISSN 2036-7821

della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata»[17];
«spetta al giudice ordinario decidere quando non si contesti l'esercizio di un potere amministrativo ma la lesione di un diritto soggettivo, con l'unica eccezione dei casi che rientrano nell'ambito della giurisdizione amministrativa esclusiva»[18];
«l'art. 7 del D.Lgs. n. 104 del 2010 afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimità quando sono impugnati atti emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato»[19];
«tutte le volte in cui una controversia abbia ad oggetto il controllo giudiziale sulla legittimità di una scelta discrezionale operata dall'Amministrazione, la situazione giuridica dedotta in giudizio non può che appartenere alla categoria degli interessi legittimi, la cui tutela è demandata per regola generale al Giudice Amministrativo, cui spetta il controllo del potere amministrativo ai sensi dell'art. 103 Cost. Quando, infatti, la Pubblica Amministrazione, nei limiti delle proprie prerogative costituzionali, esercita un potere pubblico, a questo di norma corrisponde proprio una situazione di interesse legittimo»[20];
«in caso di attività vincolata, che si verifica allorquando le condizioni e i presupposti fattuali sono già stabiliti dalla legge, … la situazione soggettiva del privato è di diritto soggettivo e la controversia è della giurisdizione ordinaria, mentre nel caso di attività discrezionale sussiste un interesse legittimo e la controversia è della giurisdizione amministrativa»[21].
Salvo osservare (a titolo esemplificativo) certo seguito impresso *ratione materiae*:
«il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di controversie riguardanti la concessione e la revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche deve essere attuato (non configurandosi alcuna ipotesi di giurisdizione esclusiva) sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata, con la conseguenza che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'*an*, il *quid*, il *quomodo* dell'erogazione; inoltre, è configurabile una situazione soggettiva di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del

[17] Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Cfr. pure: Trib. amm. reg. Puglia, Bari, 5 dicembre 2023, n. 1401; Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023; Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273; tradendo certa equivocità, Cons. Stato, sez. VII, 8 febbraio 2023, n. 1410.
[18] Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069.
[19] Cons. Stato, sez. III, 22 marzo 2023, n. 2916. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069.
[20] Trib. amm. reg. Molise, Campobasso, sez. I, 28 marzo 2023, n. 90.
[21] Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 24 luglio 2023, n. 444.

ISSN 2036-7821

giudice amministrativo, ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse»[22];
«ogni questione relativa al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 120 del D.Lgs. n. 285/1992, prescritti per il conseguimento del titolo di abilitazione alla guida, spetta alla cognizione dell'A.G.O., trattandosi di accertamento avente natura vincolata e con vincolo posto nell'esclusivo interesse privato, la cui posizione giuridica va qualificata in termini di diritto soggettivo perfetto. Infatti, i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 120 del D.Lgs. n. 285/1992, dato che incidono su diritti soggettivi non degradabili ad interessi legittimi per effetto della loro adozione, né inerenti a materia riconducibile alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sono riservati alla cognizione del giudice ordinario»[23].
«la giurisdizione del giudice ordinario, con riguardo a una domanda proposta dal privato nei confronti della P.A., non può essere esclusa per il fatto che la domanda medesima contenga (anche) la richiesta di annullamento di un atto amministrativo, perché, ove tale richiesta si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo, in considerazione della dedotta inosservanza di norme di relazione da parte dell'amministrazione, quella giurisdizione va affermata, fermo restando il potere del giudice ordinario di provvedere alla sola disapplicazione dell'atto amministrativo nel caso concreto, in quanto lesivo di detto diritto soggettivo»[24]; «in tema di edilizia residenziale pubblica, la controversia introdotta da chi si opponga ad un provvedimento dell'Amministrazione comunale di rilascio di immobili ad uso abitativo occupati senza titolo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, essendo contestato il diritto di agire esecutivamente e configurandosi l'ordine di rilascio come un atto imposto dalla legge e non come esercizio di un potere discrezionale dell'Amministrazione, la cui concreta applicazione richieda, di volta in volta, una valutazione del pubblico interesse. Tale principio va affermato anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi (diffida a rilasciare l'alloggio e successivo ordine di sgombero), dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge per dare corso forzato al rilascio del bene»[25];
«l'azione risarcitoria è regolata dalla disciplina sostanziale sua propria, con l'ulteriore conseguenza che, quanto alla giurisdizione, la regola di riparto non può che essere quella generale secondo cui appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda risarcitoria proposta dal privato nei confronti della Pubblica

[22] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. II, 6 giugno 2023, n. 9511.
[23] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. V, 11 gennaio 2023, n. 242.
[24] Cass. civ., sez. I, Ord. 3 novembre 2023, n. 30517.
[25] Cass. civ., sez. un., Ord. 9 febbraio 2023, n. 4012.

ISSN 2036-7821

Amministrazione per i danni derivati da comportamenti che non si siano tradotti in atti autoritativi dell'amministrazione medesima»[26];
«la tutela possessoria contro atti della Pubblica Amministrazione può essere richiesta al Giudice ordinario ove la condotta della Pubblica Amministrazione non sia ricollegabile ad un provvedimento amministrativo, cosicché essa abbia agito in via di mero fatto realizzando una attività meramente materiale. Ove invece il comportamento dell'Amministrazione sia ricollegabile a un formale provvedimento, la giurisdizione dovrà essere incardinata innanzi al Giudice amministrativo, indipendentemente dalla legittimità o meno del provvedimento ovvero dal corretto esercizio del potere autoritativo»[27].
Tirando le somme di quel duplice ordine di rassegne, innanzitutto, a livello di affermazioni generali, si distinguono (sia pur sommariamente) almeno tre impostazioni: l'una, vertente sulla situazione giuridica soggettiva; l'altra, sul potere autoritativo correlato alla situazione soggettiva (che, come tale, tenta di riprodurre l'operazione integrativa avanzata dal Legislatore); l'altra ancora, che s'incentra sulla presenza (o meno) di un esercizio discrezionale. Salvo rilevare (per intanto): da un lato, la tendenza a dare 'per scontata' la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive; d'altro canto, certa incongruenza (concettuale e sistematica) riferita all'esercizio amministrativo (a seconda che il 'potere autoritativo' venga inteso, indifferenziatamente o meno, come discrezionale o vincolato).
Laddove, quando si valuti il sottostante livello 'applicativo', pare che la Giurisprudenza chiamata ad esprimersi circa il sussistere (o meno) della giurisdizione amministrativa:
ondivagamente indulga ad una sorta di *favor* verso l'un criterio (situazione giuridica soggettiva) o l'altro (collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo);
peraltro, stante la natura (come univocamente intesa) di tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio, per 'forza attrattiva' trascinando la soluzione di riparto relativa alle questioni risarcitorie per pregiudizi derivati da atti autoritativi[28]; salvo dover 'stigmatizzare' sulle incertezze che si determinano nell'assumere, quale *causa petendi* dell'azione di danno, l'illegittimità del provvedimento della pubblica amministrazione (se debba ricorrere o meno un nesso 'causale', immediato e diretto)[29].

[26] Cass. civ., sez. un., Ord. 18 ottobre 2023, n. 29009. Cfr. pure (benché ne vada stigmatizzato un improprio riferimento alla giurisdizione esclusiva) Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. II, 3 febbraio 2023, n. 339.
[27] Cass. civ., sez. un., Ord. 22 settembre 2023, n. 27197.
[28] Salvo l'orientamento complementare, esempi del quale sono riportati nella nt. seg., valga di rinviare a: Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3486; 30 giugno 2023, n. 18540.
[29] Cfr.: Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2069; Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528.

ISSN 2036-7821

Non paiono puntualizzazioni dirimenti, con riguardo al criterio del collegamento della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo: né il riferimento (omologo) all'atto autoritativo come (generico) 'oggetto' della controversia[30]; né quello al rapporto (diretto od indiretto) col pregiudizio, corrispondentemente identificando l'oggetto principale della cognizione nell'atto autoritativo od altrimenti. Così, è dato di leggere che, «al giudice ordinario non è attribuita la cognizione di controversie aventi come *oggetto principale* la legittimità di provvedimenti amministrativi che siano la *fonte diretta* della lesione lamentata. Di talché, ne consegue che in siffatte ipotesi il giudice ordinario non possa neanche disapplicare il provvedimento che viene in considerazione non in via indiretta, nell'ambito di un rapporto il cui oggetto principale è altro, bensì come *fonte diretta* della lesione»[31]. Infatti, onde segnare i termini di confine del riparto di giurisdizione, anche senza contare l'assetto impresso dal vigente dettato costituzionale, sarebbe (quantomeno) anacronistico l'argomento che mutui una disciplina (artt. 2, 4 e 5, L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. 'E', sul contenzioso amministrativo):
apprestata ben prima che si affermasse la giurisdizione amministrativa e si forgiasse la figura dell'interesse legittimo;
eppertanto, inerente ad un difetto di giurisdizione non 'relativo', ma 'assoluto' (al cospetto di una rigida considerazione del principio di separazione dei poteri dello Stato e del contrappunto della riserva di amministrazione);
oltretutto superata, nella sua letterale interpretazione, sin dai primi anni del Novecento, sulla scorta dell'argomento logico per cui il Giudice ordinario non può conoscere, dell'effetto lesivo sul diritto soggettivo, se gli viene precluso d'indagare e decidere sulla legittimità dell'atto amministrativo che si vuole causa del pregiudizio stesso[32].
Ragion per cui:
in un contesto ordinamentale nel quale è ormai superata la preclusione (in genere) di un sindacato giurisdizionale condotto in via principale sugli atti amministrativi; così che, non trattandosi di fronteggiare un problema di indipendenza fra poteri-funzione dello Stato, ne risulta assecondata un'impostazione meno rigida anche del riparto di giurisdizione;
rivisitato il rilievo della 'prospettazione' in un contesto epistemologicamente evoluto di considerazione delle condizioni dell'azione[33];

[30] Cass. civ., sez. I, Ord. 8 maggio 2023, n. 12019.
[31] Trib. Catanzaro, sez. II, Ord. 27 giugno 2023. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 6 febbraio 2023, n. 3496.
[32] Così Cass., sez. un., 7 gennaio 1904, in *Giur. it.*, 4, I, col. 234 s.
[33] Cfr. ultimi capoversi del par. 3 nonché, P. Cotza, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo (con particolare riguardo alla materia ambientale)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2024.

ISSN 2036-7821

andrebbe più meditatamente valutato se sia preferibile (a partire dalla circostanza di presentare minori controindicazioni) l'adozione (generalizzata ed assorbente) del criterio fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva.

Non foss'altro perché: avuto riguardo alla giurisprudenza secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo[34]); quel contributo pare poco edificante, dal momento che rende sterile l'apporto valutativo del giudice, come indissociabile dalla questione di merito. Non per caso (rinviando, al prosieguo metodologico della trattazione, maggiori ragguagli) si afferma che «la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, ai fini del riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, ciò che rileva è il "petitum" sostanziale, il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa petendi", ossia della *natura giuridica della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico sotteso alla pretesa avanzata*»[35].

Di tali criticità, parzialmente si è dato conto in precedente scritto (nanti menzionato in nota d'esordio), proponendo una 'chiave di lettura' revisionista, di estrazione dogmatica. Stavolta, si tratta di traslare quel costrutto in funzione di una (eventuale) ricostruzione interpretativa (organica) della (*ratio* della) disciplina concernente la 'giurisdizione amministrativa esclusiva', tenuto conto:

da un canto, dell'invalso orientamento per cui l'assegnazione, al Giudice amministrativo, della cognizione su controversie aventi ad oggetto (la domanda di tutela di) diritti soggettivi sia condizionata all'introduzione di deroghe (al principio dell''unicità della giurisdizione') da parte del Legislatore[36];

d'altro canto, della sensazione che una parte almeno di quelle previsioni 'derogatorie' risenta dell'accennata carenza di rigore della disciplina generale (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.), oltreché del condizionamento esercitato da certe prese di posizione della Corte costituzionale[37]; con un deleterio effetto di 'trascinamento' sull'operato della Giurisprudenza quando sia chiamata a pronunciarsi su ambiti così

[34] Cons. Stato, sez. VII, 7 febbraio 2023, n. 1324.

[35] Ultimamente il concetto è ribadito da Trib. Lamezia Terme, sez. unica, 1° settembre 2023, n. 691. Riferimenti più espliciti si rinvengono: in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271, ma soprattutto in Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4273. Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754.

[36] Esempl., Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. I, 3 febbraio 2023, n. 134.

[37] Segnatamente, ci si riferisce a Corte cost., 5 febbraio 2010, n. 35 secondo cui, perché sussista la giurisdizione esclusiva, occorrerebbe che l'amministrazione operi, in ambiti predefiniti, "attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali ai sensi dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, sia … mediante comportamenti". Sulle incongruenze riscontrabili in diverse previsioni legislative di giurisdizione esclusiva, al di fuori del c.p.a., A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 3.

ISSN 2036-7821

insidiosi (basti pensare che, stando alla tesi del Giudice delle leggi per cui la giurisdizione esclusiva presuppone l'esercizio di un potere qualunque di autorità, in quella stessa sede il giudice amministrativo potrebbe conoscere – sia pur non 'normalmente' – "anche soltanto [di] diritti soggettivi"). Prova ne sia che quest'ultimo 'formante' si è (pur variamente) prodigato nel senso di 'ritagliare' ambiti delle controversie su diritti, pur rientranti nelle materie attribuite alla giurisdizione esclusiva, in modo da escluderne la riconducibilità al giudice amministrativo.

Da tempo la dottrina non si è limitata a stigmatizzare l'assenza (o, comunque non evidenza) di 'consistenza sistematica' della giurisdizione esclusiva, avvertendo circa il suo rilievo sintomatico: delle criticità nelle quali attualmente incorre certa (considerazione della) 'specialità' della giurisdizione amministrativa esclusiva che giustificherebbe il menzionato regime derogatorio, con particolare riguardo ai rischi che ciò può implicare in termini di arretramento dei livelli di tutela raggiunti dalla giurisdizione amministrativa (in termini di 'pienezza') persino sul piano della protezione degli interessi legittimi[38]. Nella circostanza, l'attenzione è stata all'uopo concentrata, più che sul profilo (costantemente rimasto invariato) di riparto (sindacato esteso ai diritti soggettivi), su quello (al primo strettamente correlato) della tutela: 'di spettanza', rapportandola (in chiave evolutiva) ad una giurisdizione di legittimità tradizionalmente associata alla tutela 'di annullamento'; per cui, nel declinare quella specialità, si è passati dall'originario assoggettamento dei diritti soggettivi alle medesime modalità di protezione degli interessi legittimi, ad un'estensione al giudice amministrativo dello strumentario di tutela apparecchiato per il processo civile. In quest'ottica, l'attenzione si è concentrata sul profilo (meno indagato) dell'implicazione che determinerebbe (in punto di riparto eppertanto), sul senso attuale di una giurisdizione amministrativa esclusiva, la progressiva dotazione di quella di legittimità secondo i canoni della spettanza. Salvo interrogarsi: sulle ragioni per cui non si è pervenuti, per via di quel riavvicinamento (si pensi alla 'scoperta' dell'efficacia conformativa del giudicato di annullamento nonché, alla sentenza di condanna non risarcitoria), ad una tendenziale neutralizzazione della prima[39]; e su quali ne siano pertanto le prospettive. A tal punto, la dottrina in esame propende: a partire da una 'totale assimilazione' alla giurisdizione generale di legittimità ("in quanto si ritenga che essa si eserciti, sempre e comunque, su meri

[38] Già nell'immediatezza del Codice del processo amministrativo, A. ROMANO TASSONE, *La giurisdizione esclusiva tra glorioso passato ed incerto futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, segn. parr. V-VI. Quanto alla riconoscibilità di una *ratio* unitaria dell'istituto, cfr. pure P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, p. 377 s, 383; F. SCIARRETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, 2018, p. 2.

[39] Di tale avviso si è dichiarato F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 28 s., segn. p. 32 s., segn. pp. 37-38.

ISSN 2036-7821

interessi legittimi, e mai su diritti soggettivi"); per un'estensione (in chiave di 'giurisdizione piena'[40]) della tutela del giudice amministrativo su diritti soggettivi 'anche al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva: almeno, quando vi sia correlazione fra questi ultimi e l'esaurimento della discrezionalità da parte dell'amministrazione[41].

Se non che, gli sviluppi del dato di esperienza giudica (dei 'formanti' legislativo e giurisprudenziale), quale maturato nel corso degli ultimi lustri, non sembra abbiano dato seguito a quella tesi. Ragion per cui la ricerca di un senso attuale della giurisdizione esclusiva (come speciale) va condotta tenendo conto di una persistente resistenza del principio di 'unicità'. A questa stregua:

pur convenendo che la preferenza per il giudice speciale è (in definitiva) giustificata dalla duplice circostanza che l'ottimizzazione dell'obiettivo, di assicurare (alla luce del dato costituzionale) pieno soddisfacimento a qualsiasi situazione giuridica tutelata, può derivare proprio dall'annullamento del provvedimento[42]; e che comunque "solo il giudice amministrativo appare in grado di valutare quanto il potere … abbia prodotto sul piano dell'assetto degli interessi confliggenti";

pare doversi optare per l'opportunità di riprendere e sviluppare il precedente discorso dogmatico, per come incentrato sui due punti 'deboli' messi in mostra dalla precedente disamina di Giurisprudenza.

Ci si riferisce: oltreché al potere (autoritativo, discrezionale); alle situazioni giuridiche soggettive, dal momento che l'attuale sistema di giurisdizione dualistico, continua a patire della carenza del presupposto di situazioni soggettive dai confini ben delineati, coi relativi problemi di riparto[43]. Ciò, passando altresì attraverso una 'rivisitazione' di quell'interesse pubblico cui l'azione amministrativa è intrinsecamente funzionalizzata, sì da rendere (in linea di massima) opportuna l'assegnazione, al giudice amministrativo, delle correlate controversie, talvolta anche se il cittadino azioni un diritto soggettivo.

2. *'Rivisitazione' di metodo dei discorsi tradizionali sul potere amministrativo e di teoria delle situazioni giuridiche soggettive.*

Il moltiplicarsi delle occasioni di contatto fra la sfera d'interessi del singolo ed i 'pubblici poteri', riscontrabile nel contesto di esperienza recato dalla 'modernità', implica una adeguata 'complessità incrementale' dell'ordinamento (specie in termini

[40] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001.

[41] A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, par. VII, ove si assume, quale riferimento principale, l'azione di condanna generale e atipica di cui all'art. 30 c.p.a., da porre in stretta relazione con quanto disposto a proposito dei poteri del giudice del silenzio (art. 31 c.p.a.).

[42] F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 847 s., 862.

[43] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 143.

ISSN 2036-7821

di 'apertura al futuro') e, con essa, un pari sostegno concettuale e di sistema. Quest'ultimo, pur senza misconoscere il 'valore' di cui si fa portatrice (di volta in volta) la Legge, assume ormai il problema come fondamentale criterio euristico: principio di organizzazione (funzionale) di un dato 'positivo' (per quanto accennato in termini di 'apertura') sempre più improntato allo schema 'consequenzialista' (come alternativo a quello 'ipotetico-casuistico'), giacché assolve a compiti di regolazione d'interessi dalla progressiva definizione 'sul campo' (a misura di altri) ed è sensibile agli effetti concreti. Ciò, evidentemente, anche sul versante della tutela eppertanto, processuale[44].

2.1. ***Rilevanza del 'potere pubblico' per via delle sue dinamiche.***

Su queste basi, può cominciare col dirsi che non torna utile di avvalersi in genere di una nozione di potere 'in senso statico' (comunque riconducibile a quella di condizione del soggetto che non ha il dovere di omettere l'atto, di compiere quello contrario), tenuto conto che: pur avuto riguardo alla sua matrice sociale[45]; 'in positivo', non va oltre un rilievo giuridico 'di senso', riconducibile alla «*posizione* [o attitudine] *del soggetto (o organo) che è in grado, secondo l'ordinamento, di produrre unilateralmente effetti cui il destinatario dell'atto* [consapevole] *di esercizio del potere medesimo non può sottrarsi*»[46].

Ciò non significa necessariamente che l'idea di potere sia inconferente sul piano giuridico:

né in termini assoluti, benché resti ancora controverso se vi possa trovar utile compendio una fenomenologia tanto estesa ed eterogenea da ravvisarvi persino il tratto saliente (quando non consustanziale) della 'grande dicotomia' pubblico/privato[47]; tanto più che, persino sotto il primo versante, complice il diffondersi di forme contrattualizzate, si registra certa tendenza a convertirlo parzialmente (da autoritativo) in 'servizio' (*rectius*, 'funzione'), quale attività svolta nell'interesse altrui (del cittadino);

né relativamente alla tematica che occupa il presente scritto.

---

[44] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *"Viatico" di metodo per un diritto amministrativo della modernità. Ridislocazione del punto di vista dottrinale sul versante della tecnica (dalla fattispecie estensionale alla discrezionalità pura, passando attraverso il "tipo normativo di problema")*, Cagliari, Edizioni Giuridiche, 2023.

[45] Nella duplice accezione per cui: «1) non v'è società (collettività stabile e organizzata) senza potere, come non vi è potere senza società; 2) una società può venir (ed è) descritta come un sistema articolato di poteri, provenienti tanto dall'alto quanto dal basso» (così S. COTTA, *Potere e Autorità*, in *Il problema del potere* – atti del seminario di studi dell'Unione giuristi cattolici italiani, raccolti in Quaderni di *Iustitia* –, Milano, 1986, p. 9 s.).

[46] E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Padova, 1983, p. 247. Cfr. pure A. CERRI, *Potere e potestà*, in *Enc. giur.*, Roma, p. 2.

[47] A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 559 s.

ISSN 2036-7821

Anzi, proprio in corrispondenza di quest'ultimo versante, pare proficuo di concentrare la speculazione: sulle relative 'dinamiche di legittimazione' (potere quale fenomeno - se non 'pura energia' - reggente in genere i processi di trasformazione dell'ordinamento[48]); pur senza spingersi sulle accezioni (esposte all'obiezione di risolversi in tecnicismi) di 'situazione soggettiva' come di 'diritto di azione'[49].

---

[48] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 966, segn. p. 980. ID., *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali Messina*, 1981, p. 406; ID., *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51 s.

Cfr. pure N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? Rileggendo Franco Ledda*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 1 s., segn. pp. 43-45.

Per una concezione del potere come "energia" in senso dinamico, G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 266 s.

[49] Fra i giuspubblicisti che configurano il potere come situazione giuridica, soggettiva: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, p. 122 s.; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 165 s. F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, p. 92 s. ne parla come di quella situazione giuridica soggettiva (in definitiva, una "forza" – *ivi*, p. 96 –) che caratterizza la "fattispecie-atto" nel soggetto che pone in essere quest'ultimo (a sua volta, esercizio di un potere giuridico – *ivi*, p. 104 –).

Nell'ambito della 'dogmatica' moderna è merito di A. THON, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, p. 325 l'aver distinto il potere di disporre dal diritto soggettivo (la forza che scaglia il sasso dal sasso medesimo, secondo la sua suggestiva metafora) fino a quel momento confusi nel concetto, generico ed unitario, di "signoria della volontà" (per cui cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2 ed., I, Frankfurt am Main, 1906, p. 856, il quale muove nella direzione di un assorbimento del potere giuridico nel diritto; all'opposto di L. DUGUIT, *L'Etat et le droit objective*, Paris, 1901). Per una netta differenziazione del potere (in quanto fattispecie normativa, di un genere di atti - dunque, schema astratto di dinamiche rappresentate da comportamenti umani, liberi - i cui singoli tipi si chiamano negozi, provvedimenti, leggi) rispetto alle situazioni soggettive, giuridiche ed al diritto soggettivo in particolare (che invece attengono alla posizione del soggetto, per cui loro contenuto non è un comportamento ma un rapporto): G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, p. 241, segn. pp. 238-239, 241-242-243 (*ivi*, nntt. 7-8), 247, 249, 253. Puntualizza lo stesso G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, p. 101 (già in *Dizionario amministrativo* - a cura di G. Guarino -, I, Milano, 1983, p. 101) che le fattispecie normative di comportamenti riconducibili al termine "potere" «presentano la duplice caratteristica: di implicare una scelta tra due o più soluzioni astrattamente possibili e di produrre, oltre ad altri effetti determinati dalla legge anche nel contenuto, effetti il cui contenuto è viceversa determinato dalla legge con riferimento proprio alle scelte, tra le varie possibili, compiute dal soggetto titolare del potere».

Osserva A. CERRI, *Potere e potestà…*, che: «Il potere astratto ...fuori dai casi in cui sia collegato ad un diritto soggettivo..., non è di per sé giuridicamente tutelabile, nel senso che il diritto di azione (art. 24 Cost.), nelle varie forme in cui si esplica (azione di accertamento, di condanna, costitutiva), presuppone una situazione giuridica soggettiva di diritto o di interesse legittimo ...e, dunque, una relazione specifica fra soggetto e "bene della vita"» (*ivi*, p. 3 con ampia rassegna di pronunzie della Consulta; il concetto è ribadito *ivi*, alla p. 6, ove si conclude che: «Solo ove il potere medesimo costituisca oggetto di un diritto subiettivo o di una "libertà" o di un interesse legittimo sono invocabili tutti gli strumenti in difesa del sistema, secondo i suoi principi, ai sensi dell'art. 24, 1° co., Cost.»).

Avuto riguardo al profilo di esistenza dell'"energia giuridica" piuttosto che a quello di esercizio cui è riconducibile il concetto di funzione cfr., di recente, L. FERRARA, *Statica e dinamica nell'interesse legittimo: appunti*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 465, ora anche in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, 2014, p. 105 s., segn. pp. 109-110.

Cfr. pure: E. GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, p. 226; E. CANNADA BARTOLI, Vanum disputare de potestate*: riflessioni sulle origini del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, p. 189; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere (la prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale)*, Padova, 1989; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

ISSN 2036-7821

Ciò, in vista: di un riscontro (sul piano dell'idoneità funzionale) da parte dei destinatari; come (in definitiva) della calibratura del sindacato, utile onde definire (in termini più precisi) i confini fra giurisdizioni. Temi, questi ultimi, sui quali ultimamente il dibattito si è riacceso, ma: con esiti discutibili; in particolare, senza riuscire a superare le consuete formule evocative (effettività e/o pienezza della tutela) del termine (oggetto) cui il precetto giudiziale si riferisce, in modo da verificare i margini attuali di un riesercizio del potere pubblico[50].

Procedendo per gradi, valga di osservare preliminarmente che le formule di legittimazione del potere possono (in linea di massima) così distinguersi: «*... la legittimazione a base "soggettiva" sostiene in realtà, più che ogni singola decisione assunta, il complesso delle decisioni che il "legittimo" titolare del potere abbia occasione di emettere durante tutto il suo mandato.*

Le formule di legittimazione oggettiva non possono che attenere invece, in senso stretto, a ciascuna singolarmente delle decisioni adottate dal titolare di un potere che, per quanto dotato di una incontestabile investitura, non è in grado di ottenere efficacemente, su questa sola base, adesione e consenso. Il plafond *legittimativo richiesto dalle tecniche a base oggettiva appare inoltre (qualunque esso sia) più difficile da conseguire, sicché il suo effettivo raggiungimento ad opera della singola decisione si presta, sempre in linea di massima, a maggiori dubbi e contestazioni*»[51].

Per quel che maggiormente rileva ai fini della presente trattazione, valga di sostare su di un ulteriore ordine (immediatamente susseguente) d'implicazioni della vicenda di oggettivazione del potere: di particolare rilievo sul versante pubblicistico ed attinente al porsi, accanto ad una questione di 'effettività' (capacità di fare), di una di 'efficienza' (quanto a possibilità di ottenere)[52]. Segnatamente, risponde alla questione di 'efficienza', nell'esperienza pubblicistica del moderno Stato di diritto, un aggiornamento dell'*autorità-competenza*, parimenti muovendo dal suo rilievo sociale (in quanto esercitata sui membri di una collettività eppertanto, forma di potere). Quel concetto di per sé esprime il riconoscimento di quanti vantino un 'sapere', come tale,

---

Sul concetto di potere amministrativo, più recentemente sono tornati: G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, 2012, p. 115 s.; A. LENER, *Potere* (in generale). *b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 610 s., pp. 640-641. Sull'eterogeneità delle tesi in punto d'interesse legittimo, quali orbitanti attorno alla nozione di potere, A. FIORITTO, *Gli interessi legittimi come fonte dell'ingiustizia amministrativa*, in Catelani-Fioritto-Massera, *La riforma del processo amministrativo. La fine dell'ingiustizia amministrativa?*, Napoli, 2011, p. 35 s., segn. pp. 39-40.

[50] Cfr. nell'ordine: M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo)*, Torino, 2020; M. TRIMARCHI, *A proposito di Potere e situazioni soggettive nel processo amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio del processo amministrativo) di Andrea Carbone*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 831 s.; A. CARBONE, *Dialogo sul potere con Michele Trimarchi*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, p. 244 s.

[51] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 567-568.

[52] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 11.

ISSN 2036-7821

sostanziantesi in valori giacché consistente nella capacità di esercitare influenza sulla base ed in favore della 'verità'; eppertanto, distinguentesi dal potere in senso stretto, dal momento che quest'ultimo, pur implicando conoscenza, si limita a circoscriverla (ai mezzi strumentali) al 'fine' da conseguire, senza ambire a verità (al primato del fondamento e della dimostrazione) eppertanto, ad un'adesione delle menti (alla persuasione)[53]. L'accennato aggiornamento consiste in ciò che:
«*quel che appare definitivamente consumata … è l'originaria capacità del potere pubblico di ottenere legittimazione, attraverso il richiamo alla corretta investitura del titolare, per una serie indefinita di decisioni – potenzialmente: per tutte quelle adottate entro i confini della propria "competenza" dal legittimo detentore –. Che è poi ... la saliente caratteristica – operativa, quindi definitoria – del potere legittimato soggettivamente. In questo senso, l'identificazione tra potere pubblico e potere legittimato obiettivamente risulta ... già oggi plausibile*»[54];
in quanto (per ciò solo) funzionalizzato *id est*, 'doverosamente' diretto allo scopo di cura dell'interesse pubblico, del potere pubblico s'impone una 'rivisitazione' al pari della 'buona amministrazione' sul piano (piuttosto che della doverosità) del vincolo modale di esercizio[55].

2.2. *Dalla legittimazione del potere a quella dell'interesse ('pubblico concreto' / 'legittimo').*

Quanto esposto, pur assolvendo al compito di superamento di certa nozione di potere, almeno come metafora da impiegare nel misurarsi col problema della giurisdizione amministrativa, non è certo sufficiente al fine di fondare la *pars construens* del relativo discorso. Peraltro, all'uopo: se il progressivo prevalere di modalità dell'azione amministrativa su base oggettiva ha finito col rispondere ad istanze di 'garanzia invertita' (in favore del cittadino); ben s'intuisce come mai la centralità del problema si sia spostata (ed allargata) sul tema della legittimazione (*an* prima che *quomodo*) dell'interesse pubblico corrispondentemente al punto di vista dell'amministrato cui ci si può momentaneamente riferire in termini di 'legittimo interesse' (in senso lato) per rifarsi ad una locuzione di marca prettamente 'comunitaria-unionista' che scongiura il rischio di condizionamenti derivanti dal *proprium* dell'esperienza italiana.
Taluni hanno obiettato che, «*non sembra in definitiva osservare l'esigenza di certezza del diritto una situazione nella quale la titolarità della situazione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio non risulta conoscibile* ex ante, *sulla base delle norme sostanziali, ma*

[53] COTTA, *Potere e Autorità...*, p. 12. Cfr. pure A. ROMANO TASSONE, *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. soc.*, 1991, p. 51.
[54] ROMANO TASSONE, *A proposito del potere...*, pp. 572-573.
[55] A partire dalle riflessioni di base di E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 s., segn. pp. 300, 302, 306.

ISSN 2036-7821

soltanto all'esito di un iter processuale che si conclude soltanto [con] *un giudizio di cassazione*»[56].

A quel punto, però, potendo controdedursi che ormai ci si è addentrati in una fase storica in corrispondenza della quale, ad una società tecnicizzata ed in rapida trasformazione, hanno corrisposto:

sia una relativizzazione del problema 'strutturale' di disciplina posto dall'indeterminabilità del futuro;

sia un tendenziale avvicendarsi al *fondazionalismo* del *proceduralismo*[57]; da quest'ultimo risultando traibile persino una parte dei valori etici e politico-costituzionali, dominanti[58].

In quest'ottica, si potrebbe convenire su di un progressivo emanciparsi dall'indicato approccio 'volontaristico' (fondato sulla *voluntas legis*).

Beninteso, si è consapevoli che: il dato 'positivo' vada costantemente inteso quale principale 'formante' di riferimento[59]; altrimenti, restandosi esposti alla censura d''inversione di metodo' (cioè, d'introduzione surrettizia di principi di 'giudizi determinativi' avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di 'meri' strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –)[60]. Nondimeno, ben si dovrebbe cogliere (giurisprudenza 'alla mano') la centralità che assumono, sul piano della qualificazione, le differenti 'sedi' (applicative) presso le quali viene traslato (risolvendovi il contesto globale di esperienza giuridica[61]) l'intreccio dell'ordinamento giuridico (alla stregua di un complesso di regole) con la trama delle relazioni fra i portatori degli interessi ed i beni o le situazioni (accessibili). Ciò, corrispondentemente a quanto risulta avvalorato dai più avanzati studi di ermeneutica giuridica in termini di rapporto (non lineare, sul presupposto di un

---

[56] M. CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale nel sistema della giustizia amministrativa: un equilibrio perennemente instabile*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, p. 215 s., segn. pp. 226-227.

[57] L. LOMBARDI VALLAURI, *Introduzione filosofica generale*, in L.R. Perfetti (a cura di), *Procedura, procedimento, processo*, atti del convegno tenutosi ad Urbino, nei giorni 14 e 15 giugno 2007, Milano, Cedam, 2010, p. 3 s.

[58] A. GIULIANI, *Ordine isonomico e ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in *Soc. dir.*, 1986, p. 81 s.

[59] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.

[60] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, p. 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[61] Evidentemente, ci si riferisce *in primis* a quella processuale, nella quale (per l'appunto) si rinvengono sia il diritto che il fatto concreto: dinamicamente (e così) indissociabili, «*perché l'accertamento del fatto è già diritto, o se si vuole il fatto è intrinsecamente giuridico*» (S. SATTA, *Giurisdizione* – II. *Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, p. 223 –).

ISSN 2036-7821

significato oggettivo, pre-esistente cui l'interprete avrebbe accesso, bensì) circolare fra diritto e fatto, quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[62].

[62] MIGLIORINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, Jovene, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione". Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima. All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -. Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni". L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato

ISSN 2036-7821

D'altronde, che l'interpretazione come co-artefice d'interessi giuridicamente rilevanti sia finalizzata all'applicazione di disposizioni ad una realtà delimitata e circoscritta, trova conferma nell'art. 12 delle 'preleggi' al cod. civ. (rubricato 'interpretazione della legge') ove così si esordisce: «*nell'applicare la legge…*»[63]. Gli è allora che resta comune il fondamento della comprensione nel processo applicativo: esso si traduce in quel 'nesso dialettico' (moto circolare) che dal 'diritto' (*quaestio juris*) conduce al 'fatto' (*quaestio facti*) per tornare al primo. In altri termini, ogni giudizio (quale esso sia) è prospettabile non come un *quid* a sé stante, bensì come il risultato di un'attività (non solo sotto un aspetto statico, ma anche in una visuale dinamica): considerando la comprensione come un momento 'essenziale ed ineliminabile' nella complessa operazione di applicazione della legge ad un caso concreto[64]. Solo aderendo allo schema logico-circolare di comprensione-applicazione, si è in grado di apprezzare che il giudizio logicamente non anticipa la determinazione volitiva, ma con essa s'identifica, progressivamente definendosi. Altrimenti, nell'ottica della teoria logicistica della decisione (che la equipara ad un sillogismo pratico[65]), la duplicazione delle fasi (posizione della regola del caso concreto e determinazione della susseguente decisione) si rivela non solo una inutile complicazione[66], ma (quel che è peggio) un'aberrazione del processo.

"primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»). In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

[63] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 2012.

[64] Cfr.: L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 10-12, 19-20; GADAMER, *Verità*, cit., pp. 350 ss., 360 ss.; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, nonché -con aggiunte- in *Problemi giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 140 ss. Cfr. pure: G. ZACCARIA, *Indirizzi della filosofia e della teoria giuridica contemporanea: una mappa*, in *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 1990, pp. 19 e 164, ove l'a. aderisce alla teoria esposta da J. ESSER in *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, Frankfurt a.M., 1972 (tr. it., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto: fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, a cura di Patti-Zaccaria, Napoli, Esi, 1983); F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., 201 ss.

[65] E. CANNADA BARTOLI, *Decisione amministrativa*, in *Nov.mo Dig. it.*, V, Torino, Utet, 1960, p. 268.

[66] Cfr.: B. CROCE, *Filosofia della pratica: economica ed etica*, Bari, Laterza, 1923, segn. pp. 27-28, 328; ma cfr. pure, ID., *La storia come pensiero e come azione*, Bari, Laterza, 1965. Per la rilevanza del pensiero crociano sui problemi di storia e scienza del diritto, Cfr. pure: P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, ora in *Studi sul processo civile*, V, Padova, Cedam, 1947, p. 41; LUIGI (GINO) GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, Giuffrè, 1941, ove coerentemente se ne fa seguire la rivalutazione dei casi concreti e l'approfondimento (filologico potrebbe definirsi) dei testi legislativi, giurisprudenziali e dottrinali; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, p. 41.

ISSN 2036-7821

Tentando di ricavare una sorta di 'precipitato' specialistico dalle osservazioni sinora condotte, pare di poter sostenere che l'indiscriminato riferimento legislativo al 'potere' (di cui all'art. 7 cit. c.p.a.) è ultroneo: nella misura in cui stride con i canoni di teoria della norma secondo i quali, quando quest'ultima si conformi allo schema ipotetico-casuistico, cui corrispondono l'azione amministrativa vincolata ed il 'contraltare' della situazione di diritto soggettivo, vi è spazio solo per il rapporto 'norma-fatto'[67]; dunque, con esclusione del 'potere' (che, come tale, non può che essere discrezionale). In quest'ottica, il riferimento all'esercizio autoritativo non è però superfluo: nella misura in cui serve a ricondurre tendenzialmente la giurisdizione amministrativa a norme rispondenti allo schema consequenzialista ('norma-potere-fatto') eppertanto, ad un agire discrezionale cui è correlata la figura dell'interesse legittimo. In quest'ottica, va inteso il riferimento ad "atti costituenti esercizio di *poteri autoritativi e discrezionali*"[68].

A tal punto, una compiuta elucidazione del dato normativo sotto osservazione, onde farne emergere tutte le potenzialità, esige un consono reinquadramento di teoria delle situazioni giuridiche soggettive. Ma, poiché queste ultime si connotano per certa 'trasversalità' rispetto alla somma partizione 'pubblico/privato', e la giurisdizione amministrativa è imperniata sull'interesse legittimo, occorre domandarsi come il medesimo si atteggi alla luce del principio di legalità e rispetto all'interesse pubblico.

In tale contesto, vien fatto d'interrogarsi quanto alle espressioni 'teoricamente possibili' della legalità: se esse siano compendiabili secondo l'alternativa 'esecutiva'/'teleologica', come deporrebbe anche il dato 'positivo' laddove sancisce (all'art. 1, L. n. 241/1990) il risolversi della legalità nel perseguimento dei 'fini determinati dalla legge'[69]; se (altrimenti), per quel che rileva nello studio in esame, il 'problema politico' non sia risolvibile esclusivamente nella sede legislativa (sì da tradursi in 'problema amministrativo'[70]). Così: assumendo centralità lo scopo d'interesse pubblico 'non di parte' (in quanto espressione di un punto di vista che non è quello dell''apparato' – astrattamente dell'atto-attività, del potere –)[71]; altresì, potendo assumere rilevanza, nel concreto, interessi ulteriori. Non per caso, tale evenienza non si configura fintantoché restano insuperate le tradizionali

[67] In linea, con riguardo a controversie inerenti alla concessione e revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche, Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095 secondo cui "sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario *quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge*", "mentre alla pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione".

[68] Tale sintagma si rinviene, *ex multis*, in Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2023, n. 7929.

[69] A. CIOFFI, *Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2020, pp. 127-128.

[70] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, pp. 551 s., 554-555.

[71] SANTI ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, ora in *Scritti minori*, Milano, 1950, I, pp. 90 s., 96.

ISSN 2036-7821

precomprensioni (non solo teoretiche, con riferimento allo schema normativo di riferimento, ma altresì) epistemologiche, quanto alla trascuratezza del giurista verso l'interesse pubblico, per via di certa propensione a "trattarne" separatamente rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso[72]. Ciò, a sua volta, si spiega con due ordini di ragioni.

Innanzitutto, per via della teorica in forza della quale nel processo amministrativo (giuridicamente) si farebbe questione del solo interesse pubblico 'di parte' o dell'interesse legittimo come coincidente col primo (da cui "riceve[rebbe] la vita"), così riducendo il secondo al rango di mera prerogativa di reazione nei confronti del provvedimento illegittimo (tale da "sdoganare" la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dell'interessato[73]). Risponde al vero che tale tesi ha raccolto un seguito minoritario[74]; pur trattandosi della più raffinata fra quelle originatesi dalla medesima costola, per cui l'unica situazione giuridica, soggettiva, sostanziale, logicamente ammissibile, sarebbe il diritto soggettivo[75]. Ma ciò si spiega in ragione delle obiezioni tradizionali che si appuntano: su di una concezione rigidamente compartimentale ("a tenuta stagna") quanto alla distinzione tra 'norme di relazione' e 'norme di azione', e quindi tra illiceità ed illegittimità; sull'asserto secondo cui il processo amministrativo tutela soltanto l'interesse pubblico individualizzato nell'amministrazione[76]. In particolare, da decenni (ormai) la dottrina ha posto l'accento sulla giuridica implausibilità sia della tesi secondo la quale le norme 'di azione' sarebbero poste a tutela del solo interesse pubblico, sia di quella per cui l'interesse sostanziale dell'individuo possa ridursi a mero fatto di legittimazione[77].

Il secondo ordine di spiegazioni di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto all'interesse legittimo sostanzialmente inteso, può così articolarsi: per via della connotazione "anfibologica" di un raffronto (l'interesse legittimo designando una situazione giuridica, l'interesse pubblico - atecnicamente - un'utilità per l'amministrazione[78]); altrimenti, identificando l'interesse legittimo con un sotteso interesse sostanziale, privato, in ragione dell'inammissibilità di una "correlazione" con un interesse (quello pubblico) individuato normativamente, dato che «*laddove*

---

[72] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

[73] E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi della giustizia amministrativa* (prolusione al corso di diritto amministrativo pronunciata il 14 dicembre 1936), in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 51 s. (ora in ID., *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 10).

[74] A. GLEIJESES, *Profili sostanziali del processo amministrativo*, Napoli, 1962, pp. 27-29, segn. p. 32 s., parla dell'interesse legittimo come (di una situazione soggettiva) coincidente con quello pubblico.

[75] F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d. (1910), p. 3.

[76] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 251-255.

Quanto alla dubbia accettabilità della distinzione fra norme di azione e di relazione sul piano della teoria generale: M.S. GIANNINI e A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 282.

[77] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, I, pp. 6-7 s.

[78] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, p. 76, pp. 80-81.

ISSN 2036-7821

arriva la legge la definizione del rapporto fra gli interessi è per intero assorbita al suo livello senza spazi residui» (subordinazione dell'uno o dell'altro) eppertanto, sarebbe da escludere una situazione giuridica strutturalmente distinta dal diritto soggettivo[79]. Gli è tuttavia che quest'ultima tesi neutralizza la (possibilità di) correlazione (al pari dell'idea d'interesse pubblico in concreto) con meri espedienti verbali (es., 'vincolo di scopo', inteso come volto a perseguire non un interesse pubblico, ma interessi obiettivati e già formalizzati in una regola – legge o atto amministrativo –, a prescindere dai singoli e concreti aspetti che costituiscono i motivi della manifestazione di volontà dell'amministrazione[80]); sì da concludere risolutamente nel senso dell'"irrilevanza della nozione di interesse pubblico nella qualificazione delle situazioni soggettive"[81]. Così facendo, però, il medesimo costrutto pare prestar il fianco a due ordini di obiezioni.

Innanzitutto, se l'art. 97 Cost. fonda, ad un tempo, la compiuta risoluzione dell'interesse pubblico nell'ordinamento e, mediante la nozione di legittimità 'allargata', il contenuto dell'interesse legittimo ("che non è possibile definire che in relazione all'interesse pubblico siffattamente risolto"): non solo vi si coglie l'essenzialità della prospettiva di giustizia per la comprensione del diritto amministrativo[82]; ma ne risulta 'sconfessata' qualunque interpretazione ritualistica della legalità, sì da farne emergere gli aspetti sostanziali[83]. In buona sostanza, si tratta di condurre l'interesse legittimo dalla condizione di 'testa di ponte' della legittimità in certa area del merito (secondo quanto verrà esposto a proposito della ragionevolezza) a strumento di massimizzazione della legalità stessa in chiave di tutela (intervenendo principalmente su entrambe le leve – processuale e procedimentale –), sino ad annettervi (almeno in prospettiva) un più penetrante sindacato sull'opportunità.

In secondo luogo, quella tesi 'tradisce' una concezione di regola giuridica invariabilmente attestata secondo lo schema (imperativo – al più nella sua versione

---

[79] A. ORSI BATTAGLINI e C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 487 s., segn. pp. 496-497. Cfr. pure: R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 s., segn. p. 3212 («anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita»); M. PROTO, *La responsabilità dell'amministrazione per lesione di (meri) interessi legittimi: aspettando la Consulta*, nota a Corte cost., ord. 8 maggio 1998 n. 165, in *Resp. civ.*, 1998, p. 966 s.

[80] Così, sia pur nei confronti di atti di diritto privato, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 160-164. Sia consentito di rinviare, al riguardo, a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, 2007, par. 3.9.3.

[81] Cfr., al riguardo, A. ORSI BATTAGLINI, *"L'astratta e infeconda idea". Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico* (AA.VV.), Bologna, 1990, p. 11 s., segn. p. 73.

[82] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 18.

[83] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse...*, pp. 9 e 19.

ISSN 2036-7821

finalistica – *id est*) ipotetico-casuistico[84]. La risposta al dilemma concettuale di partenza sembra allora doversi ricercare altrove: prendendo spunto dall'irriducibilità, allo schema testé indicato, delle disposizioni di matrice 'consequenzialista'; sì da dover ricorrere ad una nozione epistemologicamente 'matura' d'interesse pubblico: non come appartenente (in via esclusiva) all'amministrazione, bensì visto nella dinamica della sua determinazione e quindi nella confluenza dei vari interessi che in tale dinamica sono coinvolti, compresi quelli degli amministrati; quale quella suffragata dalle accennate logiche dei meccanismi decisionali (interpretativo-applicativi) e del "circolo ermeneutico"[85].

Detto altrimenti, come conferma il dato globale di esperienza, non esiste alcun interesse, individuato da qualche disposizione normativa, che, nel contesto dell'agire concreto, non si trovi variamente connesso ad altri (i quali ultimi, a loro volta, anche in mancanza di una previsione normativa, non possono non essere ponderati da chi è tenuto ad operare la scelta)[86]. È, allora intuitivo (e plausibile) che «*fissare il rilievo e l'importanza di un interesse entro o di fronte una costellazione di altri interessi non è opera di ragione, anche se soggettiva: è già optare per un valore piuttosto che per un altro, equivale già alla scelta e cioè in ultima analisi alla volizione*»[87]. Dunque, «*non ha proprio alcun senso pretendere, come talora s'è fatto, che l'interesse pubblico individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale*»[88]. Laddove, la sola considerazione del processo ermeneutico-applicativo, secondo uno schema 'circolare' (trovando favorevole sponda epistemologica nell'apporto del 'razionalismo critico' al problema della 'calcolabilità' delle conseguenze della decisione), può garantire al 'farsi' dell'atto una riconducibilità al dato globale di esperienza, (fra l'altro) con corrispondente massimizzazione delle adesioni da parte degli 'interessati'[89].

Convenendo con quanto esposto, la conclusione cui può provvisoriamente pervenirsi è che:

se quello pubblico non è (ormai) un interesse "che incorpora o nega gli interessi privati"[90];

---

[84] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

[85] L. BENVENUTI, *Lingua e potere nel diritto dell'amministrazione pubblica*, Milano, 2017, pp. 122 s., 289. In tal senso, già A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65, segn. p. 77.

[86] M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 97. Cfr. pure A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1962, II, p. 320, nt. 111.

[87] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., p. 220 ss., segn. pp. 226-227.

[88] A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 65 ss., segn. p. 77.

[89] F. LEVI, *L'attività conoscitiva*, cit., pp. 227-228. Sul ruolo della scienza nel far convergere "legge" ed "azione", nonché sull'apporto del "razionalismo critico" in ordine al problema della "calcolabilità" delle conseguenze, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo*, cit., parr. 1.2.1. e 1.4. (*ivi*, testo corrispondente a nt. 188).

[90] M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 122; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescienza al provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1987, p. 84 ss.

ISSN 2036-7821

se, in altri termini, l'interesse pubblico si delinea sempre più nitidamente (e legittimamente) via via che si arricchisce l'esercizio dell'interesse legittimo (da parte dei suoi portatori) a cominciare dal piano sostanziale[91]; ed in quest'ottica, trova favorevole sponda quell'autorevole dottrina secondo la quale (a differenza della coppia diritto-obbligo) «*entrambe le situazioni (potere autoritativo e interesse legittimo) vivono nell'ambito di una vicenda dinamica, che mena alla definizione di un (nuovo) assetto di interessi, nel quale si colloca la soddisfazione dell'interesse pubblico e può trovare posto la soddisfazione dell'interesse privato*»[92];
se ciò si rende possibile (solo) in quanto, sul presupposto della (prolungata) assenza di una compiuta disciplina sostanziale (del tipo di quella - *in primis* codicistica - dedicata ai diritti soggettivi), è anche al processo (alle sue forme ed ai suoi contenuti) che occorre attingere onde ricostruire i caratteri dell'interesse legittimo[93];
se l'ordinamento si contraddistingue in tal senso per il riconoscimento (sia pur in forme e sedi diverse) della 'plurisoggettività dell'interesse legittimo' e di uno strumentario di tutela consono alla varietà del sistema[94];
cade il duplice assunto (ancora ricorrente) di una estrazione esclusivamente 'volontaristica' dell'interesse legittimo; al pari di una trattazione separata dell'interesse pubblico rispetto al primo.
A tal punto, pare potersi giungere ad una prima conclusione in ordine all'oggetto del giudizio amministrativo: come non giova l'identificazione con metafore, quale quella del potere amministrativo; tale deve reputarsi piuttosto (l'interesse pubblico concreto come indissociabile dal)l'interesse legittimo (in quanto di quello esprime il punto di vista del cittadino).

2.3. *Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche.*

Tutto ciò però implica, sempre in chiave di correlazione, anche il superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (per l'appunto, quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che

[91] F.G. SCOCA, *Interessi protetti* -dir. amm.-, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, Treccani, 1990, p. 11.
[92] F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 399-400. Sul procedimento quale luogo per eccellenza della dinamica, G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini e D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, p. 805 ss.
[93] *Ex pluribus* L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., pp. 57, 84-86 e 90.
Cfr. pure G. CORREALE, *Struttura del processo amministrativo e situazione fatta valere*, Caserta, Russo, 1978.
[94] G. ABBAMONTE, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 137 ss., segn. pp. 137-138.

ISSN 2036-7821

vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).
Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[95]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[96].
Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad un'applicazione univoca*»[97]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[98]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre).
Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell''individuo qualunque'[99].
Si è dell'avviso, invece, che il dichiarato 'approccio' d'indagine possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.
Dovendo procedere con gradualità, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell'alternativa; laddove

[95] Da tempo, si è espresso in questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.
[96] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.
[97] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s.
[98] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.
[99] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263.

ISSN 2036-7821

l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[100]. Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che: si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[101]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[102]; il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse, salvo stabilire esaustivamente le *tipologie* di quest'ultimo[103].
Nondimeno (ed in definitiva), quell'inquadramento può tornar utile sotto più versanti.
Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto:
benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo);
è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[104].
Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[105].

---

[100] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272.

[101] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.

[102] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 218 e 18 s.

[103] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 39 s., 297.

[104] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5.
A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, prima del capitolo dedicato a "*Il concetto di diritto soggettivo*" (*ivi*, p. 160 s.), dimostra il primato logico e concettuale del dovere sul diritto (*ivi*, p. 153 s.), costruendo le modalità giuridiche (dunque, classificando le situazioni soggettive) sulla base (in funzione) dei doveri (*ivi*, p. 149 s.). NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s., accentua, quale base del diritto soggettivo, la modalità del dovere (in senso stretto) di astensione o del dovere di cooperazione al soddisfacimento dell'interesse protetto. Nel senso del derivare il diritto soggettivo dall'obbligo e quest'ultimo, a sua volta, dal diritto oggettivo, già R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319 ove l'a. ne trae le implicazioni sul piano del rapporto giuridico: come corrente «da un lato, tra norma giuridica e soggetto obbligato (dando luogo al vincolo), e dall'altro tra norma e titolare del diritto soggettivo (dando luogo alla garanzia)». Sul diritto soggettivo come concetto "derivato" (potere di pretendere l'adempimento dell'obbligo): H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[105] Cfr. le illuminanti (sia pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche …*, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272; con SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s. nonché, *ivi*, del medesimo a., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

ISSN 2036-7821

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi:
dall'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[106]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[107]);
corrispondentemente, dall'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, dall'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[108].

2.4. *Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …*

A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di 'precomprensione', trattandosi di offrire una soluzione 'in positivo', alla luce dell'orientamento epistemologico impresso ad un discorso impostato sull''approccio' teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.
Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'). Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[109]; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in

[106] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione…*, *Introduzione*, p. VII s. Cfr. pure, *ivi*, pp. 105, 132 e 175.

[107] Per cui può rinviarsi a E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219. Cfr. pure, *op. ult. cit.*, pp. 365 e 373.

[108] Così L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi…*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 219 s. e segn. 238.

[109] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità*

ISSN 2036-7821

cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[110]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[111];

---

amministrativa (nello Stato di diritto), in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

[110] Come già rilevato da: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

[111] L'ordinamento consta di una molteplicità di *rationes* (i principi) in grado di ridurre la complessità del contesto di riferimento mediante la predisposizione di soluzioni (ciascuna delle quali potenzialmente incondizionata) ai problemi di quest'ultimo. La co-esistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di "confinazione" (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sotto-ambiti problematici, distinti, cui riferire principi diversi) e/o "gerarchizzazione" (ulteriori differenziazioni funzionali, per effetto delle quali si stabilisce quando – entro il medesimo ambito problematico, o i sotto-ambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio "vale" o deve arretrare dinnanzi ad altro). «Confinazione e gerarchizzazione avvengono, peraltro, secondo il "senso" del sistema, sono esito del suo processo di differenziazione funzionale, che si esplica sul piano longitudinale e verticale. Sicché un ordinamento costituisce un sistema di principi (= rationes) costruito secondo un "senso", è la sistemazione dei principi secondo una programmazione. A questa stregua, ogni norma di un ordinamento è espressione di un principio. Ma nella norma il principio, di per sé incondizionato, si presenta, invece, come condizionato» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, p. 324). Lo strumento organizzativo della complementarizzazione «è costituito, in ogni caso, dalla fattispecie, e cioè dalla determinazione delle condizioni di applicazione di un principio regolativo, la quale vale, al tempo stesso, a determinarne l'ambito di applicazione. Le relazioni di competenza, specializzazione, gerarchizzazione, ecc., secondo le quali si organizza la complementarità di principi altrimenti concorrenti/antinomici, sono istituite determinando ambiti distinti per ciascuno di essi, ossia riconducendo ciascuno di essi a fattispecie diverse e tra loro alternative.

La fattispecie, perciò, è, ad un tempo, la tecnica specifica di organizzazione del sistema giuridico ed il criterio di smistamento delle complessità ambientali verso principi regolativi distinti, e cioè il medium tra sistema e [contesto]» (*ivi*, p. 175). «Le complessità marginali, pretermesse o sopravvenute provenienti dal [contesto], proprio in quanto non incontrano fattispecie atte a selezionarle adeguatamente, trovano difficoltà ad essere smistate verso i principi che potrebbero congruamente regolarle. Esse, perciò, producono quella che si potrebbe chiamare una crisi organizzativa, la quale richiede, per essere superata, la produzione di ulteriore organizzazione. E poiché il sistema giuridico si dà organizzazione attraverso la tecnica della fattispecie, il superamento della crisi organizzativa consiste, essenzialmente, in rideterminazioni delle fattispecie, tali da riassorbire il "caso organizzazionale", per via del quale la crisi si è manifestata. Ma, rideterminando le fattispecie, si riassettano, al tempo stesso, le complementarizzazioni dei principi regolativi già istituite, nelle quali consiste il sistema giuridico» (*ivi*, pp. 175-176).

ISSN 2036-7821

operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista; come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[112], ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[113]. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[114]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite o 'di garanzia' rispetto all'esercizio discrezionale[115].

Sempre per quanto già esposto:

pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo);

accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); potrà registrarsi (nel concreto

---

Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

[112] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69 conclude nel senso che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Cfr. pure, *ivi*, pp. 79-80.

Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti*, cit., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[113] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

[114] Resta inteso, per quanto anticipato, che può tornar utile, onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato (per un esperimento di tal fatta, pur coi dovuti aggiornamenti, può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.).

[115] Per quest'ultimo aspetto può rinviarsi a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 234 s.

ISSN 2036-7821

dell'operazione applicativo-attuativa della norma[116]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Dunque:

premesso che, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[117];

si tratta di verificare la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale, da 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali) a figura di rilievo 'identitario' dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo (sì da giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale).

Diversamente, si spiega la circostanza dell'essersi fatta strada persino la tesi favorevole all'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[118]. Potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

Ciò, complice il contrarsi progressivo del momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stanti certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa e l'ampliarsi del novero

---

[116] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

[117] F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

[118] Cfr.: SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900; G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912; E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792, 796-797; C.F. von GERBER, *Über Öffentliche rechte*, Tübingen, 1852 e ID., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 55; recentemente B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

ISSN 2036-7821

delle occasioni 'giustiziali' offerto al cittadino già sul piano procedimentale[119]; e, comunque, in considerazione:
sia di una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[120];
sia di un graduale assorbimento dei 'tipi' delle situazioni soggettive, giuridiche, nazionali, corrispondenti ad un agire discrezionale in senso stretto, da parte dei modelli di garanzia concepiti dall'ordinamento dell'Unione europea[121].
Per l'intanto, valga solo di osservare che tali ultime connessioni si sono prestate ad almeno un ordine di sviluppi, nel senso che: «se non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini, la giurisdizione esclusiva è il modello di riparto del tutto coerente con tale percorso. Dovrebbe anzi dirsi che giurisdizione esclusiva per materie è l'unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni»[122].
Nondimeno, pare doversi salvaguardare un rilievo 'identitario', dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, alla situazione giuridica soggettiva in esame, stante la sua relazione comparativa con l'interesse pubblico, che non può essere neutralizzata dal configurare la prima (al pari del diritto soggettivo) come 'quadro riassuntivo' di una tutela 'positivamente' data[123]. Così da giustificare: oltre ad una larga diffusione dell'interesse legittimo (di là dai nominalismi) anche al di fuori dell'ordinamento domestico[124]; certa specialità a livello giurisdizionale (in termini, non di ostacolo all'effettività e pienezza della tutela del privato nei confronti

[119] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 ss., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 7 ss., segn. p. 9; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 19 ss., segn. p. 28.

[120] A. ROMANO, *Conclusioni*, cit., p. 198.

[121] BRIGNOLA, *Potere discrezionale*, cit., p. 8.

[122] A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 5. Sull'illogicità della tecnica di isolamento preventivo dei diritti e degli interessi ai fini del riparto di giurisdizione, sul suo mantenimento da parte del giudice esclusivo e sui relativi 'fardelli extraprocessuali', V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 119.

[123] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 21. D'altronde, la medesima dottrina riconosce che non vi è alcuna necessità (o residua utilità) di negare la (concettualmente) 'ontologica' differenza intercorrente tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, dal momento che, a fronte dell'interesse del singolo, si erga un momento di autorità pubblicistico (così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 518 s.).

[124] F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 54.

ISSN 2036-7821

dell'Amministrazione, ma neppure di parificazione integrale della protezione assicurata alle diverse situazioni giuridiche soggettive), trattandosi di far corrispondere, alla disomogeneità delle situazioni giuridiche soggettive, una diversità di contenuti, grado ed intensità della tutela giurisdizionale, non più una pluralità di azioni distinte ed incompatibili fra loro a seconda del discrimine fra situazioni soggettive[125].

Ciò, benché quella connotazione, calandosi nel contesto di esperienza pubblicistica, nazionale, non sempre risulti perspicua; quanto dipende dalla circostanza che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata 'ipervalutazione' dell'interesse pubblico 'di parte' rispetto a quello dell'individuo[126].

In quest'ottica, dunque, non sembra potersi trasporre, nella presente trattazione, quanto sostenuto a proposito della giurisdizione 'piena' (come attualmente trasfusa, per via di materie, in quella esclusiva, in un contesto di generale rafforzamento delle prerogative del Giudice amministrativo), nel senso che:

come vi si fa valere (non tanto una singola e ben qualificabile situazione giuridica soggettiva, quanto) la propria complessiva pretesa sostanziale nei confronti dell'Amministrazione; così il carattere unitario dell'azione non consentirebbe né di scindere la tutela di alcune situazioni soggettive rispetto alle altre, né di differenziare i termini per l'esperibilità delle rispettive forme di tutela[127];

la pienezza della cognizione sul fatto e sul rapporto controverso sottenderebbe ad una tutela reintegratoria tendenzialmente piena delle pretese sostanziali avanzate in giudizio, indipendentemente dalle situazioni soggettive della cui lesione ci si duole[128].

2.5. … *e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione*.

[125] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 526 s., ove l'a. ribadisce che i problemi di effettività della tutela non derivano dalla coesistenza di distinte figure soggettive, bensì dall'inadeguatezza dell'azione giurisdizionale che sia prevista dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi: sì da spostare il baricentro, da una tutela del bene della vita indiretta (di annullamento per motivi di legittimità), ad una tutela diretta (riparazione o reintegrazione di un danno ingiustamente causato dall'Amministrazione).

[126] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100, 205.

[127] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 152; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 384-385.

[128] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 177-178; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 4, 9, 19 e (quanto al rapporto fra effettività della tutela e cognizione piena) 39.

ISSN 2036-7821

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, valgano due ordini di connessioni che si sommano sia a quanto anticipato a proposito del rapporto fra atti vincolati e situazioni soggettive giuridiche, sia a quanto esposto nelle pagg. segg. circa le azioni di annullamento ed avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione, quando si tratti di attività vincolata.

Innanzitutto, è frutto di un'inversione di metodo il concludere che i diritti 'fondamentali' siano (intrinsecamente) resistenti di fronte all'esercizio del potere amministrativo[129]; con le relative implicazioni in punto di giurisdizione delle relative controversie.

In secondo luogo: rispetto all'obiezione per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi; può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[130]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[131]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi[132]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon

[129] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo,* 2021, p. 16.

[130] In tali connessioni paiono drammaticamente risuonare più nette riflessioni di C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo.

[131] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Come anticipato, di diverso avviso E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266. Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

[132] Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

ISSN 2036-7821

andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).
Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato in una logica operazionale di "costi/benefici"; assumendo consapevolezza: delle conseguenze alle quali conduce (stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati"; per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[133];
sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico.
Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete quale approccio orientativo 'di massima'.

3. *Collaudo di un 'approccio' dogmatico*.
Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione, che ha 'corretto' l'incidenza del concetto di potere riservandogli un ruolo più contenuto:
non nel senso che quello amministrativo sia il Giudice del 'pubblico potere';
bensì onde escludere, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o nella mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio;
sussumendola a quella della natura della situazione giuridica azionata[134].
Quanto al Giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:
al cospetto di una condotta vincolata dell'Amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale[135]), in considerazione

[133] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, 59 s.
Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali", compresa quella giuridica (per cui può rinviarsi a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958).
[134] Per un inquadramento generale può ultimamente rinviarsi anche a Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.
[135] Cass, civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160.

ISSN 2036-7821

della dedotta inosservanza di 'norme di relazione' (*rectius*, rispondenti allo schema ipotetico-casuistico) da parte della prima;
la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo; ciò, «anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi … dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati[136].
Mentre, la giurisdizione del Giudice amministrativo andrebbe ravvisata quando: al cospetto di una condotta riconducibile all'esercizio di potere (discrezionale), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di azione' (quantomeno quelle rispondenti allo schema consequenzialista 'norma-potere-fatto'); la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo[137].
Dunque, così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' fornite dal Legislatore; salve le questioni d'incompetenza e violazione di legge (come sviluppo 'garantista' di un assetto discrezionale).
Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere alla disciplina del riparto, in caso di mancato esercizio amministrativo: Giudice ordinario, corrispondentemente ad un dovere vincolato (obbligo); Giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale[138].
Sempre sulla scorta del precedente discorso dogmatico, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[139].

---

[136] Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.

[137] Cfr.: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, 1983, p. 101 s.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 s.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 s.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 s., segn. p. 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 s.

[138] Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139 («il ricorso avverso il silenzio inadempimento, proposto ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 104/2010, deve intendersi ritualmente esperibile solo se proposto a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo, poiché in tal caso l'interessato ha titolo a chiedere l'accertamento del diritto al giudice competente, vale a dire al giudice ordinario, se la materia non rientra tra quelle di giurisdizione esclusiva»). *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

[139] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P.

ISSN 2036-7821

Invece, quel che sembra doversi escludere, nella disciplina del riparto, è innanzitutto di accordare rilievo al generico potere autoritativo, in quanto non solo 'di scelta', ma anche 'costitutivo dell'effetto'[140]; potendosi obiettare che tale tesi sconta, l'indubbio rigore concettuale, sul piano ermeneutico-funzionale e di logica 'operazionale' (in termini di costi/benefici). Ciò, per via di un intorbidamento che ne deriverebbe alla questione di riparto:

nella sua impostazione in sé, come fondata sulla *causa petendi*, sulla natura della situazione giuridica soggettiva (dal momento che non è dato di comprendere, teoria della norma 'alla mano', per quale ragione ad un esercizio vincolato corrispondano interessi legittimi) ed orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);

nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva che perderebbe di autonomo rilievo sistematico, per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie particolari' (ma comunque dai confini imprecisi)[141].

COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

[140] In tal senso F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 s., segn. p. 31 s.

[141] Osserva A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 983 s., che l'art. 103 Cost. si limita a porre un vincolo al Legislatore, di compiuta definizione degli ambiti materiali, onde evitare una generalizzata estensione della giurisdizione sui diritti da parte del giudice amministrativo. Aggiunge E.M. BARBIERI, *Giurisdizione esclusiva nel giudizio amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, XL, Roma, 1989, p. 1 s., segn. p. 3 che per 'particolari materie' devono intendersi solo quelle espressamente individuate da una causa giustificativa che possa funzionare da motivazione per la scelta legislativa. Cfr. pure: F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo*, 2021, p. 15; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s., segn. p. 977.

ISSN 2036-7821

A fortiori, sempre per il tramite del generico riferimento al potere autoritativo, non pare condivisibile che si riconosca un ruolo surrogatorio (rispetto al criterio del tipo di situazione giuridica soggettiva) al collegamento (o meno) della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo (in quanto tale e non per la sua natura discrezionale); semmai, essendo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva ad assumere un ruolo assorbente al cospetto di atti autoritativi[142].
Ciò, sul piano sistematico, a conferma:
di un rapporto di gerarchizzazione fra i due criteri che, di regola (per via dell'unicità della giurisdizione), dovrebbe determinare una sostanziale neutralizzazione del rilievo di quel collegamento (limitato a legittimare un potere di disapplicazione in capo al Giudice ordinario);
di un rapporto invece di confinazione, circoscritto ai casi di esercizio discrezionale cui si correla il criterio della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.
Dunque, una soluzione che storicamente affonda la propria giustificazione in ragioni metagiuridiche: sol considerato che, in origine, la stessa insindacabilità, da parte del Giudice ordinario, degli aspetti discrezionali dei provvedimenti incidenti su diritti soggettivi, si spiegava per via, non di una giurisdizione amministrativa, bensì di una sfera di poteri riservati all'Amministrazione[143].
Allo stesso modo, in termini di confinazione, si spiega l'assegnazione, al Giudice amministrativo:
di questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale in origine eppertanto, giustificato secondo

---

[142] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111. *Item*: Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700.

[143] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni intorno ai principali criteri fondanti ed alle implicazioni in punto di riparto*, in *Arch. Giur. Serafini*, p. 103 s., segn. pp. 155-156. Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82. Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sul punto cfr. pure: C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37); F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 s., segn. p. 558 s.

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, Cagliari, Edizioni giuridiche, 2024, par. 4.

ISSN 2036-7821

'concentrazione-specializzazione' (pur nella consapevolezza che sono spendibili, in senso opposto, argomenti sia di teoria generale che di diritto positivo)[144];
altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata[145].
Sempre in termini di (progressiva) confinazione, si spiegano:
l'assegnazione, al Giudice amministrativo, per quel che maggiormente interessa ai fini del presente studio, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva; nonché, al di fuori di tale ambito, della cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale;
la sottrazione al Giudice amministrativo, con correlata riserva all'Autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.
Il che trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori, nel senso che si distingue (sia pur senza particolare rigore dogmatico) a seconda che il danno consegua: all'esercizio (ancorché omesso) di un potere discrezionale, 'ai sensi dell'art. 7 cod. proc. amm.', così colpendo un interesse legittimo; altrimenti, a comportamenti dell'Amministrazione pubblica che non si siano tradotti in 'scelte od atti autoritativi', così vulnerando un diritto soggettivo[146]. Salvo osservare che:
quanto ai comportamenti, parrebbe opportuno distinguere fra quelli (meramente) 'materiali' o '*sine titulo*', e quelli 'amministrativi' (es., scorretta gestione del procedimento, ritardo nella definizione del medesimo, cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza)[147];
onde scongiurare il rischio d'introdurre, per questa via, un criterio ulteriore (nullità anziché vizio sotteso all'annullamento), sarebbe preferibile riferirsi al parametro

[144] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. pp. 18-19.

[145] Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-octies, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Sul tema può rinviarsi a M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 s. Diversamente, F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 28 s., segn. p. 31 ove: non ravvisando alcun rapporto di necessità fra l'azione strumentale diretta a far cessare l'inerzia e l'eventuale azione diretta alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi; si conclude nel senso che debba riconoscersi, all'azione avverso l'inerzia, un carattere generale, rendendola esperibile in qualsiasi ipotesi in cui l'amministrazione, alla quale incombe il dovere di attivarsi, rimanga invece inerte.

[146] In tal senso Cass. civ., sez. un., Ord. 14 aprile 2023, n. 10063. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 16 marzo 2023, n. 7737; Ord. 13 aprile 2023, n. 9837.

[147] In tal senso, fornisce utili spunti Cass., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978. Cfr. pure L. CAMERIERO, *Giurisdizione esclusiva e diritto alla salute*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 598.

ISSN 2036-7821

dell'esercizio discrezionale piuttosto che a quello del (generico) potere (della sua manifestazione);
correlativamente, sulla scorta del correttivo adottato nel presente studio, in caso di lesione determinata da un atto autoritativo vincolato, la giurisdizione dovrebbe restare in capo al Giudice ordinario, eccezion fatta per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.
Persino quando ci s'imbatta in una situazione giuridica soggettiva per la quale, come nel caso dell''affidamento incolpevole' del privato, è dibattuta la riconducibilità al binomio 'diritto – interesse legittimo' in senso stretto[148], pare improprio (non pertinente) l'assumere a termine di riferimento, onde giustificare la giurisdizione del Giudice ordinario, l'assenza di un collegamento fra il comportamento pregiudizievole dell'Amministrazione pubblica (tenuta all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, perizia prudenza, diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo[149]. Ciò, giacché, al cospetto di un provvedimento iniziale, ancorché illegittimo, favorevole (come tale, non impugnato), ma legittimamente annullato d'ufficio, è opinabile concludere che il danno non derivi (eziologicamente) dal provvedimento illegittimo. A tal punto, però, quand'anche si convenga che il provvedimento illegittimo, una volta annullato, verrebbe convertito in comportamento, pare risolversi in un espediente l'argomento opposto secondo cui dovrebbe distinguersi a seconda che il comportamento stesso assuma o meno connotati amministrativi: in quanto, riesumando il medesimo criterio per cui sarebbe determinante il rapporto diretto della situazione di affidamento con il potere (facendo così rientrare dalla finestra la tesi che si è cacciata dalla porta), patisce dei medesimi limiti di quello.
Per cui, secondo l'ottica avanzata nel presente studio, la circostanza rilevante pare che quella situazione sia riconducibile ad una norma rispondente allo schema ipotetico-casuistico, sì da renderla più vicina al diritto soggettivo che non all'interesse legittimo; a quel punto, finendo coll'operare il principio di unicità della giurisdizione.
Laddove, nel caso in cui l'affidamento faccia capo ad una norma rispondente allo schema consequenzialista, cui si ricollega un esercizio discrezionale, la tutela del medesimo non potrà che spettare al Giudice amministrativo: per ciò solo, in quanto stavolta quella situazione soggettiva sarà più prossima all'interesse legittimo; senza bisogno di riferirsi al collegamento né con un (generico) provvedimento (favorevole), né con comportamenti amministrativi riconducibili (anche mediatamente) al potere

[148] Una esauriente panoramica è offerta da F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 21 s., segn. 23 s.
[149] Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083.

ISSN 2036-7821

amministrativo (genericamente inteso)[150]; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)[151].
Infine, il contributo dogmatico, quale esteso al 'filtro' del rapporto fra condizioni dell'azione e questioni di merito, torna altresì utile nel superare la tesi giurisprudenziale secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato ('prospettato') dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo); dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico':
come implica, da parte dell'interessato, una strutturazione della domanda mai astratta;
così, concede pari sostegno scientifico a quell'apporto valutativo del giudice (in quanto indissociabile dal profilo di merito anche quando emerga una questione di giurisdizione) che la tesi avversata renderebbe sterile[152].
Alla luce di queste ultime puntualizzazioni, si può passare ad un vaglio delle previsioni legislative di giurisdizione amministrativa esclusiva.

4. ***Implicazioni sulla* ratio *generale della giurisdizione amministrativa esclusiva nonché, sull'interpretazione-applicazione di alcune disposizioni che l'affermano in specifiche 'materie'.***
Preliminarmente va osservato che:
se il criterio di riparto è dato (non dal rapporto, pur in un'ottica ribaltata, fra potere autoritativo e cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva, come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) e corrispondentemente dal suo (modo di) assolvere ad un interesse pubblico (contenuto vincolato o scelta discrezionale); se, dunque, è tale il senso della specialità del Giudice amministrativo;
in linea di massima, integrerebbe un''inversione di metodo' (muovendo da concetti per interferire nella disciplina della giurisdizione), e (in definitiva) un 'abuso del processo', l'associare il riparto a parametri ulteriori (benché ispirantisi al principio

[150] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235. S'intende, nella circostanza, sul presupposto che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528).
[151] Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235.
[152] Su tali tematiche sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 2024.

ISSN 2036-7821

del 'giusto processo' - concentrazione, certezza -[153]), tali da derogare al principio del 'giudice naturale' come imperniato sul canone dell''unicità'.
In particolare, ci si riferisce: all'insidiosa metafora, di risalente memoria giurisprudenziale, dell''inestricabile' coesistenza di situazioni giuridiche soggettive; nonché, al suo più recente precipitato, del (pseudo)criterio della 'materia': per come sdoganato dal principio di 'effettività della tutela' mediante i corollari di 'ragionevole durata del processo' e di 'concentrazione' (per connessione orientata in senso specializzante).
Il punto è molto delicato.
Infatti, per un verso, i menzionati principi sono stati addotti dalla giurisprudenza (civile ed amministrativa) onde introdurre l'innovativa giustificazione allo spostamento di giurisdizione, per ragioni di connessione, in favore del giudice con maggiori competenze e poteri (di solito, il Giudice amministrativo)[154]. Segnatamente, tale deroga, ai criteri di riparto sanciti dall'art. 103 Cost., comma 1, andrebbe ammessa (in forza di quei principi) ogniqualvolta: il diritto, che costituisce oggetto della domanda rientrante sotto la giurisdizione del Giudice ordinario, sia alternativo alla tutela richiesta in via principale come rientrante nella giurisdizione del Giudice amministrativo; le domande siano proposte sulla base dei medesimi fatti, dipendendo l'accoglimento dell'una e dell'altra da un accertamento avente carattere prioritario di competenza del Giudice amministrativo. Esemplare, la tutela risarcitoria per lesione cagionata da comportamenti 'amministrativi' (non meramente materiali).
Per altro verso:
quand'anche si ravvisi un (generico ed equivoco) 'concorso di posizioni di interesse legittimo e diritto soggettivo'[155]; ovvero, venga in questione l'(altrettanto generica ed equivoca) 'intera economia del rapporto'[156];
l'attrazione, nella sfera giurisdizionale del Giudice amministrativo, di questioni di diritto soggettivo, quando associata ad esercizio (non di generico potere autoritativo, bensì) discrezionale, finisce col tradursi in una degradazione sostanziale del primo (anche quando di rilievo costituzionale) alla stregua dell'interesse legittimo[157];

[153] Sulle ripercussioni di una valorizzazione del principio del 'giusto processo' quanto alla questione della giurisdizione amministrativa esclusiva, può rinviarsi a F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 101-103.
[154] In tal senso, già: Cass., sez. un., 25 febbraio 2011, n. 4615; 24 giugno 2009, n. 14805; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7975.
[155] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 aprile 2023, n. 1315 e n. 1313.
[156] Trib. reg. Giust. amm. Trentino - Alto Adige, Trento, sez. unica, 17 aprile 2023, n. 54.
[157] Benché ancora si controverta se ci sia spazio per il potere a fronte di diritti fondamentali, parrebbe che l'orientamento prevalente sia in senso favorevole: Corte cost., n. 140/2007; Cons. Stato, ad. plen., n. 12/2007; Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9956; Id., 5 marzo 2010, n. 5290. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 17 luglio 2023, n. 20501 con riguardo al provvedimento, reso dal giudice amministrativo, di rigetto della richiesta di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, impugnabile (ai sensi degli artt. 170 del d.P.R. n. 115 del 2002 e 15 del d.lgs. n. 150

ISSN 2036-7821

vicenda, a fronte della quale, solo in certa misura soccorre il potenziamento dei mezzi processuali di cui è stato dotato il Giudice amministrativo estendendogli, oltre alle prerogative di sindacato del Giudice ordinario, i correlati istituti tipici del processo civile.

Non per caso, in tempi più recenti, si è osservato che, «salvo deroghe normative espresse, … potendosi risolvere i problemi di coordinamento posti dalla concomitante operatività della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa su rapporti diversi, ma interdipendenti, secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato»[158].

Si è già riconosciuto che, da tale ordine di connessioni, va tenuto esente il Legislatore[159]; nondimeno, quest'ultimo vi dovrebbe prestare attenzione nell'interesse del sistema ordinamentale come costituzionalmente strutturato. Evidentemente, secondo un 'approccio' valevole con riguardo non solo al Giudice ordinario (nel riconoscergli un sindacato, oltre che incidentale su atti amministrativi, *principaliter* con riguardo ad interessi legittimi - come anticipato nel par. 1. -). D'altronde, pare strumentale far leva sul principio di 'effettività della tutela' onde conferire un ruolo sovradimensionato (se non monopolizzante) al corollario della 'concentrazione' (per connessione) a favore del Giudice amministrativo[160]. Ciò trova conferma nel pertinente dato normativo ove il principio di effettività (già affermato in generale dall'art. 1 c.p.a. su base costituzionale e di diritto sovranazionale[161]) risulta traslato in termini di concentrazione (in genere) 'di ogni forma di tutela' delle situazioni giuridiche soggettive[162]; dunque, non rappresentando l'argomento giustificativo

---

del 2011) dinanzi al giudice ordinario, alla stessa stregua del provvedimento di liquidazione del compenso dell'avvocato della parte ammessa al detto beneficio.

[158] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

[159] Si richiama nuovamente l'art. 103 Cost., in forza del quale 'il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica Amministrazione e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi' (con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento). S'aggiunga la correlata appendice di cui all'art. 7, comma 5, c.p.a.: 'nelle materie di giurisdizione esclusiva, indicate dalla legge e dall'art. 133, il giudice amministrativo conosce, pure ai fini risarcitori, anche delle controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi.

[160] Ulteriori *rationes* sono state avvalorate da: Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883 (in tema di giudicato implicito sulla questione pregiudiziale di giurisdizione); 22 febbraio 2007, n. 4109 (quanto alla *translatio iudicii*); 23 dicembre 2008, n. 30254 (sulla pregiudiziale amministrativa, rispetto alla quale si era pronunciato Cons. Stato, ad. pl., 22 ottobre 2007, n. 12). In linea, cfr. pure: Cass., sez. un., n. 2312 del 17 febbraio 2012; sez. un., ord. n. 5446 del 5 aprile 2012.

[161] Il principio in questione, oltre ad essere desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., risulta altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali; per cui, vi si devono conformare sia il Legislatore nazionale, sia l'interprete in sede applicativa (quanto alla collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti, valga di rinviare già a Corte cost., n. 80/2011).

[162] Sempre con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento, si richiama l'art. 7, comma 7, c.p.a., secondo cui 'il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi'.

ISSN 2036-7821

proprio della giurisdizione esclusiva. In quest'ottica, l'esempio più significativo pare offerto dall'azione risarcitoria, in quanto esercitabile anche indipendentemente dalla previa impugnazione del provvedimento (una volta superato il dogma della pregiudiziale amministrativa - art. 30 c.p.a. -). Ma si pensi altresì: all'esperibilità delle azioni di accertamento e di esatto adempimento, al divieto di assorbimento dei motivi di ricorso, (all'orientamento favorevole) all'integrazione in corso di giudizio della motivazione della determinazione provvedimentale[163]; sì da configurare la giurisdizione del Giudice amministrativo come 'piena', in grado di garantire tutela integrale agli interessi legittimi nonché, ai diritti soggettivi sottoposti alla sua cognizione[164].

Inoltre, il medesimo testo normativo, facendo riferimento a '*particolari* materie indicate dalla legge' e così riproducendo fedelmente la disciplina costituzionale, indica che la 'stella polare' del Legislatore ordinario e dell'interprete, (rispettivamente) nel coniare le specifiche previsioni di giurisdizione amministrativa esclusiva e nell'intenderne la portata (applicandole):

non può essere rappresentata dal (pseudo)criterio 'volontaristico' della 'materia', poiché (come anticipato) finisce col tradursi in un''inversione di metodo'; al concetto di 'materia' non potendo, se non surrettiziamente, conferirsi la prerogativa d'introdurre l'istituto della giurisdizione esclusiva, tradendo la vocazione del primo di 'mero' strumento orientativo, d'impostazione del problema (di concentrazione per connessione) in determinati ambiti.

ma va ricercata altrove, dando corpo giuridico alla 'particolarità'.

Tanto più che, se si opera una verifica delle specifiche previsioni di giurisdizione amministrativa contemplate dal (solo) c.p.a., può agevolmente constatarsi che non tutte si fondano sul criterio per 'materia' (come tradizionalmente inteso)[165]. O,

---

[163] Per questi ultimi due profili, una sintesi degli argomenti favorevoli si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, ove spiccano (rispettivamente):

sia la circostanza che la maggiore tutela processuale al ricorrente, derivante da un divieto, non preclude all'Amministrazione di adottare un nuovo analogo provvedimento lesivo con una motivazione adeguata; sia dalla vocazione attuale del processo amministrativo ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, onde assicurarne la reintegrazione; sia l'opportunità per il giudice di formarsi una cognizione piena del rapporto o, comunque della vicenda controversa necessaria ai fini di quell'accertamento (*ivi*, pp. 356-360);

sia la circostanza che, sempre per via dell'attuale vocazione del processo amministrativo, un eventuale assorbimento potrebbe incidere sul contenuto dispositivo della sentenza, in punto di valutazione dell'entità e consistenza del danno risarcibile e del tipo di reintegrazione da accordare (*ivi*, p. 361 s.).

[164] In particolare, si può risalire a: Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; 23 marzo 2011, n. 3; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. III, 21 giugno 2011, n. 1428. Ad esse si deve di aver inaugurato l'orientamento favorevole all'ammissibilità, in via generale, sia dell'azione di esatto adempimento (volta a conseguire una condanna dell'Amministrazione pubblica all'adozione di un provvedimento vincolato) sia di quella di accertamento (ritenuta esperibile in tutti i casi in cui non possa essere ottenuta tutela tramite azioni espressamente previste).

[165] Così, a dispetto della 'lettera' della Legge, art. 133, comma 1, lett. 'a' e 'a-bis', c.p.a., per cui «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge:

ISSN 2036-7821

comunque, associando al termine una pluralità di accezioni, deve convenirsi che non ci si trova di fronte ad un criterio univoco[166]. Inoltre, allargando il campo normativo di riferimento, si è opinato nel senso della non coincidenza fra gli ambiti della giurisdizione esclusiva e di quella di legittimità[167]. Emblematicamente, quanto alla persistente impotenza nell'emanciparsi da criteri meramente descrittivi, è stato osservato, a proposito degli accordi sull'esercizio discrezionale (*ex art.* 11, L. n. 241/1990), che, pur non rappresentando una materia nel senso tradizionale del termine (in corrispondenza della quale si rinvenga, per natura, una inestricabile compresenza di diritti soggettivi ed interessi legittimi), l'esercizio consensuale di quel potere che li contraddistingue, comporta, in ragione dello strumento giuridico impiegato, una coesistenza di diritti soggettivi ed interessi legittimi che ha reso

---

a) le controversie in *materia* di:

1) risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo;

2) formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni;

3) silenzio di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3, e provvedimenti espressi adottati in sede di verifica di segnalazione certificata, denuncia e dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 6-ter, della legge 7 agosto 1990, n. 241;

4) determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo;

5) nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato;

6) diritto di accesso ai documenti amministrativi e violazione degli obblighi di trasparenza amministrativa;

a-bis) le controversie relative all'applicazione dell'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241».

[166] Tale aspetto, è efficacemente reso da F. SCIARRETTA, *Giurisdizione amministrativa "esclusiva" nella tutela dei diritti soggettivi nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *federalismi.it*, 2018, par. 7: «se si scorre la lista dell'art. 133 c.p.a., ci si avvede che la quasi totalità delle materie incluse prescinde dalla esigenza testé ricordata71. Intanto, si rinviene una vasta gamma di materie attinenti a controversie che rientrerebbero comunque nella giurisdizione di legittimità e per le quali non si porrebbero problemi di riparto di giurisdizione (art. 133, comma 1, lett. g-s). Ve ne sono altre, poi, inerenti a vertenze nelle quali non appaiono coinvolte situazioni di diritto soggettivo e interesse legittimo intimamente connesse, oppure nelle quali vengono in rilievo solo diritti soggettivi (art. 133, comma 1, lett. a, a-bis, t, u, v). Quanto alle materie rimanenti, talune vengono devolute alla giurisdizione esclusiva senza che sussistano situazioni protette di incerta qualificazione, mentre altre sono deferite al giudice amministrativo – in luogo del giudice ordinario – pur risultando indifferente che siano attribuite alla giurisdizione di legittimità o a quella esclusiva, disponendo in entrambe le sedi il giudice amministrativo degli stessi poteri decisori. Di contro, in alcune materie ricadenti nella giurisdizione esclusiva, restano sottratte al giudice amministrativo una serie di controversie aventi natura economica o patrimoniale (art. 133, comma 1, lett. c, f, g) senza tenere conto delle ragioni storiche che portarono all'ingresso di questa forma di giurisdizione e dando luogo a possibili problemi di riparto – di non agevole soluzione – con il giudice ordinario. Né tutte le controversie nelle quali si faccia questione di diritti soggettivi sono rimesse alla giurisdizione esclusiva, come dimostrano quelle concernenti gli atti e le operazioni in materia elettorale di competenza del giudice amministrativo – ambito in cui dovrebbero venire in rilievo diritti soggettivi (cfr. Corte cost., 19 ottobre 2009, n. 259, in www.cortecostituzionale.it) –, che sono devolute alla giurisdizione di merito (art. 134, comma 1, lett. b) e non a quella esclusiva».

[167] V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 458-459, nntt. 19-20.

ISSN 2036-7821

opportuna la devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[168].

Eppure: nonostante gli equilibri costituzionalmente sanciti ed un progressivo avvicinamento degli interessi legittimi rispetto ai diritti soggettivi (delle rispettive forme di tutela); nonché, una trasformazione del giudizio di legittimità come imperniato, più che sull'atto, sul rapporto; in progresso di tempo si è assistito ad un fenomeno normativo di ripetuta e profonda erosione del principio di unicità della giurisdizione, coll'ampliamento del novero di materie sottoposte a quella amministrativa esclusiva, solo in parte 'frenato' dalla Corte costituzionale[169].

Prestando la dovuta attenzione nel muoversi lungo il crinale che separa le valutazioni di legittimità costituzionale da quelle di politica legislativa, quella vicenda ne suggerisce di prettamente giuridiche, verificando: quando sia giustificata (*id est*, giustificabile per la coerenza del sistema giuridico) certa rimodulazione del rapporto di forza fra principi ('unicità' ed 'effettività-concentrazione'); corrispondentemente, se, nell'interpretare-applicare alcune disposizioni affermanti la giurisdizione esclusiva, la Giurisprudenza abbia dimostrato il dovuto rigore nel rendere conto della giurisdizione di spettanza.

Quanto alla prima questione, accade infatti che (nel silenzio delle singole previsioni normative) la Giurisprudenza 'spenda' il medesimo argomento, della correlazione delle situazioni, in cui sia intervenuta l'Amministrazione pubblica, all'esercizio di poteri pubblici, autoritativi: onde giustificare la giurisdizione del Giudice

---

[168] Sulla relativa *ratio*, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7057. Cfr. pure E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 295 s., segn. p. 301.

[169] Pur venuta meno la materia dei ricorsi relativi al pubblico impiego (a seguito delle riforme legislative che, nell'arco degli anni Novanta del secolo scorso, hanno determinato la privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche Amministrazioni), progressivamente si va: dal nocciolo originario di cui all'art. 29 T.U. Cons. Stato ed all'art. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1058; agli artt. 33-34, D.Lgs. n. 80/1998. Stavolta, ponendosi dubbi di legittimità costituzionale per via di una devoluzione secondo 'blocchi di materie'; al punto da chiamare in causa la Corte costituzionale che è intervenuta incisivamente (a partire da 6 luglio 2004, n. 204, sino a 11 maggio 2006, n. 191 ed a 5 febbraio 2010, n. 35). Così però suscitando non poche perplessità in dottrina, circa la sopravvivenza stessa della giurisdizione esclusiva (A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209 s.; cfr. pure: L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214 s., segn. 225-226; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni - d'agosto - sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in www.lexitalia.it, 2004; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 - Riflessioni "a caldo" -*, in www.giustamm.it, 2004; E. FOLLIERI - a cura di -, *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* - Lucera, 19 febbraio 2005 -, Milano, 2006). Da lì, si è giunti al c.p.a. (segn. art. 133), come modificato a seguito di ulteriore intervento della Corte costituzionale (27 giugno 2012, n. 162) mediante D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Cfr. pure R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.

ISSN 2036-7821

amministrativo, sia in materie sottoposte a giurisdizione esclusiva[170], sia con riguardo a fattispecie che non rientrano in quel novero (per cui si rinvia al par. 1). Se ne inferisce che l'argomento della correlazione all'esercizio di potere autoritativo (genericamente inteso), nell'ottica del sistema, non può ritenersi scriminante decisiva onde giustificare l'introduzione di una previsione di giurisdizione amministrativa esclusiva.

Se non che, confutato quell'argomento, si versa comunque in una profonda incertezza: come quando ci si è spinti oltre, sino a giustificare la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo adducendo una funzionalità pubblicistica in atti privatistici[171]; altrettanto, allorché residuino riferimenti alquanto vaghi (es., quelli all''oggetto' ed alla 'natura' della controversia' nonché, alla correlazione di un'attività 'all'operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo'[172]), come tali d'insidiosa applicazione.

Non per caso, è dato di rinvenire sentenze che: si limitano a rimettersi al criterio 'volontaristico' (della *voluntas legis*), di istituzione di ciascuna *species* di giurisdizione esclusiva, onde giustificare la riserva al Giudice amministrativo di determinate questioni inerenti a rapporti *inter pares*, 'a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione'[173]; altresì, sostengono trattarsi di ipotesi di 'stretta interpretazione'[174]. Salvo osservare che la frammentarietà delle previsioni legislative

[170] Così, Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2023, n. 2462 riviene il 'senso della norma' di cui all'art. 133, comma 1, lett. 'c', D.Lgs. n. 104/2010 (secondo la quale appartengono alla giurisdizione amministrativa esclusiva del giudice amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse …").

[171] In questi termini, Cass. civ., sez. un., Ord. 24 luglio 2023, n. 22144 secondo cui «le controversie relative ad un contratto di permuta tra la P.A. e un privato, alternativo a un procedimento di espropriazione, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, del d.lgs. n. 104 del 2010, rappresentando detto accordo uno strumento di pianificazione territoriale attraverso cui il soggetto pubblico assolve ai propri compiti istituzionali».

[172] Cons. Stato, sez. VII, 8 febbraio 2023, n. 1410. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6824 («con riguardo al contratto di locazione di beni immobili è lecito dubitare che le relative controversie (beninteso, relativamente alle "procedure di affidamento" ed agli altri profili riguardanti "attività amministrative") rientrino nell'ambito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., che prefigura una ipotesi, di stretta interpretazione, di giurisdizione esclusiva: ma, in ogni caso, è arduo sottrarre alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo una attività correlata all'operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»).

[173] Così Trib. amm. reg. Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 febbraio 2023, n. 93 («Le controversie attinenti alla spettanza e liquidazione del contributo per gli oneri di urbanizzazione e per il costo di costruzione è riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), cod. proc. amm. che ha ad oggetto l'accertamento di un rapporto di credito, a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione, non essendo soggetta alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi ed ai rispettivi termini di decadenza»).

[174] Cons. Stato, sez. V, 12 luglio 2023, n. 6824 («con riguardo al contratto di locazione di beni immobili è lecito dubitare che le relative controversie (beninteso, relativamente alle "procedure di affidamento" ed agli altri profili riguardanti "attività amministrative") rientrino nell'ambito dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1, c.p.a., che prefigura una ipotesi, di stretta interpretazione, di giurisdizione esclusiva: ma, in ogni caso, è arduo sottrarre alla

ISSN 2036-7821

di giurisdizione amministrativa esclusiva, implica che la relativa indagine giuridica debba declinare ogni riferimento 'volontaristico' (per singole 'materie'). Ciò, non foss'altro in considerazione dell'ambizione, intrinseca ad un (prevalente) assorbimento delle diverse ipotesi per via codicistica, di fornire all'istituto un assetto normativo di carattere generale e stabile (specie a seguito di molteplici interventi della Corte costituzionale); con corrispondente 'relativizzazione' dell'estensione dell'istituto, così sottratta ad un tassativo vincolo di 'tipicità'.

La questione, dunque, rifluisce sul terreno delle situazioni giuridiche soggettive: stavolta, però, avuto riguardo, alla loro identificazione (piuttosto che al loro 'intreccio'). Prova ne sia che la giurisprudenza, talvolta, nell'impiegare, quale 'criterio' di riparto, l'inerenza della controversia ad una "situazione di potere dell'Amministrazione", tradisce la difficoltà ad individuare la situazione giuridica soggettiva di riferimento: es., quando il potere amministrativo-provvedimentale venga esercitato secondo moduli consensuali; oltretutto, 'piegando' il criterio del *petitum* sostanziale (quale oggetto della domanda) alla mera prospettazione della parte[175].

Evidentemente, non s'intende tornare sul duplice limite di tale strategia. Si è già riferito, infatti: tanto dell'inerenza del potere autoritativo al solo esercizio discrezionale, per cui quest'ultimo, e non il primo, sarebbe l'autentico criterio di riparto (cfr. par. 3); quanto dei limiti ermeneutici ravvisabili nel render sterile la valutazione del giudice a fronte della domanda della parte (cfr. parr. 1. e 3.).

Pertanto:

onde superare l'incertezza che deriva dall'assumere a riferimento un 'intreccio' di diritti soggettivi ed interessi legittimi (tale da rendere difficoltosa l'applicazione dell'ordinario criterio di riparto fondato sulla *causa petendi*); o quantomeno, una loro 'compresenza' (attualizzata come scevra da metafore);

sul presupposto che gli autentici criteri di riparto vadano rinvenuti 'a monte', nello schema normativo (ipotetico-casuistico / consequenzialista) e nel correlato atteggiarsi dell'agire amministrativo (vincolato / discrezionale);

---

giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo una attività correlata all'operato di soggetti comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»).

[175] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 6 marzo 2023, n. 714 («Nelle materie di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del D.Lgs. n. 104 del 2010 è necessario verificare, al fine di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, "che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione"; occorre, cioè, che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo, il che non accade quando il privato non si duole del cattivo esercizio del potere amministrativo, bensì, di atti e/o comportamenti (rispetto ai quali l'esercizio del potere amministrativo - provvedimentale adottato secondo moduli convenzionali rileva come mero fatto storico) la cui illiceità viene dedotta prescindendo dal modo in cui il potere è stato (o non è stato) esercitato e viene prospettata come violazione di obblighi derivanti dall'esecuzione della convenzione»).

ISSN 2036-7821

la conservazione di un senso funzionale della giurisdizione amministrativa esclusiva pare doversi rimettere: alla relativizzazione dogmatica delle categorie del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo (il primo restando tale anche in caso di degradazione e quest'ultimo potendo riqualificarsi come diritto del rapporto amministrativo - cfr. parr. 2.3. e 2.4. -); alle implicazioni di riparto giurisprudenziale corrispondentemente ai casi 'dubbi', dal momento che l'autentico 'nodo gordiano' che li attanaglia riguarda non l'inestricabilità (come ribadito dalla Corte costituzionale[176]), ma (ancora una volta) la precisa configurazione di quelle due situazioni giuridiche soggettive.

Se non che: proprio dall'esame di pronunzie che si sono occupate di (pseudo)'materie' sottoposte alla giurisdizione esclusiva, in corrispondenza delle quali il potere amministrativo-provvedimentale venga esercitato secondo moduli consensuali; come tali, meno esposte ad 'inversioni di metodo'; paiono trarsi preziosi spunti di riflessione ai fini del presente studio. Si legge, infatti, che nonostante quell'appartenenza (in via esclusiva) per materia, se la domanda non ha direttamente ad oggetto la conclusione dell'accordo, né l'esercizio dei poteri autoritativi che l'accordo medesimo sostituisce, trattandosi di questione meramente 'patrimoniale', ne dovrebbe conoscere il Giudice ordinario[177]. Tale tipo di conclusione 'fa il paio' con quella (cfr. par. 1.) per cui il Giudice ordinario non può conoscere, neppure in via incidentale, di domande che abbiano, quale 'oggetto principale', provvedimenti amministrativi (che dunque vengano in considerazione in via diretta). Gli è tuttavia che (come parimenti anticipato) quell'impostazione risolutoria (altrove generalizzata quale 'spartiacque' tra le giurisdizioni, amministrativa esclusiva ed ordinaria[178]) risente del condizionamento di una disciplina normativa, in punto di giurisdizione del Giudice ordinario sul contenzioso amministrativo, risalente ed ai fini del riparto altresì anacronistica, in quanto antecedente all'istituzione stessa della Giurisdizione amministrativa. Ditalché, in disparte (s'intende) qualsivoglia valutazione di politica legislativa; superata la tesi della 'prospettazione'; potrebbero giustificare l'attribuzione al Giudice amministrativo:

senz'altro, la circostanza che a quei moduli di esercizio discrezionale in forma consensuale vadano associati diritti soggettivi 'pubblici';

[176] Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191.

[177] Cass. civ., sez. un., Ord. 4 gennaio 2023, n. 146 («In tema di riparto di giurisdizione, spetta al giudice ordinario la cognizione in ordine ad una controversia di cui all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, del D.Lgs. n. 104 del 2010, laddove essa riguardi solo questioni di carattere meramente patrimoniale fra le parti, che si pongono a valle rispetto alla conclusione dell'accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo e, pertanto, non hanno direttamente ad oggetto la conclusione dell'accordo né l'esercizio dei poteri autoritativi che l'accordo stesso sostituisce»).

[178] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VIII, 17 ottobre 2023, n. 5672. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 29 agosto 2023, n. 25427; Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 24 luglio 2023, n. 2462.

ISSN 2036-7821

altrimenti, proprio per via della previsione di giurisdizione esclusiva, con riguardo a diritti soggettivi 'ordinari', il collegamento, della relativa fattispecie sfociata in controversia, con un esercizio discrezionale.
Peraltro, senza alcuna 'forzatura' del pertinente dato normativo: dal momento che riconduce a giurisdizione esclusiva tutte le controversie inerenti al modulo consensuale, senza limitazioni in ordine al profilo di esecuzione[179].
Salvo osservare, generalizzando il discorso, che:
il collegamento, tra diritti soggettivi 'ordinari' ed esercizio discrezionale, dovrà essere di tipo 'causale' (pur in ipotesi di riconducibilità mediata, degli atti, provvedimenti, accordi e comportamenti, al potere)[180]; altrimenti, determinandosi un sacrificio 'oltremisura' del principio di unicità della giurisdizione;
a fronte di un esercizio vincolato (non attinente ai profili di incompetenza e violazione di legge), pur in corrispondenza di 'materia' normativamente ricondotta alla giurisdizione amministrativa esclusiva, della controversia, comprese le connesse questioni di diritto soggettivo, dovrà conoscere il Giudice ordinario.
A fronte di tale prospettazione che, se non altro, a partire da una riconduzione del potere d'autorità alla versione discrezionale ed all'implicazione di diritti soggettivi, consente di salvare uno spazio funzionale autonomo alla giurisdizione esclusiva rispetto a quella generale di legittimità[181]:
incidentalmente osservato che non è dato di comprendere per quale ragione, in relazione a determinate materie, il Legislatore abbia previsto espressamente la riconduzione alla giurisdizione del Giudice amministrativo delle controversie risarcitorie[182]; dal momento che queste ultime spetterebbero comunque: non per via della giurisdizione esclusiva, ma stante la natura (come univocamente intesa) di

[179] Esempl., Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 13 («La convenzione di lottizzazione - quale strumento di attuazione del piano regolatore generale - è un accordo sostitutivo di provvedimento ai sensi e per gli effetti dell'art. 11, l. 241 del 1990 in quanto espressione dell'esercizio consensuale di un potere pianificatorio, che sfocia in un progetto e in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obblighi od oneri; ne deriva che le controversie in tema di esecuzione della convenzione sono riconducibili all'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie riguardanti l'adempimento degli obblighi contenuti nelle convenzioni urbanistiche, ricomprese tra le vertenze in tema di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo»).

[180] Cfr. art. 133, comma 1, lett. 'g', c.p.a. Cons. Stato, sez. VII, 15 giugno 2023, n. 5921 («la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di concessione di beni pubblici, non si estende alle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi. L'art. 113 del D.Lgs. n. 104/2010 va interpretato nel senso che la giurisdizione del giudice ordinario ha per oggetto le controversie di contenuto meramente patrimoniale, ovvero inerenti quantificazione e pagamento dei corrispettivi in questione, e purché non entri in discussione la qualificazione del rapporto concessorio, con esercizio di poteri discrezionali da parte dell'Amministrazione, dovendosi riconoscere in tal caso la cognizione del giudice amministrativo, in presenza sia di interessi legittimi che di diritti soggettivi»). Item, Cons. Stato, sez. VII, 14 giugno 2023, n. 5829.

[181] *Contra*: F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s., segn. pp. 977-978.

[182] Cfr. art. 133, comma 1, lett. 'e', n. 1; lett. 's'.

ISSN 2036-7821

tutela complementare rispetto al rimedio demolitorio (almeno, quando il danno-conseguenza derivi dall'esercizio della discrezionalità amministrativa)[183]; invece, per via della giurisdizione esclusiva, in caso di danni derivati da comportamenti che non si siano tradotti in atti autoritativi dell'amministrazione pubblica, sì da incidere su diritti soggettivi; fermo restando che comunque non andrebbero sottovalutati i rischi derivanti dalla devoluzione delle questioni risarcitorie al giudice amministrativo, per via della sottrazione di un ampio settore della responsabilità civile alla funzione nomofilattica della Cassazione (in forza dell'art. 111 co. 6-7, Cost.)[184];
deve però riconoscersi che l'inquadramento testé preferito sovente non trova condivisione, come dimostra la seguente teoria di statuizioni giurisprudenziali formatesi in ulteriori 'materie' sottoposte alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. Si rileva infatti, una sorta di ideale progressione 'eversiva', a partire da una base 'ortodossa'.
Per un verso:
«nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione; mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»[185];
«ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a. sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di concessioni, fatta eccezione per quelle aventi ad oggetto indennità, canoni od altri corrispettivi. Queste ultime restano assoggettate all'ordinario regime di riparto di giurisdizione in forza del quale spettano al giudice ordinario le controversie su diritti soggettivi a contenuto patrimoniale; mentre sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo

[183] Tra le voci dottrinali che propendono per quella complementarità: F. MERUSI, *L'ingiustizia amministrativa in Italia*, in *Rass. parlamentare*, 1988, p. 36; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica Amministrazione*, Milano, 1993, p. 462. Cfr. pure: A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, p. 20; E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 308.
[184] Sul punto, A. CARIOLA, *op. ult. cit.*, p. 20.
[185] Trib. amm. reg. Puglia, Lecce, sez. III, 23 febbraio 2024, n. 273. Cfr. pure Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2023, n. 7291.

ISSN 2036-7821

nell'ipotesi di esercizio di poteri discrezionali finalizzati a provvedere sulla determinazione dei canoni»[186];

«nelle controversie relative alla clausola di revisione del prezzo negli appalti di opere e servizi pubblici, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in conformità alla previsione di cui al D.Lgs. n. 104/2010, art. 133, comma 1, lett. e), n. 2), sussiste nell'ipotesi in cui il contenuto della clausola implichi la permanenza di una posizione di potere in capo alla P.A. committente, attribuendo a quest'ultima uno spettro di valutazione discrezionale nel disporre la revisione, mentre, nella contraria ipotesi in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, deve riconoscersi la corrispondenza di tale obbligo ad un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria»[187];

relativamente alle controversie (che parimenti il Legislatore ha ricondotto sotto la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo) in materia di edilizia ed urbanistica nonché, 'aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità'[188]: si è fatto ricorso ad una espressa previsione, onde fare salva comunque la giurisdizione del Giudice ordinario quando si dibatta in punto di 'determinazione e corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa'[189]; così sancendo una giurisdizione esclusiva del Giudice ordinario; laddove, diversamente, la giurisdizione relativa a questi profili sarebbe dovuta spettare al Giudice amministrativo, se legati ad una valutazione discrezionale.

Per altro verso:

«la controversia attinente alla spettanza e liquidazione del contributo per gli oneri di urbanizzazione e costo di costruzione è riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), D.Lgs. n. 104/2010; essa ha ad oggetto l'accertamento di un rapporto di credito a prescindere dall'esistenza di atti della pubblica amministrazione e non è soggetta alle regole delle azioni impugnatorie-annullatorie degli atti amministrativi e ai rispettivi termini di

[186] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 1° marzo 2023, n. 1328.

[187] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. IV, 16 febbraio 2023, n. 2791.

[188] Art. 133, comma 1, lett. 'f' e 'g', c.p.a. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 29 settembre 2023, n. 2165.

[189] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 16 ottobre 2023, n. 5625.

ISSN 2036-7821

decadenza»[190]; laddove, la giurisdizione si sarebbe dovuta ricondurre al Giudice ordinario in assenza di un esercizio discrezionale;
«l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di revisione dei prezzi nei contratti di appalto pubblico ha, per l'effetto, definitivamente assunto, in ragione del concorso di situazioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, una portata ampia e generale, includendo ogni controversia concernente la revisione dei prezzi di un contratto di appalto, compreso il profilo del *quantum debeatur*, con definitivo superamento di quel tradizionale orientamento interpretativo secondo il quale al giudice amministrativo spettavano le sole controversie relative all'*an* della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al giudice ordinario le questioni inerenti alla quantificazione del compenso»[191]; laddove, anche stavolta la giurisdizione si sarebbe dovuta radicare nanti il Giudice ordinario in assenza di un esercizio discrezionale.
La ragione di tale contrasto va evidentemente ricondotta ad una diversa 'complementarizzazione' fra i principi di riferimento: 'unicità della giurisdizione' e 'giusto processo - concentrazione'[192]. Il suo superamento non può che rimettersi al riscontro oggettivante di una logica 'operazionale' (di costi/benefici), avuto riguardo agli argomenti che l'ordinamento mette a disposizione dell'interprete in un dato momento storico.
A tal punto:
superata la fase storica in corrispondenza della quale la giurisdizione esclusiva assolveva all'esigenza di adattare il giudizio su diritti ai caratteri propri di quello amministrativo di legittimità[193];

---

[190] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VI, 15 settembre 2023, n. 5118. Cfr. pure Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 4 gennaio 2023, n. 60.

[191] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. II, 31 luglio 2023, n. 12910.

[192] A favore di quest'ultimo prende posizione F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 101-103 il quale, in forza del (prevalente) principio del giusto processo, come declinato in termini di concentrazione, conclude nel senso che, a seguito della costituzionalizzazione di quel principio (nuova versione dell'art. 111 Cost.), la costituzionalizzazione della giurisdizione esclusiva (art. 103 Cost.) andrebbe coordinata alla prima. Con la conseguenza che la deroga legislativa, caso per caso, a favore della giurisdizione esclusiva andrebbe riferita esclusivamente ai «diritti soggettivi non connessi a questioni di interesse legittimo, cioè per attribuire al giudice amministrativo questioni che non hanno bisogno di "connessione" con atti amministrativi …».

[193] Emblematico il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2840, di devoluzione al Consiglio di Stato dei ricorsi relativi al pubblico impiego. Osserva A. POLICE, *Giurisdizione amministrativa 2. Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. giur. Treccani on line*, 2015: «Le incertezze e le contraddizioni caratterizzanti l'elaborazione normativa dell'istituto si sono inevitabilmente ripercosse sul processo amministrativo «esclusivo», che, pur nella frammentazione e diversificazione dei poteri di cognizione e decisione del giudice in ragione delle diverse situazioni giuridiche soggettive controverse, subiva il pesante condizionamento del modello processuale impugnatorio proprio della giurisdizione di legittimità. Sul piano processuale, quindi, la riforma del 1923 non solo non ha assicurato pienezza di tutela alle situazioni di interesse legittimo, ma, addirittura, ha comportato un affievolimento della tutela dei diritti soggettivi che, in sostanza, perdevano le azioni, le garanzie processuali, i mezzi di prova che il processo

ISSN 2036-7821

avuto riguardo all'istanza di uno statuto diverso, di erogazione di ogni forma di tutela del diritto soggettivo (pur in assenza di espressa previsione negli artt. 29 e 30 c.p.a., ma in forza del 'combinato disposto' degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.)[194]; quella strategia, ispirata a 'concentrazione', e con essa il 'seguito' giurisprudenziale, plausibilmente andrebbero ponderatamente valutati alla luce del principio di 'effettività', sul piano giuridico[195].

Infatti: superate significative limitazioni ai funzionali poteri decisori del Giudice amministrativo[196]; se, da un canto, ne consegue anche un'estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del Giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; d'altra parte, occorre tenere conto dei correlati istituti tipici del processo civile. Questi ultimi, indubbiamente imprimono maggiore spinta verso un obiettivo di qualità e sostanza alla tutela giurisdizionale[197]; nondimeno, talvolta impongono più gravosi oneri (anche a carico della parte), come dimostra la seguente rassegna.

Per un verso:

l'azione di accertamento vertente su diritti soggettivi[198];

---

davanti al giudice ordinario avrebbe invece loro assicurato». Cfr. pure F. BENVENUTI, *Consiglio di Stato* (competenza e giurisdizione), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 318 s.

[194] A partire dalla sentenza 'Fagiolari' (dal nome del giudice estensore), sul caso 'Ricciardi', del 1939, per cui cfr. G. FAGIOLARI, *L'atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 297 s.

[195] In tal senso, S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 s., segn. pp. 992-993.

[196] Con particolare riguardo agli istituti dell'arbitrato e del decreto ingiuntivo (per cui si rinvia agli artt. 12 e 118 c.p.a.), così raccogliendo i rilievi di autorevoli voci di dottrina (*ex multis*, E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 318-319).

[197] Spunti di rilievo, in tal senso, sono offerti da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 54 s. il quale, muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell'interesse sostanziale dell'individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l'ordinamento prevede», ne fa discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l'interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell'annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l'interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell'Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

[198] Cons. Stato, sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1535 («la natura di atto privatistico della rideterminazione degli oneri concessori non risulta suscettibile di alcun mutamento per effetto della diversa causa che ne abbia fatto sorgere l'esigenza - mero errore di calcolo della p.a. o scoperta della falsa rappresentazione fornita dal privato -, poiché in ogni caso la pubblica amministrazione, nel corso del rapporto concessorio, può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di costruzione, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale - art. 2946 c.c. - decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento»).

Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9102 (ove si puntualizza che comunque la posizione sulla quale quell'azione verte deve essere di diritto soggettivo); Trib. amm. reg. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, 5 ottobre 2023, n. 543.

ISSN 2036-7821

la richiesta di sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c.; anche quando manchino previsioni di per sé idonee nella disciplina sostanziale[199];
la facoltà di proporre domande riconvenzionali (nei termini e con le modalità del ricorso incidentale)[200];
la facoltà d'intervento autonomo (anche principale), dal momento che la sentenza emessa senza la partecipazione del terzo (titolare di un autonomo diritto da far valere, connesso a quello oggetto del processo) potrebbe essere impugnata col mezzo dell'opposizione di terzo (cd. ordinaria)[201].
Si assiste così all'inveramento di una prospettiva di giurisdizione 'piena' (quale vincolo al futuro dell'Amministrazione) che autorevole dottrina aveva compiutamente articolato in termini (alternativo-cumulativi) di 'annullamento degli atti illegittimi', 'condanna ad un *dare* generico' (risarcimento per equivalente), 'condanna ad un *facere*, un *dare* od un *praestare* qualificato' (risarcimento in forma specifica)[202].
Per altro verso (quanto agli oneri), ci si riferisce a:
la sospensione necessaria del processo civile (*ex art.* 295 c.p.c.), sul presupposto che «la pregiudizialità di una controversia amministrativa è configurabile solo laddove entrambi i giudizi pendano tra le stesse parti ed il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva e non anche qualora innanzi allo stesso sia impugnato un provvedimento incidente su

[199] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944 («qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»); Cons. Stato, sez. VII, 30 dicembre 2023, n. 11380 («sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di pronuncia della sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di revoca dell'atto aggiudicazione di una vendita all'asta di beni immobili di proprietà comunale, ritenuto illegittimo, e della mancata stipula del relativo contratto, sussistendo la giurisdizione esclusiva in materia di dismissione di beni pubblici ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a.»). Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, 3 luglio 2023, n. 1619 («la domanda di condanna dell'Amministrazione al riconoscimento del diritto di un disabile ad uno specifico ed individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104 del 2010, atteso che non sussiste alcun dubbio che, in presenza di un "pubblico servizio", debba considerarsi impugnabile, quale "provvedimento negativo", l'omissione provvedimentale della P.A. sanitaria in relazione alle specifiche richieste azionate giudizialmente»).

[200] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2023, n. 4901. Una trattazione articolata si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 352 s.

[201] Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2255.

[202] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 172-173, 229.

ISSN 2036-7821

interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo»[203];

il duplice onere: per il ricorrente che aziona diritti soggettivi nei confronti di un'Amministrazione pubblica, di 'provare' i fatti che costituiscono il fondamento del diritto medesimo (*ex art.* 2697 c.c.)[204]; per la parte convenuta-resistente, di indicare i 'mezzi di prova' di cui intende valersi (ai sensi dell'art. 167 c.p.c.), sia pur sempre entro i limiti della tutela di diritti soggettivi; laddove, con riferimento ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, il Legislatore, nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il modello c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del 'principio di prova', con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di fornire la 'prova' dei fatti dedotti, pur potendo fornire un 'principio di prova'[205];

l'onere, della parte resistente, di sollevare l'eccezione d'inadempimento (*ex art.* 1460 c.c.), a pena di decadenza, nella memoria di costituzione (ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c.)[206].

Evidentemente, su questi aspetti penalizzanti dovrebbe sostare il contributo 'corrente' degli interpreti: onde consentire, in chiave di completamento-perfezionamento del processo evolutivo della giustizia amministrativa, il superamento di protocolli di meccanicistica mutuazione dal processo civile.

[203] Cass. civ., sez. lavoro, Ord. 13 novembre 2023, n. 31539. Cfr. pure Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 ottobre 2023, n. 462.

[204] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99.

[205] Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649.

[206] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Disciplina e prassi applicativa delle interdittive antimafia: criticità (anche) costituzionali e convenzionali

di Sonia Caldarelli

(Professore di Diritto Amministrativo abilitato II fascia - Avvocato, Phd in Diritto Amministrativo)

Sommario

1. Delimitazione del tema di indagine; - 2. L'interdittiva antimafia: la natura giuridica del provvedimento e le ricadute sulle garanzie formali e sostanziali a tutela dell'impresa; 3 - I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina delle interdittive antimafia; - 3.1. Le persistenti criticità; - 4. Le recenti modifiche normative al Codice antimafia: in particolare, il contraddittorio e le misure di prevenzione collaborativa. Ancora sulle irrisolte criticità dell'istituto; - 4.1. Temporaneità dell'interdittiva antimafia, potere di riesame della Prefettura e controllo giudiziario volontario, alla ricerca della "coerenza" del sistema; - 5. Note di sintesi e conclusive.

Abstract

The discipline of anti-mafia information has been at the center of a lively doctrinal debate for years (as well as of a substantial jurisdictional dispute) that involves transversally questions of administrative, constitutional and criminal law. Among the crucial issues (from a systematic point of view) that the legal regime of anti-mafia interdictions poses, there is that of the search for a fair balance between the need to fight organized crime (to which the anti-mafia interdiction measures are functional, but also the preventive measures regulated in the same regulatory complex) and the need to protect the constitutional freedom of enterprise and economic initiative and the dignity and fundamental rights of the person, whenever the interdictory measure affects the ability to support the individual entrepreneur, his family members or his employees.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Delimitazione del tema di indagine.

La disciplina delle informazioni antimafia[1] è ormai da anni al centro di un vivace dibattito dottrinale (oltre che di un consistente contenzioso giurisdizionale) che coinvolge trasversalmente questioni di diritto amministrativo, costituzionale e penale[2]. Tra i nodi cruciali (dal punto di vista sistematico) che il regime giuridico delle interdittive antimafia pone, vi è quello della ricerca di un giusto equilibrio[3] tra l'esigenza di contrasto alla criminalità organizzata (a cui sono funzionalizzati i provvedimenti di interdittiva antimafia, ma anche le misure di prevenzione disciplinate nel medesimo plesso normativo[4]) e l'esigenza di tutela libertà costituzionale d'impresa e di iniziativa economica[5] e della dignità e dei diritti

[1] Il d.l.gs n. 159/2011 recante il "*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*", contiene al suo Libro I la disciplina delle misure di prevenzione, mentre il Libro II, artt. 82 ss., è dedicato alle "*nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*", tra cui rientra l'informazione antimafia (o provvedimento di interdittiva antimafia) adottata dal Prefetto qualora accerti, in una prospettiva di anticipazione della difesa della legalità, l'esistenza di un "tentativo" di infiltrazione mafiosa dell'impresa (art. 84 comma 3); l'informazione antimafia determina, ai sensi dell'art. 94 del Codice, il prodursi di rilevanti effetti interdittivi (di qui il nome di "interdittiva antimafia"), ossia divieti e decadenze che precludono la possibilità di ottenere o di mantenere erogazioni pubbliche, contratti pubblici, provvedimenti amministrativi funzionali ad esercitare attività imprenditoriali (autorizzazioni, licenze, concessioni, iscrizioni in elenchi e registri ovvero in albi professionali, etc.).

[2] Tra i vari contributi in materia, senza pretesa di esaustività e fermi gli ulteriori riferimenti bibliografici contenuti nel testo, si v. A. Police, *La disciplina antimafia tra tutela dell'ordine pubblico e diritto al sostentamento*, in www.amministrazioneincammino.it, 19 dicembre 2023; F. Figorilli, W. Giulietti, *Contributo allo studio della documentazione antimafia: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in Federalismi.it, 2021, 14, 56 ss.; R. Rolli, *L'informazione antimafia come "frontiera avanzata"*, in www.giustiziainsieme.it, 3 luglio 2020; N. Durante, *L'interdittiva antimafia, tra tutela anticipatoria ed eterogenesi dei fini,* in Riv. trim. appalti, 2020, 41693 ss.; G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019; J. P. De Iorio, *Le interdittive antimafia ed il difficile bilanciamento con i diritti fondamentali,* Napoli, 2019; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in www.giustamm.it, 2016, 3 1 ss. Nella prospettiva del diritto costituzionale, si v. M. Armanno, *L'informativa antimafia dopo Corte cost. n.180 del 2022: un'indagine in prospettiva costituzionale degli itinerari di riforma e della giurisprudenza amministrativa, in nuove autonomie*, 2023, 1 ss.; A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali,* in Federalismi.it, 2019, 19, 1 ss.; *Id.*, *La Corte costituzionale e le informative antimafia. Minime riflessioni a partire dalla sentenza n. 57 del 2020*, in Nomos, 2020, 1 ss.; A. Cariola, *Che contenuto ha la libertà personale? Interdittive antimafia, sindacato sull'esercizio del potere amministrativo e problemi di giurisdizione*, in www.dirittifondamentali.it, 2021, 1, 277 ss. In quella penale, per i profili di interesse ai fini del presente contributo, cfr. G. Amarelli, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. n. 159/2011*?, in Dir. pen. cont., 2017, 4, 290 ss.

[3] L'espressione è di M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in giustiziainsieme.it, 25 maggio 2023, 2. In questo senso anche, F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 64.

[4] In questo senso, Corte cost. n.180/2022, punto 5 dei "Considerato in diritto".

[5] Come noto, la libertà di impresa e l'iniziativa economica sono tutelate dall'art. 41 della Costituzione. Sebbene non siano diritti espressamente riconosciuti come "fondamentali", si tratta in ogni caso di diritti costituzionalmente garantiti nonché riconosciuti a livello sovranazionale (si v. in tal senso l'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 1 Prot. 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), il cui eventuale sacrificio deve soggiacere a peculiari garanzie formali e sostanziali (su cui vedi *infra* parr. 2 e 3). Cfr. A. Police, *op. cit.*, 1 ss., il quale rileva che nella materia in esame vengono in rilievo "*diritti fondamentalissimi e primari interessi pubblici in un ambito centrale per l'azione dei pubblici poteri*" (1).

ISSN 2036-7821

fondamentali della persona, tutte le volte che la misura interdittiva incida sulla capacità di sostentamento del singolo imprenditore, dei suoi famigliari ovvero dei suoi dipendenti[6].

Il provvedimento di interdittiva antimafia si basa sulla ritenuta esistenza (da parte dell'autorità amministrativa prefettizia territorialmente competente[7]) di un tentativo (ovvero "rischio" o "pericolo" secondo le locuzioni generalmente utilizzate in giurisprudenza[8]) di infiltrazione mafiosa dell'impresa (non già, quindi, sull'accertamento dell'ingerenza di organizzazioni mafiose nell'impresa) idoneo a condizionare le scelte e gli indirizzi della società[9]; esso determina l'incapacità giuridica dell'impresa di contrarre con la pubblica amministrazione e di essere titolare di autorizzazioni, licenze, nulla osta ovvero di essere beneficiaria di sovvenzioni/contributi pubblici, imponendo la revoca dei provvedimenti favorevoli o abilitativi già rilasciati ovvero il recesso dai contratti già stipulati[10]. Attraverso l'informazione antimafia si vuole evitare che la pubblica amministrazione entri in contatto con soggetti che non siano integralmente liberi da condizionamenti derivanti da organizzazione di stampo mafioso, anticipando la soglia di tutela della legalità al momento del "tentativo" di infiltrazione mafiosa[11]. Poiché l'informazione antimafia produce rilevanti effetti interdittivi, precludendo il mantenimento ovvero l'ottenimento di contributi pubblici, contratti con le amministrazioni, ma anche i provvedimenti o titoli abilitativi necessari per lo svolgimento dell'attività di impresa, essa incide in "*in profondità sulle attività economiche ed imprenditoriali dei destinatari*"[12], potendo anche determinare la cessazione dell'operatore economico[13] che non potrà

[6] In questo senso si v. Corte cost. n.57/2020, punto 7.2. dei "Considerato in diritto" e più ampiamente Id., n. 180/2022. Anche A. Police, *op. cit.*, 6, osserva che le interdittive antimafia incidono non solo sul proprietario dell'impresa ma anche su tutti colori che vi operano, primi fra tutti i lavoratori.

[7] Si v. art. 90 del Codice Antimafia.

[8] *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395.

[9] Si v. Codice antimafia, art. 84 comma 3.

[10] *Ivi*, art. 94 commi 1 e 2.

[11] *Ex multis*, Cons. St., Ad. Pl., 6 aprile 2018, n.3.

[12] In termini, Corte cost. n.180/2022, punto 1 dei "Considerato in diritto".

[13] L'incidenza del provvedimento di interdittiva antimafia sull'esistenza stessa dell'impresa è palese nei casi in cui l'unica attività economica svolta sia basata su una concessione: in tali casiil provvedimento, comportando la revoca della concessione, determina automaticamente la messa in liquidazione dell'operatore economico attinto dalla misura. Lo stesso vale nei casi in cui l'impresa, pur operante esclusivamente sul mercato privato, fondi la sua attività su un'autorizzazione amministrativa: la cessazione dell'impresa, in tali casi, costituisce la conseguenza dell'impossibilità di continuare ad esercitare, sul mercato privato, l'attività economica oggetto di previa autorizzazione. Sotto tale profilo la ricostruzione giurisprudenziale secondo cui l'interdittiva antimafia determinerebbe una incapacità giuridica parziale, in quanto limitata ai rapporti con la pubblica amministrazione, e temporanea, potendo venire meno in sede di riesame del provvedimento da parte della Prefettura (si v. in particolare Cons. St., Ad. Pl. n. 3/2018 cit., ma anche, sul profilo della temporaneità, Corte cost. n. 57/2020) non appare del tutto convincente, ed improntata ad una valutazione di carattere prevalentemente formale: quanto al primo profilo, poiché essa oblitera di considerare che gli effetti interdittivi riguardano anche la permanenza in capo all'impresa dei titoli abilitativi necessari per lo svolgimento di attività economiche sul mercato "privato";

ISSN 2036-7821

più operare non solo nel "mercato" delle commesse pubbliche, ma neanche in quello "privato", tutte le volte che (ossia nella stragrande maggioranza dei casi) l'esercizio della sua attività presupponga una qualche forma di mediazione amministrativa (un'autorizzazione ovvero anche una mera segnalazione inizio attività[14]).

La delicatezza della materia e degli interessi in gioco[15], sia nella prospettiva nazionale che sovranazionale, con particolare riferimento alla CEDU[16], emerge dai plurimi interventi della Corte costituzionale più volte coinvolta nella valutazione di legittimità costituzionale della normativa in materia di documentazione antimafia (tra i più recenti interventi della Corte, il riferimento è alla sentenza della Corte cost. n.57/2020 e Corte cost. n. 180/2022)[17]; nonché dal coinvolgimento delle giurisdizioni sovranazionali, ossia della Cgue[18] che è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con l'art. 41 Cdfue (sul diritto ad una buona amministrazione) e con il principio generale del contraddittorio procedimentale, dell'art. 92 comma 2 del Codice antimafia che, nella versione anteriore alle modifiche introdotte con il Decreto-legge 6 novembre 2021 n. 152 convertito, con modificazioni, nella legge 29

---

quanto al secondo profilo, si deve considerare, per un verso, che sebbene l'interdittiva abbia validità, ai sensi dell'art. 86 comma 2 del Codice antimafia, di 12 mesi, la giurisprudenza ha interpretato la norma nel senso che il provvedimento continua a produrre effetti sino all'adozione di una diversa determinazione della Prefettura, il cui potere di riesame, tuttavia, non soggiace a termini perentori di esercizio esponendo quindi l'impresa a ritardi e inerzie dell'amministrazione (il tema è approfondito *infra* par. 4.1.); per altro verso, in quanto il termine di 12 mesi appare sufficiente per condannare un'impresa alla definitiva liquidazione quanto la sua attività economica venga paralizzata per effetto della informazione antimafia. In questo senso, cfr. M. A. Sandulli, *op. cit.*, 3. In giurisprudenza, si v. TAR Bari, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28.

[14] Cons. St., sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452. In dottrina, cfr. C. Villanacci, *Gli effetti civilistici dell'interdittiva antimafia,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, 3 dicembre 2020.

[15] Sottolinea la delicatezza del tema discendente dal "*contrasto tra l'esigenza di avversare nel modo più efficace, anche con strumenti che anticipino l'intervento dei giudici penali, le attività mafiose e l'esigenza di rispettare la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituzionalmente tutelata (…)*", F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, in giustamm.it, 2013, par. 1

[16] Secondo Cons. St. sez. III, 10 agosto 2020, n. 479 si tratta di una "*delicata materia, crocevia di fondamentali valori costituzionali, eurounitari e convenzionali in gioco*".

[17] Oltre alle sentenze della Corte cost. nn. 57/2020 e 180/2022 (su cui veda *infra* par. 3), si v. anche Corte cost. n. 3/2018, n. 178/2021 e n. 118/2022.

[18] Si v. Cgue, ordinanza 28 maggio 2020 causa c-17/20, *MC c. U.T.G. – Prefettura di Foggia*. Il giudice amministrativo di primo grado aveva sollevato dinanzi alla Cgue questione pregiudiziale di interpretazione dell'art. 41 Cdfue e del principio generale del diritto al contraddittorio, in relazione agli artt. 91, 92 e 93 del Codice antimafia (ratione temporis applicabile) nella parte in cui non prevedevano il contraddittorio endoprocedimentale in favore del soggetto interessato. La Cgue ha dichiarato la questione manifestamente irricevibile per difetto del collegamento tra il diritto dell'Unione invocato e l'informazione interdittiva antimafia, rammentando comunque, al par. 28 della decisione, che il rispetto "*dei diritti della difesa….costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che trova applicazione quando l'amministrazione intende adottare nei confronti di una persona un atto che le arrechi pregiudizio. In forza di tale principio i destinatari delle 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 *vulnus* della normativa interna quanto all'assenza di una fase preliminare in contraddittorio con l'interessato nel procedimento di interdittiva antimafia, è stato sanato dal legislatore con il già citato Decreto-legge 6 novembre 2021 n. 152, mediante l'introduzione del nuovo comma 2 bis dell'art. 92: per approfondimenti, si rinvia *infra* par. 4.

ISSN 2036-7821

dicembre 2021, n. 233, non contemplava alcuna forma di partecipazione nel procedimento dell'impresa sospettata di pericolo di infiltrazione mafiosa e, indirettamente, della giurisprudenza della Corte Edu che, con la sentenza *De Tommaso c. Italia*[19], ha ritenuto non compatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo la disciplina nazionale sulle misure di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, per violazione del principio di prevedibilità e determinatezza della legge.
Muovendo da tali sollecitazioni, il presente saggio si interroga sulla compatibilità del vigente regime giuridico delle interdittive antimafia come applicato dalla giurisprudenza amministrativa, con le garanzie formali e sostanziali derivanti dal principio di legalità e da quello di necessità e proporzionalità, che devono essere assicurate a fronte di provvedimenti amministrativi che incidono su diritti e libertà garantite dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'analisi, oltre ad interrogarsi sulla natura giuridica dell'informazione interdittiva antimafia come ricavabile dalle conferenti disposizioni normative e sulle conseguenti implicazioni sul piano delle garanzie, si sofferma anche sulle modifiche normative che hanno interessato la materia, sia con riferimento a quelle di natura sostanziale (consistenti nella introduzione del contraddittorio procedimentale e delle misure amministrative di prevenzione collaborativa[20]) sia in relazione al controllo giudiziario a domanda[21], al fine di valutare se esse, certamente mosse dall'esigenza di superare alcune criticità dell'istituto evidenziate dalla dottrina e da parte della giurisprudenza amministrativa[22], siano anche in grado di superare i dubbi relativi alla coerenza della disciplina del Codice antimafia con il paradigma di legalità sostanziale e con i limiti derivanti dal principio di necessità dell'ingerenza.

2. L'interdittiva antimafia: la natura giuridica del provvedimento e le ricadute sulle garanzie formali e sostanziali.

Il Codice antimafia contiene, oltre alla disciplina delle misure di prevenzione (applicate dall'autorità giudiziaria all'esito di un giudizio), la disciplina della documentazione antimafia, ossia della comunicazione antimafia e della informazione antimafia che devono essere obbligatoriamente acquisite dalla pubblica amministrazione e dagli altri enti pubblici prima di stipulare contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi o forniture pubbliche ovvero prima di rilasciare provvedimenti di autorizzazione, concessione ovvero di erogazione di contributi pubblici. Sotto il profilo formale, secondo quanto disposto dall'art. 84 del Codice antimafia, la comunicazione e l'informazione antimafia sono "attestazioni": in

[19] Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ricorso n. 43395/09, causa *De Tommaso c. Italia*.
[20] Su cui vedi *infra*, par. 4.
[21] Su cui vedi *infra* par. 4.1.
[22] Vedi *supra* nota n. 19 ed in particolare si v. i dubbi e criticità sollevati nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale dal TAR Puglia, Bari, n. 28/2020 *cit*..

ISSN 2036-7821

particolare, la comunicazione antimafia attesta la "*sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67*", ossia ha una valenza meramente ricognitiva degli effetti dell'avvenuta applicazione di una misura di prevenzione dal parte del Giudice penale con provvedimento definitivo (ovvero, per dirlo in altri termini, è espressione di "un'attività amministrativa vincolata"[23]); l'informazione antimafia, viceversa, oltre a quanto già previsto per la comunicazione antimafia, attesta, la "*sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate*"[24]: come osservato in dottrina[25], a differenza della comunicazione antimafia, l'informazione antimafia, al di là del *nomen iuris*, non ha natura meramente "informativa", ma è espressione dell'esercizio di un potere di valutazione e di accertamento dell'autorità prefettizia, all'esito di un apposito procedimento amministrativo e sulla base di un motivato giudizio, dell'esistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa dell'impresa. Da un simile accertamento deriva, ai sensi dell'art. 94 del Codice antimafia, una forma di "incapacità giuridica"[26] che è quella di contrarre con la pubblica amministrazione ovvero di essere titolare di autorizzazioni, licenze, nulla osta, concessioni ovvero ancora di ricevere erogazioni o sovvenzioni pubbliche[27] nonché, per effetto dell'art. 89 bis del Codice antimafia[28], l'applicazione del regime di cui all'art. 67 (che individua gli effetti conseguenziali al provvedimento giudiziario definitivo di applicazione della misura di prevenzione e meramente "attestati" dalla comunicazione antimafia).

Se ne ricava che l'informazione antimafia non ha consistenza di mera ricognizione di un fatto o di effetti già prodotti, bensì di accertamento dal quale derivano effetti costitutivi fortemente pregiudizievoli per l'impresa.

---

[23] Corte cost. n. 178/2021, punto 4.4.1. dei "Considerato in diritto".

[24] L'art. 84, rubricato "definizioni", dopo aver disposto al suo comma 1 che "*la documentazione antimafia è costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia*", definisce al comma 2 la "comunicazione antimafia" chiarendo che essa "*consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67*" e al comma 3 "l'informazione antimafia", chiarendo che essa consiste, invece, "*nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67, nonché, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 91, comma 6, nell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate* (…)".

[25] F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata*, in Giustamm.it, 2018, 6, 1 ss. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 56 ss., in particolare 58.

[26] In questo senso, Cons. St., Ad. Pl. n. 3/2018 *cit*.

[27] L'unica eccezione stabilita dalla legge, è quella prevista al comma 3 dell'art 94 secondo cui "*I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi*": per approfondimenti sulla portata di tale disposizione, si v. C. Contessa, *La mancata revoca dell'affidamento ad impresa colpita da informativa antimafia,* in Urb. e app., 2015, 2203 ss.

[28] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 marzo 2024, n. 2062. In questo, in dottrina, si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 59 che richiama anche Corte Cost. 4/2018.

ISSN 2036-7821

Quanto ai presupposti dell'adozione di tale provvedimento, il comma 4 dell'art. 84 del Codice antimafia elenca le situazioni dalle quali la Prefettura desume il tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa (che dà luogo all'adozione del provvedimento): oltre ai c.d. reati spia e alle altre situazioni tipizzate[29], lo stesso art. 84 comma 4, alla lett. d), prevede che il tentativo di infiltrazione mafiosa dell'impresa possa essere desunto da (altri) "*accertamenti disposti dal Prefetto*", ossia da elementi che, in quanto derivanti dagli autonomi accertamenti disposti dall'amministrazione, non sono predeterminati dalla legge ma lasciati, in sede di esercizio dei poteri istruttori, alla libera individuazione, selezione e scelta dell'autorità amministrativa[30]; a sua volta il comma 6 dell'art. 91 del d.lgs. n. 159/2011 ss. mm. ii. prevede che il Prefetto "*può, altresì, desumere il tentativo di infiltrazione mafiosa da provvedimenti di condanna anche non definitiva per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività di impresa possa, anche modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata (…)*".
Secondo la disciplina del Codice l'interdittiva antimafia è, quindi, un provvedimento basato sull'accertamento di un tentativo di infiltrazione mafiosa desunto da elementi tipizzati dalla legge ovvero (c.d. a condotta libera) individuati e scelti dalla Prefettura (questi ultimi "imprevedibili" e "indeterminati", perché lasciati all'apprezzamento dell'amministrazione); il suo presupposto non è costituito dall'avvenuta infiltrazione mafiosa dell'impresa (sicché non è richiesto alla Prefettura di individuare elementi dimostrativi di tale infiltrazione), ma da elementi che denotino il (solo) "tentativo" di

[29] Si riporta di seguito il testo del comma 4 dell'art. 84 del Codice Antimafia: "*Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa che danno luogo all'adozione dell'informazione antimafia interdittiva di cui al comma 3 sono desunte: a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 603-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-quinquies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 ((, nonché dei delitti di cui agli articoli 2, 3 e 8 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74)); b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; d) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del decreto-legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, ovvero di quelli di cui all'articolo 93 del presente decreto; e) dagli accertamenti da effettuarsi in altra provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lettera d); f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia*".

[30] Si parla in questi casi di informativa antimafia c.d. "generica" ovvero "a condotta libera", in cui gli elementi fattuali sono lasciati al prudente apprezzamento del prefetto: si v. Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105.

ISSN 2036-7821

condizionamento dell'impresa[31]. Allorquando la Prefettura accerti l'esistenza di tale presupposto essa adotta l'informazione antimafia, dalla quale deriva una forma di incapacità giuridica dell'operatore economico: il provvedimento ha, quindi, natura "sacrificativa" e afflittiva (anche se non formalmente punitiva o sanzionatoria)[32].

A fronte della (oggettivamente) scarna disciplina di fonte primaria quanto ai presupposti, limiti e condizioni di esercizio del potere, la giurisprudenza amministrativa (investita di un consiste contenzioso in materia) ha svolto un'opera di "supplenza" nella specificazione e puntualizzazione di aspetti essenziali dell'istituto (quali i presupposti di adozione del provvedimento, la sua natura giuridica, l'oggetto della valutazione prefettizia, le modalità di accertamento e i relativi parametri), delineando uno "statuto" delle interdittive antimafia che di seguito si sintetizza (trattandosi di principi e criteri ormai consolidati nella giurisprudenza e ampiamente noti alla letteratura):

- l'interdittiva antimafia è un provvedimento di natura cautelare e preventiva, che mira a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa dell'impresa anticipando massimamente la soglia della tutela della legalità[33];
- il paradigma legale di riferimento (codificato dagli artt. 84 e 91 del d.gs. n. 159/2011 ss. mm. ii.) è volutamente elastico là dove affida al Prefetto l'apprezzamento di indici sintomatici di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa dell'impresa;
- quanto all'oggetto dell'accertamento demandato alla Prefettura, l'espressione "tentativo" di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 e 91 del Codice antimafia (che potrebbe rimandare alla declinazione penalistica di "*atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto" di cui all'art. 56 c.p.a., il cui accertamento postulerebbe quindi di "provare fatti storicamente avvenuti*"[34]), deve intendersi come "rischio" o

[31] Quanto agli "elementi" necessari ai fini del "tentativo" di infiltrazione mafiosa e alla declinazione di tale locuzione in termini di "rischio" o "pericolo" si veda *infra*.

[32] Non pare revocabile in dubbio che il provvedimento di interdittiva antimafia incida in termini negativi sulla capacità giuridica dell'impresa: si tratta quindi di un provvedimento che ha natura afflittiva, precludendo all'impresa non solo di accedere alle commesse pubbliche, ma anche di essere titolare delle autorizzazioni, licenze o nulla osta necessarie all'esercizio dell'attività, in questo senso disponendo l'art. 94 del Codice antimafia. Sul tema della natura "sanzionatoria" dell'interdittiva e sulle implicazioni sul piano delle garanzie, si veda *infra* nota n. 42.

[33] Si è al riguardo chiarito che "*la misura interdittiva, essendo il potere esercitato espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale, finalizzata ad assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alle attività della criminalità organizzata, non deve necessariamente collegarsi ad accertamenti in sede penale di carattere definitivo sull'esistenza della contiguità dell'impresa con organizzazione malavitose, e quindi del condizionamento in atto dell'attività di impresa, ma può essere sorretta da elementi sintomatici e indiziari da cui emergano sufficienti elementi del pericolo che possa sussistere il tentativo di ingerenza nell'attività imprenditoriale della criminalità organizzata*", cfr. Cons. St., sez. III, 6 giugno 2022, n. 4616. In termini critici rispetto alla ritenuta natura cautelare e di urgenza dell'interdittiva antimafia, si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, par. 2, 59 ss.

[34] In termini, F. G. Scoca, *op. loc. ult. cit.*, 5. Si v. anche C., Miccicché, *L'azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia,* in Jus-online, 2019, 1, 19 ss., in particolare 27-28.

ISSN 2036-7821

"pericolo" (ossia mera possibilità[35]) di infiltrazione mafiosa, richiedendosi a tale fine una valutazione o giudizio di tipo prognostico (come tale "opinabile") circa la probabilità che il fatto accada[36], basato sull'indicazione di elementi indiziari (o sintomatici) gravi precisi e concordanti idonei a denotare un pericolo attuale e concreto di infiltrazione mafiosa dell'impresa tali da offrire un quadro oggettivo del pericolo di infiltrazione mafiosa[37];

- oltre agli elementi tipizzati da legislatore, il pericolo di infiltrazione mafiosa può essere desunto da altre situazioni indiziarie rimesse al libero apprezzamento della Prefettura.

Sempre la giurisprudenza amministrativa, al fine di rendere meno incerti i presupposti di adozione del provvedimento (che, come appena rilevato, non sono esaustivamente previsti dal legislatore, in quanto demandati anche al prudente apprezzamento della Prefettura), ha compiuto uno sforzo tassativazzante, a partire dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 17436/2016[38], individuando gli "indici" o "spie" dell'infiltrazione mafiosa, comunque precisando che essi costituiscono un catalogo aperto e non già un *numerus clausus*. Contestualmente, si è anche precisato che il pericolo di infiltrazione mafiosa deve essere valutato secondo un ragionamento induttivo che non richiede di attingere ad un livello di certezza oltre ogni ragionevole dubbio (secondo lo standard probatorio della responsabilità penale) ma "*implica una prognosi assistita da un attendibile grado di verosimiglianza (…) si da ritenere più probabile che non il pericolo di infiltrazione mafiosa*"[39], nel senso che per ritenere provato il tentativo di infiltrazione mafiosa è sufficiente che tale ipotesi sia più probabile di tutte le altre messe insieme (ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità).

Quanto alla coerenza dell'informazione antimafia con il principio basilare dello Stato di diritto, costituito dal rispetto della legalità sostanziale, il giudice amministrativo ha "giustificato" le peculiarità dell'interdittiva antimafia in ragione della funzione anticipatoria della soglia di contrasto alla criminalità organizzata e della natura della interdittiva antimafia, quale provvedimento cautelare e preventivo, non sanzionatorio/punitivo[40]: in altri termini, si è ritenuto che la funzione di prevenire l'infiltrazione mafiosa nelle imprese, massimamente anticipando la soglia di tutela al

[35] F. G. Scoca, *op. loc. ult. cit*., 5. Si rinvia al contributo del Maestro per l'illustrazione della evoluzione della giurisprudenza amministrativa quanto alla definizione dell'oggetto dell'accertamento della Prefettura e alle implicazioni derivanti dall'uso delle diverse formule "tentativo" e "pericolo" o "rischio".

[36] Corte cost. n. 57/2020, punto 4.1. del "Considerato in diritto".

[37] Di recente, sul punto, Cons. St., sez. III, 2 aprile 2024, n. 2993.

[38] Cons. St., sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

[39] *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105. La giurisprudenza successiva della sezione è tutta conforme a tale orientamento.

[40] In questo senso, per tutte, Cons. St., Ad. Pl., n.3/2018 *cit*.. La Corte costituzionale con le sentenze nn. 118/2022, 178/2021 e 57/2020, ha condiviso la tesi della natura non sanzionatoria, ma cautelare e preventiva, delle interdittive antimafia.

ISSN 2036-7821

solo tentativo o rischio o pericolo di infiltrazione mafiosa, giustificherebbe, stante la natura cautelare e preventiva del provvedimento, un arretramento della predeterminazione legislativa dei presupposti di esercizio del potere e, quindi, l'elasticità del paradigma legale di riferimento (basato su una clausola aperta, ossia quella di tentativo di infiltrazione mafiosa); inoltre, poiché il provvedimento di interdittiva antimafia non avrebbe contenuto sanzionatorio-punitivo (ma di prevenzione e cautelare), sarebbe anche privo dei caratteri di misura sostanzialmente penale (punitiva), sicché non potrebbero trovare applicazione le garanzie di cui agli artt. 6 (giusto processo) e 7 (nulla poena sine lege) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[41].

Rispetto a tali coordinate interpretative, si impongono immediatamente alcune riflessioni critiche quanto alla natura del potere esercitato dalla Prefettura in sede di adozione dell'interdittiva antimafia e alle relative implicazioni sul piano delle garanzie formali e sostanziali.

Il provvedimento di interdittiva antimafia ha indubbiamente carattere sacrificativo della libertà di iniziativa economica e può anche incidere sul soddisfacimento dei bisogni primari dell'imprenditore, della sua famiglia e dei lavoratori, potendo determinare la definitiva cessazione dell'impresa; esso può essere adottato in base ad un accertamento meramente probabilistico, basato su elementi indiziari, non specificamente predeterminati dalla legge ma lasciati alla valutazione del Prefetto.

L'ampiezza dei poteri della Prefettura non riguarda la scelta su se adottare o meno il provvedimento ovvero sul come graduarne le conseguenze o il contenuto, bensì esclusivamente il momento dell'accertamento del presupposto previsto dalla legge. In altri termini, una volta che la Prefettura abbia accertato l'esistenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa, l'adozione dell'informazione antimafia assume carattere vincolato, non essendo previsto alcun margine di scelta o di apprezzamento quanto

[41] In realtà, l'esclusione delle interdittive antimafia dalla "materia penale" ai sensi della CEDU, è suscettibile di critica alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, secondo cui la natura sostanzialmente penale di una misura formalmente amministrativa, si ricava dal suo contenuto afflittivo (c.d. criteri Engels) e non già dalla sua natura formalmente sanzionatoria: l'interdittiva antimafia (sebbene si possa convenire in ordine al fatto che sia priva di carattere formalmente sanzionatorio o punitivo, trattandosi di una misura di "prevenzione"), è certamente un provvedimento fortemente afflittivo (potendo addirittura determinare la cessazione di una impresa): sotto tale profilo, essa potrebbe pertanto ricadere sotto il regime giuridico di cui agli artt. 6 e 7 Cedu, rispetto al quale potrebbe ritenersi incompatibile sia per violazione del principio di legalità in senso forte, sia in ragione dello standard probatorio basato sul criterio del più probabile che non, in luogo di quello dell'accertamento oltre ogni ragionevole dubbio. Nel senso della possibile natura di "sanzione penale" dell'interdittiva antimafia alla luce dei canoni CEDU, con conseguente necessità di rigoroso rispetto delle condizioni di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 65-66, A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali, op. cit.*, 22 ss.; G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 4; quanto alla conseguente possibilità di applicare il paradigma della full jurisdiction al contenzioso sulle interdittive antimafia, si v. L. Bordin, *Contraddittorio endoprocedimentale e interdittive antimafia: la questione rimessa alla Corte di Giustizia. E se il problema fosse altrove?,* in Federalismi.it, 2020, 22, 34.

ISSN 2036-7821

all'*an*, al *quid* o al *quomodo* del provvedimento[42]: l'interdittiva antimafia non è, pertanto, espressione di discrezionalità amministrativa, non postulando valutazioni di "opportunità"[43], né la ponderazione degli interessi contrapposti[44] (tanto è vero che la Prefettura non può modulare gli effetti dell'interdittiva antimafia[45] ovvero non può decidere di non adottare il provvedimento qualora ritenga che la misura costituisca, ad esempio, un sacrificio eccessivo rispetto ad altri interessi quali quello della garanzia dei mezzi di sostentamento dell'imprenditore, della sua famiglia, dei dipendenti), ma è frutto di un'attività di accertamento "opinabile" (in quanto basata non già sulla dimostrazione di un fatto, ma sulla eventualità di un tentativo e quindi di una possibilità di suo accadimento[46]).

Una simile precisazione appare necessaria alla luce dell'affermazione nella giurisprudenza amministrativa della natura "fortemente discrezionale" del provvedimento di interdittiva antimafia con ogni conseguenza in ordine al relativo sindacato giurisdizionale[47].

Si tratta, piuttosto, di una decisione basata su un accertamento opinabile del presupposto di esercizio del potere, perché riferito ad un "tentativo" o "rischio" o "pericolo",[48]: la struttura del potere, come conformato dalla legge, è quindi molto più vicina a quello espressione della discrezionalità tecnica in cui non opera una comparazione tra interesse pubblico primario e interessi secondari né la scelta sulla soluzione più opportuna per l'interesse pubblico da perseguire, bensì l'accertamento di un fatto in base a criteri specialistici o scientifici opinabili, ma da essa si discosta[49] in quanto non vengono in rilievo fatti da accertarsi tramite criteri scientifici o tecnici

---

[42] Sull'assenza di margini di discrezionalità amministrativa si v. F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, *op. cit*. Su tali profili, cfr. anche F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 67

[43] F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta "anticipata" alla criminalità organizzata, op. cit.*, ., 4.

[44] In questo senso, F. Figorelli, W. Giulietti, *op. cit*., par. 3, 66 ss. E' d'obbligo il richiamo alla dottrina tradizionale sulla discrezionalità, ossia M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939, nonché la rilettura della relativa evoluzione ad opera di F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in Riv. Trim. dir. pubbl., 2000, 1045 ss.

[45] Sulle recenti modifiche normative che hanno introdotto, nel rispetto del principio di gradualità e proporzionalità, la possibilità per la Prefettura di adottare, in luogo dell'interdittiva antimafia, misure amministrative di prevenzione collaborativa, si veda *infra*, par 4.

[46] In questo senso, ancora F. G. Scoca, *op. loc. ult. cit.*, 4. Secondo F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 64, i provvedimenti di interdittiva antimafia sarebbero espressione di un "*potere inibitorio sull'attività privata connessa al solo verificarsi dell'accertamento positivo della condizione di infiltrazione mafiosa e di idoneità di essa al condizionamento della gestione dell'impresa*".

[47] Cfr., *ex multis* Cons. St., sez. III, 3 luglio 2019, n.4570; *Id.*, 15 febbraio 2018, n.971.

[48] Si v. A Police, *op. cit.*, 3 il quale rileva che è "*discrezionale l'apprezzamento della pericolosità di alcuni fatti o condotte, della loro cronicità ovvero della loro occasionalità*".

[49] Nel senso della peculiarità del potere esercitato dal Prefetto in sede di adozione dell'informazione antimafia, si v. G. Sigismondi, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nella pratica delle corti,* in Riv. Trim. dir. pubbl., 2015, 705 ss.; M. Mazzamuto, *Profili di documentazione antimafia*, *op. cit*., 1 ss..

ISSN 2036-7821

o specialistici, [50] bensì l'accertamento di un "*tentativo di infiltrazione mafiosa*" o "*pericolo o rischio di infiltrazione mafiosa*": un simile accertamento richiama metodi di giudizio prognostico o probabilistico di "pericolosità" che, in uno ordinamento democratico, presuppongono la predeterminazione legislativa degli elementi oggettivi e verificabili, non indeterminati e vaghi, sulla cui base il giudizio prognostico può essere sviluppato[51]. L'ampiezza dei poteri della Prefettura (in ragione della quale la giurisprudenza amministrativa, sebbene in modo non rigoroso per le ragioni espresse, utilizza l'espressione "discrezionalità"[52]) riguarda proprio il predetto accertamento (e quindi la fase istruttoria e i relativi poteri) diretto a dimostrare il solo tentativo, rischio o pericolo di infiltrazione mafiosa idoneo a condizionare l'impresa[53]. In relazione a tale accertamento, la Prefettura gode di ampi poteri istruttori e di valutazione dell'esistenza del presupposto di adozione dell'interdittiva i quali, in ragione della indubbia natura sacrificativa della misura interdittiva, dovrebbero essere assoggettati a rigorosi limiti sia in termini di rispetto

[50] Come noto, si parla di "discrezionalità tecnica" quando l'adozione del provvedimento amministrativo presuppone l'accertamento di un fatto attraverso il ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico la cui applicazione non garantisce un risultato univoco e oggettivo, bensì opinabile: di qui la differente struttura del potere rispetto alla discrezionalità amministrativa, la quale postula non solo il "momento del giudizio" (ossia di acquisizione dei fatti), ma anche quello di scelta in base alla corretta valutazione e ponderazione degli interessi rilevanti. La categoria concettuale della discrezionalità tecnica, rispetto alla quale M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, *Vol. I*, Milano, 1970, 488, ne evidenziava la peculiarità rispetto alla "discrezionalità amministrativa" imputando ad un errore della dottrina il *nomen* (non avendo essa "*nulla di discrezionale*"), è stata oggetto di molteplici trattazioni in dottrina: a mero titolo esemplificativo, tra i contributi più recenti, si v. F. Cintioli, *Tecnica e processo amministrativo*, in Dir. Proc. Amm., 2004, 983 ss.; Id., voce *Discrezionalità tecnica* (dir. amm.), in Enc. Dir., Vol. II, Milano, 2008, 481 ss.; A. Moliterni (a cura di), *Le valutazioni tecnico scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, passim.

[51] Non si condivide sotto tale profilo l'approccio tendente a ricondurre i poteri della Prefettura a margini di discrezionalità tecnica (in termini, CGARS, 25 ottobre 2023, n.729), con conseguente possibile riferimento ai "concetti giuridici indeterminati" ovvero alle clausole aperte e recupero delle garanzie formali e sostanziali attraverso la "partecipazione procedimentale" ovvero la "full jurisdiction": in senso critico, su tali profili, si v. anche A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, 8. Coglie le peculiarità del potere della Prefettura rispetto al modello di attività provvedimentale di carattere generale, Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2023, n. 8765 là dove afferma che il potere di adottare interdittive antimafia si basa su "*valutazioni necessariamente opinabili, di consistenza magmatica siccome attinenti all'apprezzamento di rischi e non all'accertamento di fatti*", mentre appare criticabile l'implicazione che ne fa discendere, ossia che una simile conformazione del potere non consentirebbe una predeterminazione legislativa delle condizioni di esercizio del potere.

[52] Si v. Cons. St., sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395 secondo cui "*l'informativa antimafia implica una valutazione discrezionale da parte dell'autorità prefettizia in ordine al pericolo di infiltrazione mafiosa, capace di condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa*".

[53] Come correttamente rilevato da F. Figorelli, W. Giulietti, *op. cit.*, 69, le condizioni che devono ricorrere affinché possa dirsi integrato il presupposto del potere di adottare l'interdittiva antimafia sono il "tentativo di infiltrazione mafiosa" e la "sua idoneità al condizionamento dell'impresa". La precisazione appare necessaria in quanto, sovente, in giurisprudenza, il profilo della idoneità del pericolo di infiltrazione mafiosa a condizionare, in concreo, la conduzione dell'impresa appare piuttosto sfumato: in questo senso, si v. F. G. Scoca, *Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta anticipata alla criminalità organizzata*, *op. cit.*, par. 5.

ISSN 2036-7821

della legalità sostanziale[54], sia sotto il profilo dei principi di necessità e proporzionalità. Si devono al riguardo richiamare le parole della Corte costituzionale che con riferimento a misure restrittive della libertà di impresa e del diritto di proprietà non aventi carattere penale ha affermato che esse devono *"soggiacere al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione"*, ossia *"a) la sua previsione attraverso una legge (artt. 41 e 42 Cost.) che possa consentire ai propri destinatari, in conformità alla costante giurisprudenza della Corte EDU sui requisiti di qualità della "base legale" della restrizione, di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure (art. 1 Prot. Add. CEDU); b) l'essere la restrizione "necessaria" rispetto ai legittimi obiettivi perseguiti (art. 1 Prot. add. CEDU) e pertanto proporzionata rispetto a tali obiettivi, ciò che rappresenta un requisito di sistema anche nell'ordinamento costituzionale italiano per ogni misura della pubblica autorità che incide sui diritti dell'individuo, alla luce dell'art. 3 Cost.; nonché c) la necessità che la sua applicazione sia disposta in esito ad un procedimento che – pur non dovendo necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale – deve tuttavia rispettare i canoni generali di ogni giusto processo garantito dalla legge (artt. 111, primo, secondo e sesto comma Cost., e 6 CEDU, nel suo "volet civil"), assicurando in particolare la piena tutela al diritto di difesa (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia richiesta"*[55].

Dalle considerazioni svolte si possono trarre alcune implicazioni: la prima è che la Prefettura non può graduare o mitigare gli effetti dell'interdittiva antimafia, né può scegliere di non adottarla motivando la decisione in base, ad esempio, alla preminenza dell'interesse privato al mantenimento delle condizioni essenziali per il soddisfacimento dei bisogni primari di esistenza[56]; la seconda è che il sindacato del giudice amministrativo sulle impugnazioni di tali provvedimenti non dovrebbe trincerarsi dietro ai limiti del sindacato sui provvedimenti espressione di discrezionalità amministrativa, ma dovrebbe verificare la veridicità, esaustività, completezza degli elementi assunti dalla prefettura a fondamento dell'accertamento del "tentativo di infiltrazione mafiosa"[57]; la terza è che, in considerazione degli effetti

[54] Richiama il principio di tipicità della fattispecie con riferimento alle interdittive antimafia, CGARS, 9 luglio 2018, n. 385.

[55] Si veda Corte cost. n. 24/2019 punto 10.4.3. dei "Considerato in diritto", relativa al sequestro e alla confisca di prevenzione, rispetto alle quali, precisa la Corte "*Pur non avendo natura penale, sequestro e confisca di prevenzione restano peraltro misure che incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. add. CEDU)*".

[56] Come si vedrà *infra* par. 3, la questione è particolarmente rilevante alla luce della giurisprudenza costituzionale che ha evidenziato un *vulnus*, sul punto, del Codice antimafia e una chiara violazione, sotto tale profilo, della Costituzione.

[57] In questo senso, si vedano i più recenti approdi del giudice amministrativo (*ex multis*, Cons. St., sez. III, 4 marzo 2024, n. 2062) che affermano il pieno accesso al fatto e il sindacato sulla veridicità o meno degli elementi assunti dal Prefetto a fondamento del provvedimento antimafia, ovvero della loro completezza ed esaustività: sennonché, al di là delle formule descrittive utilizzate in giurisprudenza, è innegabile, non solo alla luce del

ISSN 2036-7821

indubbiamente sacrificativi dell'interdittiva antimafia, l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, presupposto del provvedimento, dovrebbe essere rigorosamente astretto dall'onere di provare il pressoché certo tentativo o rischio di infiltrazione mafiosa dell'impresa tale da rendere necessario ed indefettibile il provvedimento interdittivo[58]: ciò come postulato dell'esigenza di ricondurre il potere della Prefettura entro le garanzie di proporzionalità e necessità che devono presiedere ogni provvedimento amministrativo che incida su diritti e libertà costituzionalmente garantite[59]. In altri termini, proprio la peculiare natura del potere (che non è espressione di discrezionalità amministrativa nel senso tradizionalmente inteso, né di discrezionalità tecnica in senso stretto, bensì di un potere di accertamento ampiamente opinabile della Prefettura in quanto basato su elementi sintomatici il pericolo o la possibilità che un fatto possa accadere[60]), reca con sé che i limiti di tale potere istruttorio di accertamento debbano essere conformati in modo tale da assicurare l'indefettibile rispetto della legalità sostanziale, con conseguente predeterminazione dei limiti e condizioni di esercizio di quel potere che non può essere demandato ad una clausola talmente elastica da non consentire la prevedibilità e certezza dell'azione amministrativa, nonché di quelli di proporzionalità, necessità e adeguatezza che richiedono, ai fini dell'interferenza dell'autorità pubblica in libertà o diritti costituzionalmente (o convenzionalmente)

---

contenuto sostanziale delle sentenze in materia, ma anche dell'esiguo numero di ricorsi accolti avverso tali provvedimenti, una indubbia deferenza del giudice amministrativo rispetto alle valutazioni della Prefettura: su tali profili, si v. R. Greco, *op. cit*., 33; A. Police, *op. cit*., 5 ; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 91.

[58] Sulla regola probatoria - di invenzione pretoria - di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa in base al criterio del "più probabile che non", si può richiamare in termini fortemente critici, una "isolata" sentenza del CGARS, 9 luglio 2018, n. 385 la quale ha rilevato che "*la c.d. regola del più probabile*" se "*isolatamente considerata sarebbe aberrante in un sistema ispirato alla tutela dei diritti fondamentali (…)*".

[59] Di nuovo, si v. Corte cost. n. 24/2019 punto 10.4.3. dei "Considerato in diritto".

[60] Di recente il giudice amministrativo, proprio per le peculiarità delle interdittive antimafia, ha affermato (si v. Cons. St., sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854) che il potere della Prefettura di adozione delle interdittive antimafia sarebbe espressione di una "*discrezionalità amministrativa declinata in questa delicata materia sotto l'aspetto del ragionamento probabilistico compiuto dall'amministrazione*" ovvero che l'espressione discrezionalità dovrebbe "*intendersi qui non nel senso, tradizionale e ampio, di ponderazione comparativa di un interesse pubblico primario rispetto ad altri interessi, ma in quello, più moderno e specifico, di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica*." (*Id*., sez. III, 18 settembre 2023, n. 8395). Sebbene non si condivida sotto il profilo teorico l'elaborazione di una accezione moderna e specifica di "discrezionalità" intesa come "equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo", proprio il riconoscimento del fatto che il *proprium* del potere esercitato dalla Prefettura sta nell'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa secondo una logica inferenziale e che anche tale accertamento deve sottostare alle regole generali che presiedono l'azione amministrativa, avrebbe dovuto condurre per un verso, all'affermazione del principi di legalità sostanziale in senso forte, quale corollario dell'art. 97 della Cost., per altro verso a quelli di proporzionalità e necessità, i quali, applicati al potere prefettizio, richiederebbero l'individuazione precisa dei presupposti di esercizio del potere che non possono essere demandati al libero e prudente apprezzamento dell'autorità amministrativo, e l'affermazione della necessità di un rigoroso accertamento in termini, se non di certezza, di elevatissima probabilità, del tentativo di infiltrazione mafiosa tale da rendere "necessaria" e indefettibile" la misura interdittiva.

ISSN 2036-7821

tutelati, che essa sia assolutamente necessaria per assicurare tutela all'interesse pubblico.

3. I dubbi di legittimità costituzionale della disciplina delle interdittive antimafia.

L'analisi condotta nel precedente paragrafo ha messo in rilievo l'importante sforzo della giurisprudenza amministrativa nella definizione di uno "statuto" delle interdittive antimafia: per un verso, il giudice amministrativo ha declinato i presupposti della interdittiva antimafia (nel silenzio della norma primaria) richiedendo che gli elementi individuati e selezionati dalla Prefettura debbano essere oggettivi, chiari, precisi, concordanti, atti a denotare il pericolo attuale e concreto di infiltrazione mafiosa, operando addirittura una tipizzazione giurisprudenziale delle situazioni atipiche che possono denotare il pericolo di infiltrazione mafiosa; per altro verso ha individuato (nuovamente nel silenzio della normativa di fonte primaria) quale standard probatorio per l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, quello minimo del c.d. più probabile che non; per altro verso ancora, ha escluso la natura sostanzialmente afflittiva dell'informazione antimafia, ammettendo un arretramento della legalità sostanziale (e quindi della predeterminazione normativa dei presupposti di esercizio del potere) a fronte della esigenza di anticipazione della soglia di tutela.

Le predette acquisizioni giurisprudenziali sollevano questioni problematiche nella prospettiva della tutela dei diritti di singoli dinanzi all'esercizio del potere amministrativo: in primo luogo, in quanto quello della giurisprudenza amministrativa è uno sforzo interpretativo, finalizzato a rendere meno "indeterminato" il presupposto legittimamente l'esercizio di potere: ma in quanto di matrice giurisprudenziale e non normativa, occorre chiedersi se si possa ritenere soddisfatto il paradigma della legalità sostanziale a fronte di un'opera giurisdizionale di tipizzazione dei presupposti di esercizio del potere non puntualmente declinati dalla legge; in secondo luogo, in quanto le valutazioni probabilistiche dell'autorità amministrativa determinano una compressione di diritti costituzionalmente tutelati, sicché occorre domandarsi se sia sufficiente a tale fine ricorrere allo standard della c.d. probabilità cruciale; in terzo luogo, in quanto la ritenuta natura non sanzionatoria o punitiva della misura, non esclude in sé la sostanziale afflittività del provvedimento (potendosi risolvere l'interdittiva antimafia nella definitiva cessazione dell'impresa), dalla quale derivano come corollari, l'applicazione delle garanzie (non solo procedimentali, in termini di contraddittorio) ma ancora prima formali, in termini di determinatezza e prevedibilità della norma di legge attributiva del potere contro il rischio di arbitrio dell'autorità amministrativa.

ISSN 2036-7821

Si tratta di temi che hanno tenore "costituzionale"[61] in quanto riguardano i presupposti e limiti dell'esercizio del potere pubblico e le garanzie che presiedono la tutela dei diritti costituzionali dei singoli: di essi è stata investita la Corte costituzionale chiamata a valutare la compatibilità con gli artt. 3 e 41 della Costituzione degli artt. 89 bis e 92, commi 3 e 4 del Codice antimafia sull'informazione antimafia e sulle conseguenze (in termini di divieti e di incompatibilità) da esse derivanti. La questione era stata sollevata dal Tribunale ordinario di Palermo nell'ambito di un giudizio avverso la cancellazione dall'albo delle imprese artigiane disposta dalla Commissione provinciale per l'artigianato: non si trattava quindi di un giudizio avverso il provvedimento prefettizio, bensì avverso le sue conseguenze automatiche rispetto alle quali il giudice ordinario rimettente poneva in rilievo l'irragionevolezza degli effetti dell'interdittiva antimafia idonea a travolgere anche gli atti esclusivamente funzionali all'esercizio dell'attività imprenditoriale privata: in tal senso si dubitava della ragionevolezza dell'espunzione di un soggetto dal circuito dell'economia legale con privazione, per mezzo di un provvedimento amministrativo, del diritto di sancito dall'art. 41 Cost. di esercitare l'iniziativa economica privata, ponendolo sullo stesso piano di colui che sia stato attinto, con una misura adottata in sede giurisdizionale e definitiva, da una misura penale di prevenzione.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 57/2020[62] ha ritenuto la disciplina esente dai prospettati vizi di illegittimità costituzionale. Secondo la Corte la scelta di affidare all'autorità amministrativa l'adozione dell'interdittiva antimafia risponderebbe all'esigenza di prevenire l'infiltrazione mafiosa delle imprese: il provvedimento prefettizio avrebbe difatti funzione "*anticipatoria della difesa della legalità*" e natura preventiva e cautelare, comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali dell'impresa[63]. Per sua stessa natura, esso sarebbe basato su elementi meramente sintomatici ed indiziari, più sfumati di quelli che si pretendono in sede giudiziaria[64], senza che da ciò derivi una violazione del "*principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede all'esercizio di ogni attività amministrativa*" in quanto, secondo la giurisprudenza amministrativa, è richiesta alla Prefettura una attenta valutazione degli elementi fattuali (taluni tipizzati, altri a condotta libera) che devono offrire un quadro chiaro e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa[65], comunque soggetta ad un vaglio giurisdizionale pieno ed effettivo[66]. Sempre secondo

[61] Si v. A. Longo, *La massima anticipazione di tutela. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, *op. cit.*, 3, il quale parla di "*tensioni costituzionali*".
[62] Per un commento critico alla sentenza, si v. *Id.*, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, 1 ss.
[63] Corte Cost. n.57/2020, punto 4 dei "Considerato in diritto".
[64] Ivi, punto 4.1.
[65] Ivi, punto 5.
[66] Ivi, punto 5.1.

ISSN 2036-7821

la Corte costituzionale la violazione della legalità sostanziale sarebbe esclusa in ragione del "sistema di tassatività sostanziale"[67] costruito dalla giurisprudenza amministrativa là dove ha individuato un nucleo consolidato di situazioni indiziarie che "sviluppano e completano" le disposizioni legislative. Affermata l'astratta coerenza della misura con il paradigma della legalità sostanziale, la Corte ha anche escluso profili di irragionevolezza o non proporzionalità dell'istituto alla luce della esigenza di colpire in anticipo il fenomeno mafioso e soprattutto del suo carattere provvisorio, sottolineando la necessità di una puntuale applicazione dell'art. 86 comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 secondo il quale l'informazione antimafia ha validità limitata di dodici mesi.

La sentenza si conclude (sebbene abbia integralmente rigettato i dubbi di legittimità costituzionale) con un monito al legislatore di rimeditare la disciplina con riferimento all'impossibilità per il Prefetto di escludere gli effetti della interdittiva antimafia nel caso in cui il provvedimento comporti il venir meno dei mezzi di sostentamento dell'interessato e della sua famiglia (possibilità di rimodulazione prevista, invece, per il Giudice della prevenzione in sede di applicazione, con provvedimento definitivo, di una delle misure di prevenzione previste dal Libro I, Titolo I, Capo II, del Codice antimafia[68]).

Quest'ultima questione è stata rimessa, più di recente, alla Corte costituzionale dal giudice amministrativo[69]. In particolare il giudice a quo ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 92 del Codice antimafia in relazione agli artt. 3, 4 e 24 della Costituzione in quanto, mentre con riferimento ai soggetti attinti, con provvedimento giurisdizionale definitivo, da una delle misure penali di prevenzione previste dal Libro I, titolo I, Capo II, l'art. 67 comma 5 stabilisce che il giudice possa escludere le

[67] Ivi, punto 5.3.

[68] L'art. 67 comma 2 del d.lgs. n. 159/2011 e ss. m. ii. stabilisce che "*Per le licenze ed autorizzazioni di polizia, ad eccezione di quelle relative alle armi, munizioni ed esplosivi, e per gli altri provvedimenti di cui al comma 1 le decadenze e i divieti previsti dal presente articolo possono essere esclusi dal giudice nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*". Il Codice antimafia non contempla un analogo potere in capo al Prefetto con riferimento ai soggetti investiti da una informazione antimafia: cfr. Tar Calabria, ord. 11 dicembre 2020, n.73, con nota di R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e questioni di legittimità costituzionale*, in Giustiziainsieme.it, 2021, 1 ss., con cui il giudice ha sollevato dinanzi alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del d.lgs. n. 159/2011, in riferimento agli artt. 3, 4 e 24 della Costituzione. Secondo il giudice, difatti, le misure di prevenzione penale condividono con le interdittive antimafia la finalità di assicurare un'anticipata difesa della legalità e producono le medesime conseguenze, sicché la scelta del legislatore di non attribuire al Prefetto il potere di valutare l'incidenza delle predette conseguenze sulla capacità di sostentamento dell'interessato e della sua famiglia, costituirebbe una irragionevole disparità di trattamento. La questione è stata risolta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 180/2022 di inammissibilità, non potendo il giudice sanare l'accertato vulnus al principio di eguaglianza, appartenendo alla discrezionalità del legislatore decidere se e come utilizzare le misure già presenti nell'ordinamento, al fine di contemperare l'interesse pubblico alla sicurezza e libertà del mercato con il diritto della persona a vedere garantiti i propri mezzi di sostentamento (punto 6.4.). Su questi temi, si v. A. Police, *op. cit*., 1 ss.

[69] TAR Calabria, 11 dicembre 2023, n.73.

ISSN 2036-7821

decadenza e i divieti ivi previsti "*nel caso in cui per effetto degli stessi verrebbero a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia*", analogo potere non è previsto in capo alla Prefettura in caso di adozione del provvedimento di interdittiva antimafia[70]. L'ordinanza di rimessione ha dunque sollevato un tema delicato, cioè quello della tutela dei bisogni primari di sostentamento economico dei soggetti (imprenditore, lavoratori, famiglie) indirettamente (in quanto il provvedimento di interdittiva antimafia non colpisce la "persona fisica" ma l'operatore economico[71]) incisi dalla misura prefettizia. La Corte costituzionale, pur riconoscendo che "*non è dubbio che l'ordinanza di rimessione sottolinei correttamente l'esistenza di una ingiustificata disparità di trattamento che necessita un rimedio*"[72], si è pronunciata, con la sentenza n. 180/2022, nel senso della inammissibilità della questione, comportando il suo accoglimento una indebita sostituzione del giudice costituzionale al legislatore con una sentenza dal contenuto squisitamente manipolativo.

Se tale decisione della Corte ha messo chiaramente in luce un profilo di incompatibilità costituzionale della normativa sull'informazione antimafia, la sentenza n. 57/2020 non può ritenersi tombale in senso opposto, ossia nel senso di escludere ulteriori dubbi di compatibilità costituzionale della disciplina delle interdittive antimafia: ciò non solo per l'argomento di natura generale secondo cui le sentenze di rigetto della Corte costituzionale non conferiscono alcuna "patente" di costituzionalità alla normativa oggetto della rimessione, ma anche in quanto essa non ha preso in considerazione (in ragione dell'oggetto del rinvio) tutte le questioni problematiche sottese alla normativa sulle interdittive antimafia.

3.1. Le persistenti criticità.

Il ragionamento che si intende condurre deve muovere da alcune considerazioni preliminari e di natura generale.

Si deve difatti rammentare che l'interdittiva antimafia è disciplinata nel Codice antimafia, accanto alle misure di prevenzione penale adottate dal Tribunale penale, in esito ad un procedimento giurisdizionale in contraddittorio, nel quale il Giudice è dotato di peculiari poteri di accertamento e di cognizione: con esse (cioè con le misure di prevenzione penale), il provvedimento di informazione antimafia condivide la finalità (ossia la lotta alla criminalità organizzata), l'oggetto (in entrambi i casi si tratta di misure che hanno ad oggetto un rischio – pericolo –

[70] Evidenzia l'irragionevole disparità di trattamento derivante dalla scelta del legislatore di non attribuire al Prefetto il potere di valutare le condizioni economiche dell'interessato, A. Police, *op. cit.*, 7.

[71] Cons. St., sez. III, 2 marzo 2023, n. 2212.

[72] Corte cost. 180/2022, punto 6 dei "Considerato in diritto".

ISSN 2036-7821

tentativo che occorre evitare) e le conseguenze (incapacità giuridica nei confronti della PA ex art. 67)[73].

In relazione a tali misure si è pronunciata la Corte Europea dei diritti dell'uomo che, con la citata sentenza *De Tommaso c. Italia*, ha censurato alcune disposizioni del Codice antimafia che contemplano misure di prevenzione penale c.d. generiche, cioè non basate su presupposti tassativi e determinati fissati dal legislatore per violazione del paradigma europeo di legalità che postula la prevedibilità e certezza della legge[74].

L'analogia delle misure penali di prevenzione con le misure amministrative interdittive antimafia[75] consente di estendere alcuni ragionamenti compiuti dalla Corte Edu anche con riferimento al sistema amministrativo (e non penale)[76]; si può inoltre aggiungere che mentre le misure di prevenzione penale sono comunque adottate dall'autorità giudiziaria all'esito di un processo (venendo quindi in rilievo la "garanzia della giurisdizione" che, come noto, unitamente a quella della legalità presidia la tutela costituzionale dei diritti fondamentali, primo fra tutti quello di libertà personale di cui all'art. 13[77]), i provvedimenti di interdittiva non sono presidiati dalla garanzia della giurisdizione (non vengono difatti adottati all'esito di un processo, in contraddittorio, dinanzi ad un giudice)[78] in quanto adottati dall'autorità amministrativa.

Se già le misure penali di prevenzione, i cui effetti sono analoghi a quelli delle interdittive, sebbene siano assiste dalla garanzia della giurisdizione, hanno suscitato ampi dubbi di compatibilità convenzionale e costituzionale in ragione, in taluni casi, della vaghezza dei relativi presupposti applicativi, ancora più rigoroso – considerata l'assenza della "garanzia della giurisdizione" nell'adozione della misura – dovrebbe essere il sindacato sulla compatibilità convenzionale e costituzionale di provvedimento adottati dalla Prefettura in base ad una valutazione meramente

[73] Sulle analogie tra interdittiva antimafia e misure di prevenzione penali, cfr. Corte cost. n. 180/2022, in particolare punto 5 dei Considerato in diritto. In dottrina, A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela". Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali, op. cit.*, in particolare 1-4; G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 292; R. Di Maria e A. Amore, *Effetti "inibitori" della interdittiva antimafia e bilanciamento fra principi costituzionali: alcune questioni di legittimità dedotte in una recente ordinanza di rimessione alla Consulta*, in Federalismi.it, 2021, 12, 90 ss. *Contra*, si v. R. Greco, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di misure antimafia*, in www.giustizia-amministrativa. It, 2021, 1 ss.; M. Noccelli, *I più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa sul complesso sistema antimafia,* in Foro amm., 2017, 2524 ss.

[74] Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale anteriore e successiva alla sentenza De Tomasso c. Italia della CEDU, quanto ai presupposti delle misure penali di prevenzione e al rispetto del principio di legalità, si v. A Longo, *op. loc. ult. cit.*, 14 ss.

[75] Nel senso della riconduzione della disciplina delle interdittive antimafia "alla prevenzione" (e non già alla "precauzione"), si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 71.

[76] In questo senso anche, G. Amarelli, *op loc. ult. cit.*, 291 ss.

[77] Sul punto, cfr. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, 11.

[78] Su questi temi, in una prospettiva penalistica, cfr. G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 290 ss.

ISSN 2036-7821

probabilistica fondata, secondo l'insegnamento della giurisprudenza, allo standard probatorio minimo del "più probabile che non"[79].

Andando per ordine, dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo De Tommaso c. Italia si ricava un importante postulato, ossia che quando la Convenzione ammette restrizioni ad un diritto da essa tutelato purché "previste dalla legge" tale espressione esige non solo che la misura contestata abbia una base nel diritto interno, ma si riferisce anche alla qualità della legge, esigendo che essa debba essere accessibile alle persone interessate e che i suoi effetti debbano essere prevedibili[80] in modo da fornire protezione contro le ingerenze arbitrarie[81]. Tale principio si applica a prescindere dalla circostanza che venga in rilievo la "materia penale", in quanto postulato della tutela dei diritti della Convenzione tutte le volte che essa stabilisca che una loro restrizione presuppone la previsione ex legge[82]. Nella sentenza De Tommaso c. Italia la Corte EDU, nel ritenere che la misura di prevenzione personale fosse contraria alla Convenzione, non ha invocato gli artt. 6 e 7 sulle garanzie che presiedono la materia penale, bensì ha richiamato (nel caso di specie) la norma sulla libertà di circolazione, ritenendo che ogni limitazione ad un diritto fondamentale debba trovare fondamento in una norma di legge (principio di legalità sostanziale) prevedibile e sufficientemente determinata.

Applicando le predette coordinate interpretative alla disciplina delle interdittive antimafia, si può osservare che la tesi elaborata dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui le interdittive antimafia non apparterebbero alla materia penale, in quanto misure cautelari e preventive e non sanzionatorie/punitive[83], non esclude i dubbi di compatibilità convenzionale (e quindi costituzionale) per violazione del fondamentale diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 Add. CEDU[84] (oltre che degli artt. 41 e 42 Cost. ovvero dell'art. 117 comma 1 Cost.): si è visto, difatti, che le interdittive antimafia incidono sulla libertà di impresa e sulla proprietà dei singoli (la cui tutela è suscettibile di essere ricompresa nell'art. 1 Prot.1 addizionale Cedu), rispetto alla quale, secondo le norme convenzionali, le sole restrizioni ammesse sono

[79] In termini fortemente critici rispetto alla compatibilità delle interdittive antimafia con le garanzie costituzionale, cfr. A. Longo, *La "massima anticipazione di tutela. Interdittive antimafia e sofferenze costituzionali*, 26 secondo cui "*la disciplina delle interdittive sembra stranamente immune dalle urgenze garantistiche che, un tempo, hanno contenuto (o quantomeno sorvegliato) l'afflittività delle misure di prevenzione e della normativa antimafia in generale (…)*".

[80] Corte EDU, De Tommaso c. Italia, *cit.*, punto 106.

[81] *Ivi*, punto 109.

[82] La rilevanza di tale profilo è rimarcata da G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, 293, il quale osserva che nella sentenza De Tommaso c. Italia il parametro violativo non è quello penalistico, bensì "*extrapenale delle libertà fondamentali enunciate nella Convenzione e nei suoi protocolli e, segnatamente, della libertà di circolazione delle persone di cui all'art. 2, Protocollo 4 CEDU*".

[83] Per una critica all'esclusione della natura "sostanzialmente penale" delle interdittive antimafia, si veda *supra* nota n.42.

[84] In questo senso, si v. G. Amarelli, *op. loc. ult. cit.*, in particolare 295-297.

ISSN 2036-7821

quelle basate su una norma di legge accessibile, chiara, prevedibile e determinata, nonché strettamente necessarie.

Il paradigma normativo delle interdittive antimafia (art. 84 comma 4) non contiene una elencazione tassativa delle situazioni da cui l'autorità può desumere il pericolo di infiltrazione mafiosa, potendo quest'ultimo derivare da "ulteriori accertamenti" della Prefettura, non predeterminati[85]. L'indeterminatezza della norma attributiva del potere (e quindi il deficit di legalità sostanziale) non sembra possa ritenersi superato da quello che la Corte Cost. nella sentenza n. 57/2020 ha chiamato "*il sistema di tassatività sostanziale*". Diverse sono le ragioni che portano a ritenere non soddisfacente, sotto il profilo della legalità sostanziale, la rimessione della definizione puntuale dei presupposti di esercizio del potere della Prefettura all'opera giurisprudenziale[86] di individuazione dei presupposti dell'interdittiva[87]: in primo luogo, la stessa giurisprudenza amministrativa afferma che le situazioni sintomatiche del pericolo di infiltrazione mafiosa sono meramente esemplificative (sicché residuerebbe comunque uno spazio vuoto, di indeterminatezza dei presupposti[88]); in secondo luogo, non appare coerente alle caratteristiche proprie di un ordinamento costituzionale basato sul principio di legalità, rimettere alla produzione giurisprudenziale la definizione dei presupposti legittimamente l'esercizio del potere amministrativo afflittivo: se è pur vero che la recente giurisprudenza costituzionale sembra aver avallato tale deriva, occorre richiamare la tradizionale giurisprudenza secondo cui "*Il principio di legalità in materia di prevenzione (…) implica che l'applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in fattispecie di pericolosità, previste e descritte dalla legge; fattispecie destinate a costituire il parametro dell'accertamento giudiziale e insieme il fondamento di una prognosi di pericolosità, che solo su questa base può dirsi legalmente fondata*"[89]: un simile principio, affermato con riferimento alle misure penali di prevenzione, dovrebbe

[85] *Contra*, si v. Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Id., 30 gennaio 2019, n. 758: il giudice amministrativo ha escluso dubbi di compatibilità costituzionale, per violazione della CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza De Tommaso c. Italia, della disciplina delle interdittive antimafia, in base all'assunto secondo cui il pericolo di infiltrazione mafiosa *ex lege* previsto costituirebbe al contempo presupposto e limite del potere prefettizio.

[86] Si v. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit*., 6, che parla di "ossimorico principio di legalità giurisprudenziale".

[87] In termini critici rispetto alla "tassatività giurisprudenziale", cfr. M. A. Sandulli, *op. cit*., 3-4.

[88] Richiama l'esigenza di certezza nel sistema di prevenzione antimafia, M. Mazzamuto, *Lo scettro alla prefettocrazia: l'indefinita pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in Dir. ec., 2013, 3, 619.

[89] Corte Cost. n.177/1980, punto 4 dei "Considerato in diritto". Nella decisione della Corte veniva in rilievo il diritto fondamentale di libertà personale di cui all'art. 13 Cost., presidiato, come noto, dalla duplice garanzia della legalità e della giurisdizione. Le affermazioni ivi contenute quanto al "principio di legalità" e alla "qualità della legge" ai fini del suo rispetto, appaiono tuttavia di tenore generale (proprio perché non costituenti un postulato della "materia penale" di cui all'art. 25 Cost.) e quindi estendibili alle misure amministrative di prevenzione antimafia limitative della libertà di impresa, anch'essa costituzionalmente tutelata.

ISSN 2036-7821

valere, a maggior ragione, rispetto a provvedimenti appartenenti al sistema di prevenzione[90] adottati dall'autorità amministrativa; in terzo luogo, non sembra neanche applicabile alle interdittive antimafia la tesi elaborata dalla giurisprudenza costituzionale[91] secondo cui, al di fuori della materia penale, là dove esista un diritto vivente idoneo a fornire una interpretazione convenzionalmente orientata della norma, attraverso una lettura tassonomica dei suoi presupposti applicativi volta, quindi, a rendere la fattispecie meno indeterminata, potrebbe ritenersi soddisfatto il paradigma della legalità: tale tesi (che comunque si presta alle critiche già evidenziate sopra) è stata difatti elaborata con riferimento all'applicazione di provvedimenti restrittivi da parte del giudice chiamato quindi ad applicare la norma al caso concreto. Ben diversa è l'ipotesi delle interdittive antimafia che non sono applicate dal Giudice, bensì dall'autorità amministrativa: la mediazione dell'amministrazione rende ininfluente, ai fini del rispetto della legalità sostanziale, lo sforzo tassativizzante della giurisprudenza, in quanto l'autorità amministrativa non è immediatamente vincolata al "diritto vivente" (mentre per i giudici esiste un sistema di processuale a presidio della uniformità dell'interpretazione), ma solo al dato normativo il quale consente (nella sua estrema elasticità) all'amministrazione di desumere il pericolo di infiltrazione mafiosa da qualsiasi elemento (non predeterminato)[92]. Né il successivo sindacato giurisdizionale potrebbe sopperire al vulnus di legalità sostanziale: proprio la circostanza che la misura interdittiva è adottata dall'autorità amministrativa con proprio provvedimento espressione di un

[90] Nel senso che i provvedimenti di interdittiva antimafia appartengano al "sistema di prevenzione", si v. F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 71.

[91] cfr. Corte cost. n. 24/2019, secondo cui al di fuori della materia penale, non potrebbe del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base "*dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione*".

[92] *Contra*, si v. R. Greco, *op cit.*, 9 che richiama Cons. Stato, sez. III, 31 gennaio 2024, n. 999 e id., 18 settembre 2023, n. 8395, secondo cui l'art. 84 del Codice antimafia non sarebbe una "norma in bianco" né delegherebbe all'arbitrio dell'autorità amministrativa imprevedibile per il cittadino "*poiché il pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce sì il fondamento, ma anche il limite del potere prefettizio, e, quindi, demarca anche la portata della sua discrezionalità, da intendersi qui nel senso di equilibrato apprezzamento del rischio infiltrativo in chiave di prevenzione secondo corretti canoni di inferenza logica*". Una simile tesi finisce per far coincidere il limite dei poteri del Prefetto con il suo stesso fondamento basato su una clausola indeterminata, ossia il pericolo di infiltrazione mafiosa per di più da accertarsi secondo la regola di accertamento minimo del più probabile che non (che per le ragioni già espresse, non soddisfa i requisiti di necessità e di proporzionalità): sul punto, si richiama la Corte cost. n. 115/2011 che, al punto 4 dei Considerato in diritto, ha rammentato "*l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa*".

ISSN 2036-7821

potere ritenuto "ampiamente discrezionale" (e non già dal giudice), circoscrive il sindacato e la valutazione giudiziale ai soli elementi presi in considerazione dall'amministrazione e non consente una rivalutazione ex novo della fattispecie[93]; per altro verso, il sindacato subisce i limiti morfologici della giurisdizione amministrativa di legittimità.

La natura fortemente afflittiva dell'interdittiva antimafia e la sua incidenza su diritti e libertà costituzionalmente e convenzionalmente garantite, dovrebbe comportare la rigorosa applicazione alla materia dei paradigmi di legalità sostanziale in senso forte e di necessità (e proporzionalità) dell'ingerenza.

Simili garanzie costituiscono espressione dei principi generali di matrice costituzionale (ed europea) che presiedono l'esercizio dei poteri delle autorità amministrative contro ingerenze eccessive ed arbitrarie: si tratta quindi di postulati dell'art. 97 della Cost., in combinato disposto con le norme costituzionali e convenzionali a presidio della tutela delle libertà e diritto fondamentali[94].

L'applicazione dei predetti principi alla materia che ci occupa, reca con sé l'esigenza che i poteri di accertamento della Prefettura quanto all'esistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa non siano delimitati solo dalla clausola generica del "tentativo di infiltrazione mafiosa" che, per la sua indeterminatezza comporta una sostanziale rimessione all'autorità amministrativa della definizione dei limiti e condizioni di esercizio del potere. Inoltre, l'applicazione ai provvedimenti di interdittiva antimafia dei principi di necessità e proporzionalità[95], comporta che l'accertamento del Prefetto quanto alla sussistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa (dovendosi rammentare che i predetti principi non possono operare, stante la peculiare natura del potere, nella scelta in ordine all'*an* o al *quid* o al *quomodo* del provvedimento, bensì in sede di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa idoneo a condizionare le scelte dell'impresa) non possa risolversi nella regola della c.d. probabilità cruciale[96]: poiché l'interdittiva antimafia non è espressione di discrezionalità amministrativa in senso proprio, bensì di una valutazione opinabile del tentativo di infiltrazione mafiosa idoneo a condizionare le scelte dell'impresa, la proporzionalità e la necessità, che

[93] In termini fortemente critici rispetto alla possibilità che la "*tipizzazione pretoria*" possa "*contenere la discrezionalità della P.A.*", si v. A. Longo, *La Corte costituzionale e le informative antimafia*, *op. cit.*, in particolare 9-11.

[94] Nel senso che lo statuto garantistico delle interdittive antimafia derivi dalla sua natura di misura restrittiva di diritti fondamentali, al di là dell'eventuale riconoscimento della loro natura di "sanzione" penale, si v. anche A. Levato, *Ratio e requisiti delle informative antimafia*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, *op. cit.*, 39 ss.

[95] Considerata la vastità della dottrina in materia, sia consentito rinviare ai fondamentali studi, tra quelli più risalenti, di D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998 e di M. A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Tra i contributi più recenti, S. De Nitto, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Torino, 2023.

[96] Sulla regola del "più probabile che non", si veda l'ampia analisi di F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre, "rilevante probabilità" e "ogni oltre ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in Dir. Ec., 2018, 1125 ss.

ISSN 2036-7821

postulano che la misura adottata sia indefettibile per perseguire l'interesse pubblico e tale da apportare il minor sacrifico possibile al privato, operano con riferimento al potere di interdittiva in modo peculiare, ossia nel momento di "*accertamento discrezionale del pericolo*"[97]:

Sulla scorta di tale premessa, si deve rilevare che l'applicazione dello standard valutativo della c.d. probabilità cruciale ai fini dell'accertamento del pericolo di infiltrazione mafiosa costituisce "una invenzione pretoria", non essendo previsto nella fonte normativa di riferimento che un simile accertamento debba avvenire in base allo standard probatorio minimo del "più probabile che non". Inoltre, sebbene la sua rigorosa applicazione postuli che la prognosi sia assistita da un attendibile grado di verosimiglianza sulla base di indizi gravi, precisi e concordanti[98], si può dubitare della sua compatibilità con il principio di necessità dell'ingerenza dei diritti costituzionalmente tutelati: la c.d. probabilità cruciale comporta, difatti, che affinché possa ritenersi esistente il pericolo di infiltrazione mafiosa, sia sufficiente che tale ipotesi sia più probabile di tutte le altre messe insieme (ossia rappresenti il 50% + 1 di possibilità): si tratta, in altri termini, dello standard minimo di accertamento del rischio che un evento si realizzi; viceversa, il principio di necessità dell'ingerenza e di sua proporzionalità (principi dell'azione amministrativa di derivazione costituzionale ed europea) comportano che la misura interdittiva debba essere strettamente necessaria, presupponendo la sua applicazione la pressoché certezza o almeno elevata probabilità dell'evento[99].

4. Le recenti modifiche normative al Codice antimafia: in particolare, il contraddittorio e le misure di prevenzione collaborativa. Ancora sulle irrisolte criticità dell'istituto.

Il Codice antimafia è stato oggetto di recenti modifiche che hanno riguardato la disciplina dell'informazione interdittiva antimafia[100], mosse dall'esigenze di superare

---

[97] A. Police, *op. cit.*, 3.

[98] In termini, F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 71.

[99] Al riguardo si è opposto che un simile metodo di giudizio "*imporrebbe alla pubblica amministrazione una probatio diabolica, come si è osservato in dottrina, in quanto, se intesa in senso assoluto, richiederebbe di falsificare ogni ipotesi contraria e, se intesa in senso relativo – secondo il modello dell'abduzione pura, che implica l'assunzione di una ipotesi che va corroborata alla luce degli specifici riscontri probatori – richiederebbe alla pubblica amministrazione uno sforzo istruttorio sproporzionato rispetto alla finalità del suo potere e ai mezzi di cui è dotata per esercitarlo*": in questo senso, M. Noccelli, *Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale,* in giustizia-amministrativa.it, 2020, 31, il quale richiama, in giurisprudenza, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105 e Id. sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, mentre con riferimento alla dottrina, F. Fracchia, M. Occhiena, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio". Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico,* in Dir. econ., 2018, 3, 1161. Un simile argomento non appare persuasivo, non potendosi affermare l'arretramento di una fondamentale garanzia a tutela delle libertà e dei diritti del privato, sulla scorta delle difficolta istruttorie che ciò comporterebbe per l'amministrazione ovvero della sua sostanziale incapacità.

[100] Ci si riferisce al già citato D.L. 152/2021 convertito, con modificazioni, nella legge 29 dicembre 2021, n. 233. Per un commento alle novità introdotte, si v. M. Vulcano, *Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice*

ISSN 2036-7821

alcune criticità dell'istituto evidenziate dalla dottrina (ma anche da parte della giurisprudenza amministrativa[101]) con particolare riferimento alla partecipazione al procedimento (ossia al contraddittorio procedimentale) e alla gradualità dei poteri del Prefetto: nell'analizzare tali "novità", la prospettiva che si intende assumere, coerentemente all'oggetto dell'indagine, è quella relativa alla loro idoneità o meno a superare le criticità di tenore costituzionale e convenzionale della normativa a cui si è fatto riferimento *supra*.

Anteriormente alle modifiche introdotte con il citato d.l. n. 152/2021, a conferma di una sorta di "statuto speciale" delle interdittive antimafia nel panorama dei provvedimenti amministrativi, la giurisprudenza amministrativa escludeva che il procedimento per l'adozione dell'informazione antimafia fosse astretto dalle regole e principi della partecipazione procedimentale disciplinati dalla legge n. 241/1990 ss. mm. ii., ossia dalla comunicazione di avvio del procedimento (articolo 7, l. n. 241/1990) e dal preavviso di rigetto (articolo 10-bis, l. n. 241/1990), in ragione della ritenuta natura cautelare e preventiva dei procedimenti e dalla loro connessione con le attività di indagine giudiziaria[102]. Non solo, quindi, l'informazione antimafia poteva essere adottata dal Prefetto sulla base di elementi sintomatici non predeterminati dalla legge e attraverso l'uso di un potere, ritenuto dalla giurisprudenza, ampiamente discrezionale e sindacabile attraverso un giudizio estrinseco sulla motivazione di illogicità, irragionevolezza, travisamento dei fatti, ma anche all'esito di un procedimento unilaterale e segreto. L'insoddisfazione per un simile modello a fronte di misure lesive di diritti costituzionalmente tutelati, ha portato ad una apertura della stessa giurisprudenza amministrativa che aveva auspicato in un "*un quantomeno parziale recupero delle garanzie procedimentali, nel*

antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario, in Giur. Pen. web, 2021, 11; S. M. Perongini, *Nuovo procedimento e vecchie criticità delle informazioni antimafia: il contraddittorio preventivo, la prevenzione collaborativa e il commissariamento giudiziario dell'impresa attinta da una informazione antimafia. La sostituzione dell'impresa esecutrice dei lavori da parte di un consorzio stabile*, in Dir. proc. amm., 2022, 2, 463 ss. In termini critici rispetto alla disciplina del contraddittorio procedimentale introdotta con il predetto D.L., R. Rolli, M. Maggiolini, *Brevi note sul riformato contraddittorio procedimentale in tema di interdittive antimafia*, in giustiziainsieme.it, 19 maggio 2022. In termini positivi sul "complessivo disegno del legislatore in materia", si v. A. Police, *op. cit*., 2, il quale non manca tuttavia di rilevare alcune criticità (soprattutto con riferimento alla perdita di sistematicità quanto al rapporto fra le diverse misure di prevenzione introdotte).

[101] Si v. Cons. St., sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979.

[102] *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 26 ottobre 2016; Id., 31 gennaio 2020, n. 820. Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale relativa al contraddittorio nel procedimento di interdittiva antimafia, cfr. M. Cocconi, *Il perimetro del diritto al contraddittorio nelle informazioni interdittive antimafia*, in federalismi.it, 2022, 15, 45 ss. Per una critica agli approdi della giurisprudenza, cfr. F. G. Scoca, *Razionalità e costituzionalità della documentazione antimafia in materia di appalti pubblici*, *op. cit*., 2013, par. 10; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit*., 78-80; C. Miccicché, *op. cit*., 19 ss.; T. Passarelli, *Interdittive antimafia e prevenzione collaborativa: azioni di contrasto al crimine organizzato tra incertezze legislative e discrezionalità applicativa*, in Federalismi.it, 2024, 10, 150 ss. (in particolare par. 2.1.).

ISSN 2036-7821

rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento" [103]. In quella sede il Consiglio di Stato aveva anche rilevato che il contraddittorio procedimentale avrebbe consentito, per un verso, "*al giudice amministrativo di esercitare con maggiore pienezza il proprio sindacato giurisdizionale sugli elementi già valutati dalla Prefettura in sede procedimentale (…) 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*" e per altro verso "*potrebbe far ritenere la stessa questione della determinatezza delle situazioni indicative di infiltrazione mafiosa, nell'ottica della c.d. tassatività sostanziale, meno assillante o persino superata perché (…) il soggetto destinatario dell'informazione, già in sede procedimentale, potrebbe acquisire conoscenza e manifestare utilmente il proprio punto di vista «in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione», anche quelli che, per la natura preventiva della misura, hanno un naturale, ineliminabile, margine di elasticità, e correggere così con le opportune misure, ove possibile, comportamenti o prassi che possono avvalorare il rischio di infiltrazione mafiosa*".

In altri termini, il giudice amministrativo prospettava la possibilità che il recupero delle garanzie procedimentali del contraddittorio avrebbe potuto "sanare" il deficit di legalità sostanziale della misura anche attraverso la garanzia della successiva tutela giurisdizionale piena esercitabile (implicitamente riconoscendo le discrasie della disciplina di fonte primaria rispetto ai principi di matrice costituzionale, convenzionale ed europea).

Quanto al primo profilo, ossia quello del recupero delle garanzie procedimentali al fine di sanare il deficit di legalità sostanziale, possono svolgersi alcune considerazioni critiche, seppur nei limiti del presente contributo[104]. La determinatezza e certezza della legge, costituisce un prius logico (prima ancora che giuridico) del contraddittorio procedimentale là dove si tratti di provvedimenti

[103] Cons. St., n.4970/2020 cit. Si veda anche nota n. 19 quanto alla questione pregiudiziale di compatibilità dell'omessa garanzia del contraddittorio con il diritto europeo.

[104] Il Consiglio di Stato sembra evocare, seppur implicitamente, la giurisprudenza sul "principio di legalità procedimentale" che, tuttavia, è stata elaborata con riferimento al ben diverso ambito dei c.d. poteri impliciti delle autorità indipendenti. In questo senso la legalità procedurale è stata richiamata anche dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 69/2017 secondo cui "*la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge ... vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti*". Ben diverso è il caso delle interdittive antimafia, che costituiscono provvedimenti puntuali, di natura certamente afflittiva e che indicono su diritti costituzionalmente tutelati. Il tema dei poteri impliciti delle Autorità indipendenti e delle relative garanzie a fronte del vulnus alla legalità sostanziale è stato ampiamente studiato in dottrina. Ci si limita in questa sede ad un rinvio ai contributi fondamentali di G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in Dir. amm. 2007, 703 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001. Sulla legalità procedurale, si v. il recente studio di G. Manfredi, *Legalità procedurale*, in Dir. amm., 2021, 749 ss.

ISSN 2036-7821

puntuali e sacrificativi, la cui funzione non dovrebbe essere quella di rendere, nel caso concreto, meno indeterminato il parametro normativo di riferimento, bensì di orientare, in termini collaborativi o difensivi[105], attraverso l'acquisizione da parte dell'amministrazione di tutti gli elementi e interessi in gioco, la decisione amministrativa conformata dalla legge negli spazi da essa lasciati all'apprezzamento dell'autorità pubblica. Con riferimento specifico alle interdittive antimafia, il contraddittorio assume certamente un ruolo essenziale se si conviene che il *proprium* del potere esercitato dall'autorità risieda negli spazi di apprezzamento del fatto, ossia del pericolo di infiltrazione mafiosa, e quindi nell'istruttoria diretta ad acquisire gli elementi su cui si fonda il "quadro indiziario" e, quindi, nella veridicità storica di quei fatti e nella loro rilevanza dimostrativa attuale e concreta: mentre non dovrebbe essere piegato alla diversa esigenza di rendere "prevedibile" e "determinato" il presupposto di esercizio del potere (secondo una inversione logica che non appare accettabile a fronte della incisività della misura interdittiva su diritti fondamentali). A tale esigenza deve difatti assolvere il principio di legalità sostanziale che reca con sé anche la predeterminazione delle fattispecie di "pericolosità" che consentono l'adozione del provvedimento interdittivo.

Quanto al riferimento alla *full jurisdiction* (che implicitamente evoca la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul necessario recupero di una giurisdizione piena là dove, in sede procedimentale, per materie rientranti nell'art. 6 CEDU, l'autorità pubblica receda dall'assicurare le condizioni dell'equo processo ivi stabilite[106]), si deve rilevare che il sindacato del giudice amministrato

[105] Sulla funzione del contraddittorio procedimentale esiste un'amplissima dottrina: a titolo meramente esemplificativo, si v P. Chirulli, *La partecipazione al procedimento*, in Principi e regole dell'azione amministrativa, M. A. Sandulli (a cura di), 2023, 399 ss.; T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022; A. Carbone, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e ordinamento europeo-convenzionale*, Torino, 2016; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2007, 13 ss.; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi,* in Riv. Tri. Dir. pubbl., 2000, 1 ss.; A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002. Tra gli studi "classici", si v. Nigro M., *Il nodo della partecipazione,* in Riv. trim. dir. proc. civ., 1980, 231 ss.; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo. Una analisi della legislazione e della giurisprudenza*, in Riv. it. sc. giur., 1971, 25 ss.; Id., *Il procedimento amministrativo tra modello partecipativo e modello "neoclassico"*, in L. Torchia (a cura di), *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, Padova, Cedam, 1993, 3 ss.; G. Sciullo, *Il principio del giusto procedimento tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa*, in *Jus*, 1980, 291 ss.; V. Crisafulli, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 130 ss.

[106] Secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo "*Il rispetto dell'articolo 6 della Convenzione non esclude dunque che, in un procedimento di natura amministrativa, una «pena» sia imposta in primo luogo da un'autorità amministrativa (G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia [GC], nn. 1828/06 e altri 2, § 254 28 giugno 2018). Si presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi essa stessa le condizioni di cui all'articolo 6 sia sottoposta a un controllo a posteriori da parte di un organo giudiziario con piena giurisdizione (Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo [GC], nn. 55391/13 e altri 2, § 132, 6 novembre 2018). Tra le caratteristiche di un organo giudiziario con piena giurisdizione vi è il potere di riformare interamente, in fatto e in diritto, la decisione emessa da un organo di grado inferiore. Il primo organo deve essere competente per esaminare tutte le questioni di fatto e di diritto rilevanti*

ISSN 2036-7821

sulle interdittive antimafia è un sindacato di legittimità, delimitato dal controllo sulla motivazione del provvedimento della Prefettura e che, sebbene in qualche sentenza si affermi una apertura verso un "pieno accesso al fatto" (apertura che, in sé, potrebbe peraltro non essere sufficiente con il paradigma della piena giurisdizione di matrice convenzionale[107]), al di là delle formule descrittive, il sindacato resta sempre estrinseco e basato sul vizio di eccesso di potere[108], come postulato (non senza criticità) della ritenuta natura discrezionale dei poteri valutativi dell'autorità amministrativa.

Ciò premesso, l'auspicio del Consiglio di Stato è stato soddisfatto dal legislatore che, con il richiamato D.L. n. 152/2021, ha novellato l'art. 92 del Codice antimafia introducendo, al comma 2 bis, il contraddittorio procedimentale. Fermo quanto anzi detto in ordine alla inidoneità in sé della introduzione della fase di partecipazione al procedimento a sanare il deficit di legalità sostanziale, possono essere svolte ulteriori considerazioni quanto alla portata della norma, sempre nella prospettiva che si è assunta della tutela dei diritti dell'impresa. Ai sensi del comma 2 bis dell'art. 92 "*Il prefetto, nel caso in cui ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva ovvero per procedere all'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, e non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento, ne dà tempestiva*

---

per la controversia ad esso sottoposta (Chevrol c. Francia, n. 49636/99, § 77, CEDU 2003-III, Silvester's Horeca Service c. Belgio, n. 47650/99, § 27, 4 marzo 2004, e A. Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 59)" Corte EDU, sez. I, 10 dicembre 2020, Edizioni Roma Soc. Coop. e Srl, ric. n. 68957/14 – 70495/13, par. 67. Il richiamo alla *full jurisdiction*, sembra quindi implicitamente denotare la possibile riconduzione delle interdittive antimafia al concetto di pena, secondo il diritto convenzionale, rispetto al quale, il potere del giudice amministrativo di esercitare un sindacato pieno ed effettivo, costituirebbe l'elemento per sanare il mancato rispetto a priori da parte della Prefettura delle condizioni di cui all'art. 6 CEDU. Tra i fondamentali contributi della dottrina in materia di giurisdizione piena secondo la Corte EDU, e diritto amministrativo, cfr. M. Allena, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; Id., *La rilevanza dell'art. 6, par. 1, CEDU, per il procedimento e il processo amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2012, 569 ss.; A. Carbone, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della CEDU nel diritto amministrativo*, *ivi*, 2016, 2, 523 ss.; Id., *L'art. 6 CEDU e il giusto processo e procedimento amministrativo. Differenze applicative all'interno degli Stati europe*i, in DPCE online, 2019, 2147 ss.; Id. (a cura di), *L'applicazione dell'art. 6 CEDU nel processo amministrativo dei Paesi europei*, Napoli, 2020; F. Cintioli, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in Dir. proc. amm., 2015, 533 ss.; E. Follieri, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in Dir. amm., 2014, 685 ss.

[107] Cfr. M. Goisis, *Il concetto di full jurisdiction e il sindacato giurisdizionale sulle sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte Europea di giustizia. Recenti conferme e sviluppi*, in Giustiziainsieme.it, 14 luglio 2023, il quale rileva che "*è la stessa logica interna (e funzione) della full jurisdiction a suggerire un massimo grado di sindacato, di tipo sostitutorio. Difatti, senza sindacato sul merito della pretesa sanzionatoria, la fase giudiziale non potrebbe in alcun modo ambire a "compensare" i limiti della fase amministrativa. Le garanzie dell'equo processo penale devono essere godute in una fase di effettiva scelta sulla pena, non di riesame esterno di legittimità*" (par.2) ed ancora, in modo più chiaro, che "*Non basta, insomma, un sindacato di legittimità, diremmo in Italia sull'eccesso di potere. Occorre un sindacato sostitutivo, in cui al giudice sia dato di (si noti la chiara scelta terminologica) «substituting its assessment for that of the disciplinary body»*" (par. 3).

[108] Sui limiti del sindacato giurisdizionale sulle interdittive antimafia, anche per i riferimenti giurisprudenziali, si v. L. Bordin, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo*, in Federalismi.it, 2023, 14, 21 ss.

ISSN 2036-7821

comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. Con tale comunicazione è assegnato un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione, da effettuare secondo le modalità previste dall'articolo 93, commi 7, 8 e 9. In ogni caso, non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose."

La norma ha quindi introdotto il necessario contraddittorio procedimentale prodromico all'adozione del provvedimento di interdittiva antimafia (ovvero all'adozione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 bis, su cui vedi *infra*), imponendo alla Prefettura di comunicare all'interessato gli elementi sintomatici del tentativo di infiltrazione mafiosa, con l'unica eccezione della ricorrenza di particolari esigenze di celerità del procedimento[109]. L'introduzione del contraddittorio è, ovviamente, di particolare rilevanza in quanto garantisce anche nella materia in esame il fondamentale principio della partecipazione, ma la sua effettività (e cioè la non riduzione a mero adempimento formale) passa attraverso, per un verso, la "disclosure" da parte della Prefettura degli elementi su cui si fonda il ritenuto rischio di infiltrazione mafiosa, per altro verso, l'attenta valutazione da parte dell'autorità delle osservazioni del privato al fine di verificare se in effetti gli elementi individuati, siano veritieri, attuali, concreti, idonei a univocamente denotare il tentativo di infiltrazione mafiosa.

A tale riguardo, il legislatore se da un lato ha obbligato la Prefettura ad indicare *gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa*, dall'altro ha comunque precisato che *non possono formare oggetto della comunicazione di cui al presente comma elementi informativi il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose,* riconoscendo un ampio potere valutativo della Prefettura quanto al "perimetro" della comunicazione; inoltre, non è stato puntualmente disciplinato l'accesso endo-procedimentale, sicché la conoscenza da parte del destinatario della comunicazione ex art. 92 comma 2 bis degli atti confluiti nel fascicolo è ulteriormente esposta alla "scelta" della Prefettura sul sé quei documenti siano o meno ostensibili ai sensi dell'art. 24 della l. n. 241/1990 ss. mm. ii.. Da ciò deriva il rischio concreto che la comunicazione (per effetto della mancata indicazione degli elementi su cui si fonda il pericolo di infiltrazione mafiosa perché ritenuti rientranti nell'eccezione prevista dal comma 2 bis, ovvero per diniego di accesso agli atti istruttori in quanto ritenuti sottratti dal relativo diritto) si trasformi

[109] Sull'obbligo di motivazione puntuale della sussistenza dell'eccezione alla regola del contraddittorio, cfr. CGARS, 7 ottobre 2024, n. 768.

ISSN 2036-7821

in un involucro vuoto e formale, inidoneo ad assolvere alla finalità per quale è previsto dalla legge[110]. La questione si è posta difronte alla giurisprudenza con particolare riferimento ai rapporti tra la comunicazione ex art. 92 comma 2 bis e accesso agli atti istruttori su cui si fonda la valutazione della Prefettura. L'esercizio dei diritti partecipativi del destinatario della comunicazione di avvio del procedimento, presuppone difatti la conoscenza degli elementi su cui si fondano le valutazioni dell'amministrazione, o attraverso una chiara e puntuale indicazione da parte della Prefettura degli elementi sintomatici del pericolo o attraverso l'accesso end-procedimentale. Viceversa, sovente le Prefetture negano l'accesso agli atti istruttori perché coperti da "segreto" indicando solo genericamente gli elementi indizianti il pericolo di infiltrazione mafiosa, con grave pregiudizio all'effettività del contraddittorio, anche considerato che i tempi ristretti per la produzione delle osservazioni procedimentali (massimo venti giorni) e per la chiusura della fase in contraddittorio (sessanta giorni), sono strutturalmente incompatibili con quelli del rito in materia di accesso e quindi con i tempi di un ricorso dinanzi al giudice amministrativo per poter ottenere il prodromico diritto di accesso endo-procedimentale: di qui decisioni del Giudice amministrativo, che hanno ammesso la tutela cautelare in sede di accesso (nelle forme della sospensione dei termini di conclusione del procedimento di interdittiva[111]) nonché evocato i parametri europei del diritto ad una buona amministrazione, al fine di stigmatizzare la tendenza delle autorità pubbliche di non consentire l'accesso agli atti istruttori (arrivando la giurisprudenza anche a prospettare che gli atti non ostensibili, non potrebbero costituire oggetto di valutazione ai fini della interdittiva, in quanto si priverebbe non solo il privato, ma anche il giudice, della possibilità di sindacare la correttezza dell'operato della PA[112]).

Altra novità introdotta con il D.L. n. 152/2021 è costituita dalle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 bis del Codice antimafia[113]: dette misure

[110] Tra i temi dibattuti in dottrina vi è quello della finalità collaborativa o difensiva del contraddittorio introdotto con il comma 2 bis dell'art. 92, il quale presenta elementi di peculiarità sia rispetto alla comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della l. n. 241/1990 ss. mm. ii. (non trattandosi di comunicazione che interviene nella fase di iniziativa, bensì all'esito di quella istruttoria), sia rispetto alla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda di cui all'art. 10 bis (non trattandosi di procedimento avviato ad istanza di parte): nel senso che si tratti di un contraddittorio difensivo, si v. A. Police, *op. cit.*, 2 (ed in particolare nota n.4). Sul tema, v. anche F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, par. 5 e 10; R. Greco, *op. cit.*, par. 8.1.

[111] Tar Sicilia, sez. I, 8 marzo 2023, n. 119.

[112] Tar Emilia-Romagna, sez. I, 5 luglio 2022, n. 537.

[113] Ai sensi dell'art. 94 bis del d.lgs. n. 159/2011 ss. mm. ii. "*1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi*

ISSN 2036-7821

sono adottate dal Prefetto qualora accerti "*che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale*"; esse consistono nella prescrizione all'impresa, con provvedimento motivato, dell'osservanza, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più misure organizzative atte a rimuovere e prevenire le cause dell'agevolazione occasionale[114]. Le misure amministrative di prevenzione collaborativa assoggettano l'impresa ad una forma di controllo amministrativo, consentendo la prosecuzione dell'attività economica seppur sotto la vigilanza del Prefetto. Considerati i punti di contatto tra le misure di cui all'art. 94 bis e quella di cui all'art. 34 bis del Codice antimafia (quest'ultima sul controllo giudiziario dell'impresa[115]), sia per quanto riguarda il presupposto applicativo, sia per quanto riguarda la funzione e le misure organizzative, il Prefetto deve comunicare al Tribunale per la prevenzione l'adozione di tale provvedimento, affinché il Giudice possa valutare se applicare, in luogo della misura amministrativa, il controllo giudiziario di cui all'art. 34 bis del Codice antimafia.

Le misure introdotte con l'art. 94 bis costituiscono applicazione del principio di proporzionalità e gradualità[116]: alla minore gravità del pericolo solo "occasionale", corrisponde la minore afflittività della misura, che non è più quella interdittiva, bensì "collaborativa". In questo senso l'istituto risolve una criticità del sistema precedente

---

professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore ((non inferiore a 5.000 euro)) o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona ((o al patrimonio e al volume di affari)) dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze ((i finanziamenti, in qualsiasi forma, eventualmente erogati)) da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-bis, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa. Agli esperti di cui al primo periodo spetta un compenso, ((determinato)) con il decreto di nomina, non superiore al 50 per cento di quello liquidabile sulla base dei criteri stabiliti dal decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010, n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa, società o associazione. (…)". Per un commento a tale istituto, si v. G. Veltri, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in www.giustizia-amministrativa.it, 13 maggio 2022.

[114] Si v. Cons. St., sez. III, 25 luglio 2023, n. 7279 che ricostruisce la natura e funzione delle misure di cui all'art. 94 bis del Codice antimafia, nonché la nozione di "agevolazione occasionale" con ampi riferimenti all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di cassazione sull'analogo presupposto di ammissione al controllo giudiziario volontario di cui al comma 6 dell'art. 34 bis. Su questi temi, in dottrina cfr. R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e 'occasionale occasionalità' della permeabilità mafiosa. Un concetto tutto da chiarire*, in giustizia-insieme.it, 12 ottobre 2023. In termini critici rispetto alla devoluzione all'autorità prefettizia del potere di adottare tali misure, in ragione dello stesso presupposto applicativo del controllo giudiziario a domanda, applicato invece dal Tribunale penale, si v. T. Passarelli, *op. cit.*, 167 ss.

[115] Su cui vedi *infra* par. 4.1.

[116] Già Cons. St. n. 4979/2020 *cit.*, aveva evidenziato che "*solo la proporzione è condizione di civiltà dell'azione amministrativa ed evita che la normativa di contrasto all'infiltrazione mafiosa purtroppo endemica nel nostro ordinamento, come ogni tipo di legislazione emergenziale, si trasformi in diritto della paura*", *auspicando in un intervento del legislatore ai fini della individuazione di "un proporzionato punto di equilibrio*".

ISSN 2036-7821

che era dato proprio, a fronte dell'accertamento di un pericolo di infiltrazione mafiosa, dalla insussistenza di una alternativa tra provvedimento interdittivo e opzione zero. Si deve difatti rammentare che il provvedimento di interdittiva antimafia non è configurato dalla norma attributiva del potere come un provvedimento discrezionale, nel senso che l'autorità prefettizia non è chiamata a valutare e ponderare l'interesse pubblico con quello del privato, scegliendo conseguentemente la misura più adatta al caso concreto: là dove la prefettura ritenga sussistente il pericolo di infiltrazione mafiosa, la conseguenza è vincolata, ossia è l'adozione del provvedimento interdittivo, senza che, almeno sino al DL n. 152/2021, la maggiore o minore gravità del tentativo di infiltrazione mafiosa (così come altri elementi quali ad esempio le condizioni economiche dell'imprenditore, della famiglia, dei dipendenti che continuano, a statuto normativo vigente, a non essere valutabili dal Prefetto ai fini dell'*an* o del *quomodo* del provvedimento) fosse elemento idoneo ad influire sul provvedimento finale. Per effetto del comma 2 ter dell'articolo 92 e dell'art. 94 bis del Codice antimafia, l'interdittiva diventa l'*extrema ratio*, applicabile solo quando l'agevolazione all'infiltrazione mafiosa non possa dirsi occasionale[117]. Il che significa anche che spetta alla Prefettura effettuare tale valutazione in modo attento, rigoroso e ponderato, potendosi censurare l'interdittiva antimafia per mancata valutazione della ipotesi alternativa della misura di collaborazione preventiva: in questo senso si muove la giurisprudenza più recente, che ha dichiarato illegittimi provvedimenti di informazione antimafia per non aver motivato in ordine alla insussistenza dei presupposti della misure meno afflittiva ovvero per aver ritenuto "strutturale" un pericolo di infiltrazione mafiosa da considerarsi invece "occasionale"[118].

La disciplina introdotta (come rilevato anche dalla Core costituzionale nella citata sentenza n. 180/2022) non ha tuttavia previsto la possibilità per la Prefettura, in caso di pericolo non occasionale di infiltrazione mafiosa, di mitigare le conseguenze della interdittiva nel caso in cui le decadenze e divieti da essa derivanti siano in grado di privare l'imprenditore e la sua famiglia dei mezzi economici di sostentamento vitale[119]: profilo che, come già visto, è stato oggetto di due sentenze monito della Corte Costituzionale (le nn. 57/2020 e 180/2022) e che resta, pertanto, una criticità ancora aperta che non può trovare soluzione se non attraverso un intervento *ad hoc* del legislatore ovvero un nuovo rinvio alla Corte costituzionale da parte del giudice amministrativo[120]; difatti, la natura dell'interdittiva antimafia e delle misure

[117] R. Greco, *op. cit*., 22; T. Passarelli, *op. cit*., 167.

[118] Cfr. Cons. St., sez. III 25 luglio 2023, n. 7279.

[119] Secondo A. Police, *op. cit*., 7, la possibilità di ricorso alla prevenzione collaborativa "*sempre che ne ricorrano i presupposti* ossia l'agevolazione soltanto occasionale) *costituisce allo stato l'unica alternativa che consente di tutelare le esigenze alimentari di chi grazie a quell'impresa assicura a sé ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa*".

[120] *Ibidem*, 13.

ISSN 2036-7821

amministrative di prevenzione, una volta accertato il presupposto della sussistenza di un tentativo strutturale o occasionale di infiltrazione mafiosa, non consente, a statuto normativo vigente, una modulazione del contenuto e degli effetti del provvedimento basata sulla ponderazione comparativa degli interessi in gioco ad opera dell'autorità amministrativa[121].

4.1. Temporaneità dell'interdittiva antimafia, potere di riesame della Prefettura e controllo giudiziario volontario, alla ricerca della "coerenza" del sistema.

Tra gli elementi valorizzati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 57/2020 al fine di escludere i dubbi di compatibilità costituzionale della normativa sul potere prefettizio di interdittiva antimafia "*un ruolo particolarmente rilevante assume il carattere provvisorio della misura*"[122]. Il giudice costituzionale ha difatti richiamato il comma 2 dell'art. 86, del d.lgs. n. 159 del 2011, secondo il quale l'informativa antimafia ha una validità limitata di dodici mesi, rilevando che "*alla scadenza del termine occorre procedere alla verifica della persistenza o meno delle circostanze poste a fondamento dell'interdittiva, con l'effetto, in caso di conclusione positiva, della reiscrizione nell'albo delle imprese artigiane, nella specie, e in generale del recupero dell'impresa al mercato*" e rimarcando l'esigenza di un'applicazione rigorosa della norma al fine di scongiurare il rischio "*della persistenza di una misura non più giustificata e quindi di un danno realmente irreversibile*"[123].

La dottrina ha già, condivisibilmente, rilevato che il periodo di dodici mesi di validità dell'interdittiva antimafia è in sé sufficiente a determinare effetti irreversibili, quali la cessazione definitiva dell'impresa[124]: il rimedio che le imprese hanno sperimentato per assicurare la loro conservazione sul mercato (secondo la stessa logica che ha ispirato le misure di prevenzione collaborativa [125]) non è, difatti, quello "preventivo" della temporaneità (solo nominale, come si vedrà *infra*) della misura, bensì è quello "successivo" del controllo giudiziario volontario, istituto introdotto con la legge 17

[121] Ritiene, invece, che la disciplina introdotta con il DL 152/2021 realizzi l'esigenza di tutela dei diritti inviolabili, nonché i principi di ragionevolezza e proporzionali, M. Armanno, *op. cit.*, in particolare par. 4. In realtà, a parere di chi scrive la circostanza che il legislatore continui a conformare il potere di interdittiva antimafia non già come espressione di discrezionalità amministrativa e giusto contemperando degli interessi in gioco (tale da consentire la penetrazione nel procedimento degli interessi del privato, quali quello al soddisfacimento dei bisogni primari di sostentamento e quindi, una graduazione in ordine al *quomodo* del provvedimento, e prima ancora all'*an*) e le misure di cui all'art. 94 bis del Codice come provvedimenti che presuppongono la natura occasionale dell'agevolazione (senza alcuna considerazione dell'esigenza di tutela dei diritti o degli interessi del privato), non consente di ritenere soddisfatti i predetti valori.

[122] Corte cost. n. 57/2020, punto 6 dei "Considerato in diritto".

[123] *Ibidem*.

[124] Cfr. M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, *op. cit.*, 3. In giurisprudenza, in questi termini, Tar Reggio Calabria ordinanza 11 dicembre 2020, n.732.

[125] In questo senso, cfr. *ex multis*, Cons. St., Ad. Pl., 13 febbraio 2023, n. 7; Cons. St., sez. III, 25 luglio 2023, n. 7279. In dottrina, R. Greco, *op cit.*, 27

ISSN 2036-7821

ottobre 2017 n.161 che ha inserito nel Codice antimafia l'art. 34 bis[126] quale strumento di tutela esperibile, al precipuo fine di evitare l'espulsione dell'impresa, che abbia impugnato il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, dal mercato.
Il richiamo, operato dalla Corte costituzionale, alla "temporaneità" della misura e all'esigenza che la Prefettura eserciti tempestivamente il suo potere di "aggiornamento", induce ad interrogarsi sull'effettiva coerenza del sistema proprio alla luce del rapporto tra efficacia dell'interdittiva antimafia, potere di riesame della Prefettura ed esiti del controllo giudiziario a cui sia stata ammessa l'impresa originariamente interdetta.
Occorre rammentare che, se è vero che ai sensi dell'art. 86 comma 2 del Codice antimafia, l'interdittiva ha una durata di dodici mesi, la giurisprudenza ha tuttavia interpretato la norma nel senso che alla scadenza del termine anzidetto il provvedimento continua a produrre effetti (e quindi ad interdire l'impresa) sino all'adozione di una diversa determinazione della Prefettura[127] adottata all'esito dell'esercizio del potere di riesame. Un primo tema, sulla cui base valutare la tenuta del sistema, è pertanto quello della disciplina dei "tempi" e "presupposti/limiti/condizioni" del potere/dovere di riesame della Prefettura rispetto al quale, si può già rilevare, l'assoluta laconicità del Codice antimafia[128]. Inoltre, poiché il potere di riesame della Prefettura (che postula la valutazione di elementi sopravvenuti ai fini del giudizio di attualità e concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa) nella stragrande maggioranza dei casi interviene a seguito dell'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario (quale strumento che garantisce la sua conservazione, grazie alla sospensione *ope legis* degli effetti dell'interdittiva[129]), un secondo tema da affrontare è quello degli effetti dell'ammissione al controllo giudiziario e soprattutto dei suoi esiti, sul potere di riesame della Prefettura (sul quale, altresì, la disciplina codicistica appare del tutto carente).
Quanto al riesame dell'interdittiva, la disciplina del d.lgs. n. 159/2011 ss. mm. ii., si limita a stabilire al comma 5 dell'art. 91, ultimo periodo, che "*Il prefetto, anche sulla documentata richiesta dell'interessato, aggiorna l'esito dell'informazione al venir meno delle*

[126] Il controllo giudiziario è una delle misure di prevenzione patrimoniale diverse dalla confisca, catalogate nel Libro I, Titolo II, del Codice antimafia. Ai sensi del comma 6 dell'art. 34 bis "*Le imprese destinatarie di informazione antimafia interdittiva ai sensi dell'articolo 84, comma 4, che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, possono richiedere al tribunale competente per le misure di prevenzione l'applicazione del controllo giudiziario di cui alla lettera b) del comma 2 del presente articolo. Il tribunale, sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'articolo 127 del codice di procedura penale, accoglie la richiesta, ove ne ricorrano i presupposti; successivamente, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, può revocare il controllo giudiziario e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali.*"

[127] *Ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121. Più di recente e per tutte, Cons. St. Ad. Pl. n. 3/2018 *cit.*

[128] Sul tema dei "tempi" del potere riesame della Prefettura cfr. V. Mameli, *Gli effetti nel tempo dell'interdittiva ed il potere di riesame*, in giustizia-amministrativa.it, 16 aprile 2022.

[129] Si v. art. 34 bis, comma 7, del Codice antimafia.

ISSN 2036-7821

circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento dei tentativi di infiltrazione mafiosa". Non sono previsti tempi certi di esercizio del potere di riesame, né la fonte primaria riconduce al mancato esercizio del potere di aggiornamento conseguenze quanto alla perdurante validità della originaria interdittiva (in altri termini il mancato esercizio tempestivo del potere di aggiornamento non determina il venir meno degli effetti dell'informazione antimafia).

Sebbene la previsione normativa non menzioni la validità temporale limitata di dodici mesi dell'interdittiva antimafia ai fini del riesame (e quindi non preveda un obbligo di apertura del procedimento di riesame alla scadenza del predetto termine), richiamando il solo venir meno delle circostanze rilevanti ai fini dell'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, la giurisprudenza ha affermato che il decorso del termine annuale *ex* art. 86, comma 2, D.lgs. n. 159/2011, se non fa venire meno gli effetti dell'interdittiva, determina l'obbligo della Prefettura di riesaminare la vicenda ovvero di aggiornare l'originaria prognosi interdittiva[130]. Allo stesso modo, sussiste l'obbligo della Prefettura di riesaminare l'originario provvedimento all'esito del controllo giudiziario a cui sia stata ammessa l'impresa[131].

Nel silenzio della fonte primaria di riferimento (che nulla dice in ordine al "dovere" di riesame e ai suoi tempi "certi" in funzione di garanzia del privato) è certamente apprezzabile il richiamato orientamento della giurisprudenza che qualifica in termini di doverosità il riesame dell'interdittiva antimafia. Un simile approccio, tuttavia, non risolve il problema dell'ultrattività degli effetti interdittivi: una volta affermato difatti che il provvedimento di interdittiva antimafia produce i suoi effetti anche "oltre" la scadenza del termine di validità di 12 mesi (e "oltre" l'esito eventualmente positivo del controllo giudiziario) e una volta appurata l'assenza di termini "perentori" di esercizio del potere di riesame, l'impresa interdetta (scaduto il termine di validità di dodici mesi ovvero all'esito del controllo giudiziario) resta comunque esposta all'inerzia della Prefettura: sotto tale profilo, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ammesso la proposizione dell'azione avverso il silenzio inadempimento a fronte dell'istanza di riesame formulata dall'impresa e non evasa dalla Prefettura[132]. Anche in tal caso si tratta di un approdo assolutamente

[130] Cfr. Cons. St., sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309 e, più di recente, Tar Calabria, 25 gennaio 2024, n. 68, secondo cui il "*doveroso aggiornamento*" dell'interdittiva antimafia al termine di validità di dodici mesi, è necessario nella prospettiva costituzionale della "*libertà di impresa*" e dei "*principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 42 Cost.*".

[131] Tra le tante, Cons. St., sez. III, n. 1049/2021 cit.

[132] Tar, Emilia-Romagna, sez. I, 28 febbraio 2023, n. 103; Tar Calabria, n. 68/2024 cit., che sottolinea, richiamando la sentenza del Cons. St. Ad. Pl. n. 7/2023, che il dovere di procedere all'aggiornamento dell'interdittiva antimafia sussiste anche in pendenza del periodo di controllo giudiziario: ciò in quanto, *"il rapporto di condizionamento tra il controllo giudiziario ed il procedimento amministrativo di revisione ex art. 91 comma 5 cd. Codice Antimafia, entrambi in itinere nei confronti della ricorrente, muove, semmai, nel senso diametralmente opposto a quello preteso dalla Prefettura di Reggio Calabria. Se è vero, infatti, per come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 7/2023, che "una decisione di accoglimento del ricorso contro l'interdittiva avrebbe in sé l'effetto di riportare l'impresa alla piena e*

ISSN 2036-7821

apprezzabile, ma di nuovo i tempi del ricorso ex art. 117 c.p.a. (che si aggiungono a quelli dell'inerzia e a quelli successivi dell'adempimento della Prefettura), ben potrebbero essere incompatibili con la sopravvivenza e conservazione dell'impresa, producendo quindi effetti irreversibili. La questione appare particolarmente delicata (e meriterebbe un intervento del legislatore, piuttosto che interventi suppletivi della giurisprudenza) proprio alla luce della rilevanza del fattore della temporaneità e dei poteri di aggiornamento della Prefettura, valorizzato dalla Corte costituzionale ai fini della "tenuta costituzionale" del sistema: la circostanza che non siano previsti tempi certi quanto all'espletamento del riesame e che non siano previste conseguenze (anche decadenziali, in termini di venir meno della validità dell'originaria interdittiva) del mancato tempestivo esercizio del potere/dovere di riesame, rende difatti solo astratto e teorico il richiamo alla "temporaneità" del provvedimento di interdittiva antimafia come elemento di "equilibrio" del sistema[133].

Sotto altro profilo, occorre anche indagare il rapporto tra il potere di riesame della Prefettura e il controllo giudiziario volontario. Solo qualche accenno preliminare su tale istituto: il comma 6 dell'art. 34 bis dispone che l'impresa attinta da interdittiva, che abbia impugnato il provvedimento dinanzi al giudice amministrativo, può chiedere al giudice penale di essere sottoposta a controllo giudiziario. Si tratta di una misura che consente all'impresa, qualora ammessa, di proseguire la propria attività sotto il controllo/vigilanza del Giudice penale o, meglio, dell'amministratore giudiziario all'uopo nominato, con conseguente sospensione degli effetti della interdittiva. Il controllo giudiziario è stato introdotto dal legislatore allo scopo di mitigare gli effetti delle interdittive antimafia, stante la ritenuta insufficienza a tale scopo del giudizio amministrativo[134]. Alla giurisprudenza amministrativa e

libera concorrenza, sulla base dell'accertamento che essa non è stata mai interessata da fenomeni di inquinamento mafioso» è altrettanto vero che analogo effetto dovrà ricondursi all'eventuale valutazione liberatoria che la Prefettura di Reggio Calabria dovesse operare a valle del procedimento di riesame attualmente pendente che la stessa, per le ragioni sopra esplicitate, ha l'obbligo di concludere".

[133] In senso critico rispetto alla disciplina del potere di aggiornamento delle interdittive, cfr. M. Mazzamuto, *Le interdittive prefettizie tra prevenzione antimafia e salvataggio delle imprese*, *op. cit.*, 2222. Propone di affidare il potere/dovere di aggiornamento ad un organo "terzo", C. Miccicché, *op. cit.*, 39.

[134] Per approfondimenti sul controllo giudiziario volontario, cfr., tra i contributi più recenti, T. Alesci, F. Lombardi, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario tra interferenze normative e distorsioni applicative*, in amministrativ@mente.com, 2024, 3, 1011 ss.; C. Lorusso, *La lotta alla mafia nell'economia: il rapporto tra l'informazione interdittiva antimafia e il controllo giudiziario volontario delle aziende*, in Dir. proc. amm., 2024, 1, 251 ss.; A. Merlo, *Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario 'volontario' e interdittive*, in Giur. It., 2023, 12, 2722 ss.; R. Mangani, *Il controllo giudiziario e l'informativa antimafia, tra esigenze di ordine pubblico e tutela dell'attività imprenditoriale*, in Riv. Trim. app., 2023, 1, 107 ss. In termini critici, dopo le modifiche del D.L. 152/2021, si v. G. D'Angelo, *Impugnazione dell'informazione interdittiva e controllo giudiziario volontario: profili critici dopo il d.l. n. 152 del 2021*, in Il Foro it., 2023, 4, 159 ss. Tra i contributi all'indomani della sua introduzione, si v. T. Alesci, I presupposti ed i limiti del nuovo controllo giudiziario nel codice antimafia, in Giur. It., 2018, 6, 1521 ss.; D. Brancia, *Del controllo giudiziario delle aziende. Un'occasione di bonifica dal tentativo occasionale di condizionamento mafioso oppure un'esigenza pubblicistica di giurisdizionalizzazione dell'impresa*, in Il nuov. dir. soc., 2018, 9, 1383 ss.; Id. *Il controllo giudiziario delle aziende, introdotto dal nuovo articolo 34 bis del T.U. antimafia,* in Riv. Pen., 2018, 7-8, 647 ss.

ISSN 2036-7821

soprattutto della Corte di cassazione, si è richiesto lo sforzo (nel silenzio della fonte normativa) di ricostruire i rapporti e le interferenze tra i due giudizi (di cui quello amministrativo costituisce condizione di ammissibilità di quello penale), arrivando alla conclusione che essi si fondano su presupposti diversi e si muovono su piani diversi[135]: semplificando i termini della questione, mentre al giudice amministrativo compete la valutazione della legittimità del provvedimento (e quindi della sussistenza dei presupposti per la sua adozione) sotto il profilo del corretto accertamento del pericolo di infiltrazione mafiosa (ovviamente entro i limiti della propria giurisdizione di legittimità), al giudice penale spetta di valutare solo l'occasionalità della infiltrazione, in un'ottica di futuro recupero e bonifica della impresa (cioè lo stesso presupposto oggi normativamente previsto, per l'adozione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa di cui all'art. 94 bis del Codice Antimafia)[136].

Senza entrare nel dettaglio delle problematiche relative ai rapporti tra giudizio amministrativo e dinanzi al Tribunale penale[137], si deve evidenziare una potenziale discrasia del sistema che riguarda il rapporto tra gli esiti del controllo giudiziario dinanzi al Giudice penale e le valutazioni che la Prefettura deve necessariamente effettuate in sede di aggiornamento annuale dell'interdittiva. L'impresa sottoposta a controllo giudiziario volontario, sul presupposto accertato dal Giudice penale della ricorrenza di un tentativo di infiltrazione mafiosa derivante da situazioni che denotano una agevolazione solo occasionale, viene vigilata per il periodo del controllo da un amministratore giudiziario sotto la supervisione del Tribunale, il quale, all'esito del periodo e previa udienza in contraddittorio, definirà il procedimento potendo disporre la prosecuzione del controllo, l'amministrazione giudiziaria ovvero la cessazione del controllo giudiziario in base all'accertamento che l'impresa non è soggetta a tentativo di infiltrazione mafiosa occasionale: un simile accertamento viene disposto con un provvedimento giurisdizionale idoneo ad acquisire l'autorità di cosa giudicata[138]. Secondo la giurisprudenza amministrativa esso, tuttavia, non comporta un vincolo in sede di aggiornamento della interdittiva antimafia in capo al Prefetto, che resta libero di apprezzare la sussistenza di elementi

[135] Cfr. Cass. pen., sez. II, 2 febbraio 2023, n. 11326; id., sez. VI, 7 luglio 2021, n. 30168; id., sez. II, 28 gennaio 2021, n. 9122; id., 14 ottobre 2020, n. 1590.

[136] Cfr. M.A. Sandulli, *I rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell'informativa antimafia e l'istituto del controllo giudiziario*, in www.giustizia-amministrativa.it, 24 maggio 2022; F. Bartolini, *Un chiarimento sul nuovo rapporto tra interdittive antimafia e controllo giudiziario volontario*, in Dir. pen. e proc., 202, 11, 1466 ss.; M. Mazzamuto, *Il salvataggio delle imprese tra controllo giudiziario volontario, interdittive prefettizie e giustizia amministrativa*, in Sistema penale, 3 marzo 2020.

[137] Si rinvia alla lettura della sentenza del Cons. St. Ad. Pl. n.7/2023, con nota di C. Cappabianca, *Gli effetti sul giudizio amministrativo del controllo giudiziario delle aziende ex art. 34-bis, comma 6, d.lg. n. 159/2011: dopo l'Adunanza plenaria n. 7/2023*, in Dir. proc. amm., 2023, 4, 743 ss.

[138] Su questi temi, si v. R. Rolli, M. Maggiolini, *Interdittiva antimafia e giudicato penale (nota a Consiglio di Stato sez. III, 4 febbraio 2021, n. 1049)*, in giustiziainsieme.it, 17 marzo 2021.

ISSN 2036-7821

indiziari (non necessariamente sopravvenuti) del pericolo di infiltrazione mafiosa e confermare la misura interdittiva originariamente adottata[139]. Un simile approccio rischia tuttavia di rendere sostanzialmente inutile il periodo di controllo giudiziario (che avrebbe una funzione di bonifica e di recupero dell'impresa[140]), esponendo l'impresa a successive conferme dell'interdittiva antimafia nonostante l'esito positivo del monitoraggio a cui si è volontariamente sottoposta. Un simile "cortocircuito" (che comporterebbe, un nuovo giudizio al Tar e un nuovo controllo giudiziario[141]) denota un'intima incoerenza del sistema: il controllo giudiziario sotto la supervisione del Giudice penale e le misure prefettizie, dovrebbero difatti, tenuto conto della funzione del primo di bonifica dell'impresa[142], essere considerate non già totalmente

[139] Secondo la giurisprudenza amministrativa la ritenuta autonomia tra le valutazioni effettuate dal giudice penale in sede di ammissione dell'impresa al controllo giudiziario e quelle effettuate dalla Prefettura ai fini dell'accertamento del pericolo di infiltrazione mafiosa, dipenderebbe dalla diversità dei parametri presi in considerazione: in particolare si afferma che l'autorità amministrativa esprime un giudizio statico o retrospettivo su un fenomeno infiltrativo già compiutosi, il giudice penale effettua una prognosi sulla capacità dell'impresa di emendarsi e di reinserirsi nel circuito mafioso: si v. Cons. St., Sez. III, 4 febbraio 2021, n.1049; Id., 7 febbraio 2023, n. 1275. La questione si complica là dove si tratti di valutare gli effetti non solo dell'ammissione, ma degli esiti del controllo giudiziario, sul potere di aggiornamento della Prefettura: in tal caso difatti, se è vero che il giudice penale effettua una prognosi sulla capacità di recupero dell'impresa e, in sede di accertamento positivo della "messa alla prova", accerta che essa opera in un contesto legale, l'apprezzamento della Prefettura non può ritenersi integralmente svincolato dal giudicato penale. In questo senso il Giudice amministrativo ha temperato l'affermazione secondo cui la *"pronuncia del giudice penale della prevenzione non produce alcun effetto di accertamento vincolante, con efficacia di giudicato, sul rischio di infiltrazione dell'impresa da parte della criminalità organizzata, sicché deve ammettersi come fisiologica l'eventualità che Prefettura e giudice della prevenzione penale, pur incentrando le proprie valutazioni sulle medesime circostanze di fatto, giungano a conclusioni difformi circa il pericolo di infiltrazione"* (Cons, St.; Sez. III, n. 1049/2021), riconoscendo quantomeno che "*tra l'originaria misura interdittiva, ammissione al controllo giudiziario, esito dello stesso e rinnovato esercizio del potere interdittivo deve necessariamente sussistere un rapporto di razionale coordinamento, che deve trovare adeguato riflesso nella componente motivazionale dell'eventuale nuovo provvedimento interdittivo (…)*" (Cons. St. n. 1275/2023 cit.).

[140] *Ex multis*, Cass. pen. Sez. I, 8 maggio 2023, n.19154.

[141] La possibilità di richiedere l'ammissione al controllo giudiziario a seguito della conferma dell'originaria interdittiva antimafia non è, in realtà, pacifica in considerazione dell'orientamento della Corte di Cassazione penale n. 19154/2023 cit., secondo cui la conferma da parte della Prefettura dell'originario provvedimento di interdittiva antimafia impugnata dinanzi al giudice amministrativo, non consentirebbe di accedere al controllo giudiziario qualora il provvedimento prefettizio confermato abbia acquisito definitività a seguito del rigetto dell'originario ricorso. Per una critica a tale decisione, si v. E. Davì, *Sui rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario volontario: la Cassazione riannoda il groviglio che il Consiglio di Stato aveva dipanato*, in Il Foro It., 2023, 9, 497 ss. Sulle problematiche derivanti dalle plurime conferme delle interdittive antimafia da parte della Prefettura e le successive ammissioni a controllo giudiziario con esito positivo, cfr. T. Alesci, F. Lombardi, *Interdittiva antimafia e controllo giudiziario tra interferenze normative e distorsioni applicative, op. cit.*, in particolare par. 2 per un "caso esemplare" e paragrafo 6 quanto al possibile "cortocircuito" tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria. Sulle interferenze tra giurisdizioni, cfr. anche A. Chiarella, *Profili dogmatici della discrezionalità prefettizia nella prevenzione e contrasto all'infiltrazione mafiosa. Dubbie interferenze fra giurisdizione amministrativa ed ordinaria nel rapporto tra controllo giudiziario "su richiesta" e l'interdittiva antimafia*, in Federalismi.it, 2024, 19, 82 ss..

[142] A. Merlo, *La bonifica ambientale come scopo delle misure patrimoniali 'diverse dalla confisca': le sezioni unite si pronunciano sul controllo giudiziario 'volontario' (Nota a Cass. 26 settembre - 19 novembre 2019, n. 46898, Ricchiuto) - Parte II*, in Foro it., 2020, 5, 343 ss.

ISSN 2036-7821

autonome, ma tra loro necessariamente comunicanti[143]. È chiaro che si tratta di un tema che meriterebbe di essere disciplinato dal legislatore[144] per evitare il prodursi di effetti distorsivi e pregiudizievoli per le imprese. A statuto normativo vigente, si deve tuttavia almeno ritenere che l'"autonomia" tra le valutazioni del Giudice penale e quelle dell'autorità amministrativa non possa certamente legittimare una riedizione dell'accertamento amministrativo del pericolo di infiltrazione mafiosa basata sugli stessi elementi già oggetto della originaria interdittiva antimafia ovvero scevra dalla attenta valutazione degli esiti del controllo giudiziario: è quindi condivisibile, sotto tale profilo, quell'orientamento della giurisprudenza amministrativa che pone in capo al Prefetto un onere di motivazione puntuale e rafforzata in caso di conferma della interdittiva antimafia all'esito del positivo controllo giudiziario[145].

5. Note di sintesi e conclusive.

[143] Sul difetto di coordinamento del sistema, anche a seguito dell'introduzione delle misure amministrative di prevenzione collaborativa, cfr. A. Police, *op. cit.*, 2.

[144] Quanto ai rapporti tra interdittiva antimafia e controllo giudiziario manca integralmente una disciplina degli effetti del primo sul riesame ad opera della Prefettura, limitandosi il comma 7 dell'art. 34 bis del Codice Antimafia, così modificato dal D.L. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233, a disporre che "7. *Il provvedimento che dispone l'amministrazione giudiziaria prevista dall'articolo 34 o il controllo giudiziario ai sensi del presente articolo sospende il termine di cui all'articolo 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'articolo 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'articolo 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis nei successivi cinque anni.*"

[145] Si v. TAR Bari, sez. II, 15 luglio 2022, n.1044 secondo cui "*l'aggiornamento dell'interdittiva da parte della Prefettura a chiusura del controllo giudiziario è atto doveroso "in forza dell'art. 86, comma2, del codice antimafia, così come interpretato dalla Corte costituzionale con sentenza 57/2020 e applicato dalla Sezione da ultimo con decisione 13dicembre 2021 n. 8309" (Cons. Stato, n. 4912/2022 cit.)*". Quanto ai rapporti tra riesame e controllo giudiziario, la predetta sentenza ha ulteriormente chiarito che "*A conclusione del controllo giudiziario, pertanto, la valutazione degli esiti della misura e la conseguente prognosi di sopravvenuta impermeabilità mafiosa o meno deve essere effettuata senza indugio dalla Prefettura, chiamata a verificare se l'impresa abbia reciso i rapporti di agevolazione con soggetti organici o contigui alle organizzazioni mafiose*". Secondo Cos. St., sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912, "*Non v'è dubbio, ad avviso del Collegio, che la funzione bonificante concretamente svolta dal controllo giudiziario non possa essere obliterata dal Prefetto, pena lo scadimento dell'azione amministrativa nell'eccesso di potere con sostanziale tradimento della voluntas legislatoris*". Nello stesso senso anche Cons. St., sez. III, 28 dicembre 2021 n. 8642 che aggiunge che "*ricade, conseguentemente, sull'Amministrazione uno specifico onere motivazionale consistente nell'esprimersi specificamente sull'attendibilità ed inerenza di tali elementi sopravvenuti (v. T.A.R. Campania- Napoli, sez. I, 2/2/2018, n. 724). Tale precipuo obbligo motivazione nell'ipotesi dell'effettuato percorso ex art.34 bis c.a.m. deve esplicitare puntualmente la valutazione dell'esito di questo*". Più di recente, il TAR, Bari, sez. II., 6 agosto 2024, n. 941, ha chiarito che "*Se è vero che si tratta di due procedimenti autonomi stando ai più recenti arresti della giurisprudenza (cfr. da ultimo T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 08/01/2024, n.21, T.A.R. Napoli, sez. I, 02/08/2023, n.4734, T.A.R. Torino, sez. I, 30/03/2023, n.292 e T.A.R. Palermo, sez. I, 22/12/2023, n.3828), cionondimeno "l'esito positivo del controllo giudiziario impedisce la reiterazione dei fatti già posti a fondamento della precedente informazione antimafia…"*. In dottrina, si v. R. Greco, *op cit.*, 32; G. Botto, *Sul rapporto tra controllo giudiziario ad esito favorevole e aggiornamento dell'informativa antimafia (nota a Consiglio di Stato sez. III, 16 giugno 2022, n. 4912)*, in giustiziainsieme.it, 5 ottobre 2022.

ISSN 2036-7821

Nella ricerca di un equilibrio tra i diversi valori che la disciplina delle interdittive antimafia impone di tenere in considerazione[146], l'analisi condotta attiene alla coerenza della disciplina delle interdittive antimafia, come interpretata dalla giurisprudenza, con le garanzie formali e sostanziali che devono presiedere l'esercizio di ogni potere amministrativo che incida su diritti costituzionalmente garantiti. Le riflessioni svolte hanno posto in rilievo alcune criticità della conformazione normativa del potere prefettizio, con particolare riferimento alla carenza di tassatività e determinatezza dei presupposti di suo esercizio, all'assenza di un potere "discrezionale" dell'autorità di valutare e ponderare gli interessi che vengono in rilievo e le conseguenze delle interdittive, allo standard di accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa ricondotto dalla giurisprudenza a quello minimo della c.d. "probabilità cruciale", all'assenza di termini certi per l'esercizio del potere di aggiornamento delle interdittive.

Nelle considerazioni conclusive è possibile tentare, nella richiamata prospettiva dell'equilibrio tra l'esigenza di contrasto alla criminalità organizzata e l'esigenza di tutela libertà d'impresa e di iniziativa economica (e della dignità e dei diritti fondamentali della persona), , di individuare (pur nella ritenuta carenza del quadro normativo di riferimento che per le ragioni evidenziate si presta a dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale) alcune possibili soluzioni al fine di mitigare, a statuto normativo vigente, le aporie e criticità emerse nel corso dell'analisi; sotto altro profilo, tenuto conto che la trattazione sviluppata ha rinvenuto una criticità del sistema costituita dal *vulnus* di legalità sostanziale del potere della Prefettura, non sanabile attraverso la tassatività giurisprudenziale ovvero il recupero delle garanzie procedimentali (del contraddittorio) o processuali (della c.d. *full jurisdiction*), appare opportuno anche prospettare possibili soluzioni *de iure condendo*.

Il potere di adottare interdittive antimafia costituisce, come efficacemente rilevato dalla dottrina, un "terribile potere"[147] sia per gli amplissimi spazi di apprezzamento del suo presupposto costituito dal tentativo dell'infiltrazione mafiosa, sia per le conseguenze da esso derivanti, altrettanto efficacemente descritte con l'espressione "ergastolo imprenditoriale"[148]. I margini di apprezzamento spettanti alla Prefettura non riguardano la scelta in ordine alla migliore modalità per perseguire il pubblico interesse tenuto conto della rilevanza e del peso dei contrapposti interessi, bensì l'accertamento del presupposto di fatto costituito dal tentativo, rischio, pericolo di infiltrazione mafiosa. Sotto tale profilo, spetta difatti alla Prefettura valutare le

[146] M. A. Sandulli, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, *op. cit.*, 2; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 64.

[147] A. Police, *op. cit.*, in particolare par. 1.

[148] M. Mazzamuto, *Profili di documentazione amministrativa*, *op. cit.*, ma anche L. Di Ciomma, *L'interdittiva antimafia: ai confini tra "l'ergastolo imprenditoriale" e la natura cautelare*, in Amministr@tivamente.it, 2020, 3, 353 ss.

ISSN 2036-7821

relazioni investigative, il materiale probatorio acquisito in paralleli procedimenti, gli esiti di processi penali, gli elementi indiziari acquisiti dalle forze dell'ordine: è in questa attività valutativa che opera l'ampio margine di apprezzamento in ordine alla raccolta degli elementi "indiziari" e alla valutazione della loro capacità dimostrativa del pericolo di infiltrazione mafiosa, da svolgersi secondo modalità e regole che richiamano il giudizio investigativo e inferenziale. Pur potendosi convenire su tale ultimo profilo, l'esigenza di assicurare nell'esercizio di tale potere di accertamento i principi generali dell'azione amministrativa (la cui necessaria applicazione, trattandosi pur sempre di potere amministrativo, non può ritenersi recessiva per la sola ragione che trattasi di uno strumento di massima anticipazione della soglia di tutela[149]), impone di adattare alle peculiarità del metodo e della logica sottesa a tale potere, l'applicazione dei principi di necessità e proporzionalità[150], imponendo un utilizzo prudente e garantista delle interdittive antimafia da parte delle autorità prefettizie. Un simile uso garantista delle interdittive antimafia dovrebbe contemplare, in primo luogo, l'attenta e ponderata valutazione (sia da parte della Prefettura, che da parte del giudice amministrativo) degli elementi sintomatici del rischio, che devono superare anzitutto il vaglio di attendibilità, veridicità e pertinenza; in secondo luogo, l'accertamento del pericolo non potrebbe essere rimesso allo standard probatorio del c.d. "più probabile che non", ma dovrebbe essere superiore alla soglia minima predetta al fine di assicurare che la misura sacrificativa sia indefettibile e necessaria; in terzo luogo, l'aggiornamento delle interdittive antimafia - che tenga conto degli esiti del controllo giudiziario e di ogni altro elemento addotto dall'impresa-, dovrebbe essere tempestivo ed effettivo, affinché la misura sia rispettosa dei presupposti di attualità e concretezza e soprattutto della sua natura di provvedimento temporaneo[151] nonché eccezionale, cioè di *extrema ratio*[152] (come si ricava dalla introduzione delle misure amministrative di collaborazione preventiva). Ulteriore presidio di garanzia, dovrebbe inoltre essere quello di un sindacato giurisdizionale non trincerato dietro la valutazione del vizio di eccesso di potere e della non manifesta irragionevolezza o illogicità della motivazione (ovvero ricostruzione del quadro indiziario) addotta dalla Prefettura[153], ma diretto ad un vaglio puntuale (anzitutto in termini di veridicità e di effettiva capacità dimostrativa) degli elementi assunti dall'autorità amministrativa a

[149] Sulle torsioni derivanti dal c.d. "diritto amministrativo dell'emergenza criminale", si v. N. Gullo, *Emergenza criminale e diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica dei beni confiscati,* Napoli 2017.

[150] Nel senso dell'esigenza di assicurare un livello adeguato di garanzia sotto il profilo della "ragionevolezza, cfr. C. Micciché, *op. cit.*, 23.

[151] In questo senso Corte Cost. n. 57/2020, punto 6 dei "Considerato in diritto". Si v. anche Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758 che individua nell'aggiornamento delle interdittive un "punto di equilibrio fondamentale".

[152] R. Greco, *op. cit.*, 22; A. Police, *op. cit.*, 7.

[153] Criticano la deferenza del giudice amministrativo rispetto al potere della Prefettura, R. Greco, *op. cit.*, 33; A. Police, *op. cit.*, 5; F. Figorilli, W. Giulietti, *op. cit.*, 91.

ISSN 2036-7821

fondamento del giudizio prognostico, e di valutazione, in termini di prova controfattuale, delle deduzioni dell'impresa e degli elementi da essa addotti a fondamento di una diversa ipotesi ricostruttiva del quadro indiziario.

Nella prospettiva del recupero della legalità sostanziale in senso forte e tenendo conto della ascrivibilità delle interdittive antimafia al sistema di prevenzione, *de iure condendo*, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore che, sulla linea tracciata con le modifiche al Codice antimafia introdotte con la citata legge n.161/2017 e con il più volte menzionato d.l. n. 152/2021, che denotano un interesse ordinamentale al mantenimento delle imprese soggette a mero rischio di infiltrazione mafiosa, riconduca a coerenza il sistema di prevenzione antimafia: ciò, mediante l'attribuzione al solo giudice penale del potere di adottare misure di prevenzione a carattere sostanzialmente ablatorio nei casi più gravi di accertamento del rischio non meramente occasionale di ingerenza nell'impresa della criminalità organizzata, demandando all'autorità amministrativa il compito di adottare misure di controllo collaborativo nei confronti di quelle imprese il cui rischio di un tentativo di infiltrazione mafiosa non superi la soglia "penale" idonea per l'adozione di una misura preventiva personale o patrimoniale, ma richieda comunque, nella prospettiva della lotta alla criminalità organizzata e dell'interesse generale a che l'amministrazione non intrattenga rapporti con soggetti che potrebbero essere "non affidabili", una forma di vigilanza dell'impresa.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'inconferibilità tra incarico di responsabile di ufficio o servizio ed attività di supporto al RUP negli enti locali

di Alessandro Cenerelli

(Dottore di ricerca in Diritto comparato e processi di integrazione e Assegnista di ricerca in Diritto pubblico comparato presso l'Università della Campania «Luigi Vanvitelli», *Adjunct Professor* di Diritto amministrativo comparato presso la New Vision University di Tbilisi)

Sommario

1. Introduzione: incarichi esterni di funzioni dirigenziali e pregressa attività professionale. – 2. Cenni sulla disciplina dell'inconferibilità amministrativa. – 3. Il carattere «dirigenziale» degli incarichi di responsabile di ufficio o servizio. – 4. Il supporto al RUP come attività professionale in proprio. – 4.1. Il supporto al RUP nella legislazione sui contratti pubblici. – 4.2. Profili di rilevanza ai sensi delle norme in tema di inconferibilità. – 5. Le conseguenze dell'accertata inconferibilità. – 5.1. La nullità dell'incarico e la sorte degli atti adottati *medio tempore*. – 5.2. La responsabilità dei soggetti conferenti e le misure sanzionatorie. – 6. Conclusioni: profili applicativi.

Abstract

This article deals with anti-corruption measures in Italian law and, in particular, with the restrictions and prohibitions on assigning managerial positions in the public administration to individuals who have previously engaged in professional activities with the same administration. This topic is addressed in relation to local government and in light of judicial and administrative practice and of legal scholarship.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione: incarichi esterni di funzioni dirigenziali e pregressa attività professionale.

Non di rado accade, soprattutto nei comuni di minori dimensioni, che la direzione delle strutture in cui l'ente locale si articola venga affidata a soggetti privi della qualifica di dirigente. Non è infrequente, inoltre, che queste figure vengano reclutate all'esterno degli organici, così da arricchirli delle competenze di cui essi sono sprovvisti. A volte capita, tuttavia, che tali incarichi siano assegnati a quanti, in precedenza, abbiano già intrattenuto rapporti professionali con l'amministrazione comunale: ciò si verifica, in particolare, allorquando venga nominato responsabile dell'ufficio o servizio tecnico chi abbia già svolto attività di supporto al RUP per conto del medesimo comune. In siffatta evenienza sorge il problema di comprendere se la scelta operata sia in linea con le norme in tema di inconferibilità degli incarichi amministrativi.

Per risolvere adeguatamente questa problematica, bisogna affrontare una serie di questioni preliminari in merito all'interpretazione ed applicazione della vigente normativa anticorruzione, e cioè:

- occorre innanzitutto chiedersi se le disposizioni in tema di inconferibilità, letteralmente riferite agli incarichi dirigenziali, si applichino anche a quelli che, pur avendo ad oggetto la direzione delle articolazioni organizzative dell'amministrazione conferente, non comportano l'attribuzione della qualifica di dirigente, come accade, per l'appunto, nell'ipotesi dell'incarico di responsabile di ufficio o servizio negli enti locali;
- bisogna poi domandarsi se e in quale misura il pregresso svolgimento di attività a supporto del RUP rilevi ai fini dell'inconferibilità dei suddetti incarichi;
- è infine necessario interrogarsi a proposito delle conseguenze dell'eventuale inconferibilità, particolarmente per ciò che concerne la sorte degli atti adottati *medio tempore* dal titolare dell'incarico risultato inconferibile.

A tali quesiti si cercherà di dar risposta nel prosieguo, tenendo presenti gli orientamenti emersi in seno alla giurisprudenza e le indicazioni ricavabili dalla prassi amministrativa, oltre che le soluzioni prospettate dalla dottrina.

2. Cenni sulla disciplina dell'inconferibilità amministrativa.

Prima di affrontare le specifiche questioni sollevate dalla fattispecie in discorso, è opportuno ricostruire sinteticamente il quadro normativo di riferimento.

A tal fine, mette conto innanzitutto ricordare che la lotta alla corruzione, in passato affidata principalmente a rimedi di impronta penalistica e di natura repressiva, negli ultimi anni si è arricchita di un nuovo strumentario, consistente in misure di stampo

ISSN 2036-7821

amministrativistico e di carattere preventivo, le quali mirano non a stigmatizzare gli episodi corruttivi dopo la loro verificazione, bensì a scongiurare l'insorgenza di situazioni in cui i soggetti operanti in seno all'amministrazione possano essere condizionati da interessi privati o, comunque, confliggenti con quello pubblico[1].

In questo solco si colloca, come è noto, la riforma varata con la l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge Severino) e, in sua attuazione, con il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, che hanno introdotto, tra i vari strumenti di contrasto alla corruzione, un'articolata disciplina dell'inconferibilità e dell'incompatibilità degli incarichi nelle pubbliche amministrazioni[2]. Un'analisi dettagliata di tali istituti esulerebbe dal presente scritto, per cui in questa sede ci si limiterà ai soli aspetti che più strettamente attengono alla tematica in esame, rinviando per la disamina degli altri profili ai numerosi contributi pubblicati in materia[3].

In particolare, l'inconferibilità costituisce una delle innovazioni più significative della menzionata riforma anticorruzione[4]. Essa si sostanzia in una causa ostativa che preclude, in modo temporaneo o permanente, il conferimento di incarichi

---

[1] In questo senso cfr. B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 37; P. SEVERINO, *Legalità, prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione*, in *Arch. pen.*, 2016, p. 635; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, pp. 909-910. Per un'efficace definizione della nozione di conflitto di interessi v., in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2012, n. 3133, secondo cui «il conflitto d'interessi, nei suoi termini essenziali valevoli per ciascun ramo di diritto, si individua nel contrasto di interessi facenti capo alla stessa persona, uno dei quali di tipo "istituzionale" ed un altro di tipo personale».

[2] Cfr. A. LAZZARO, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Milano, 2017, pp. 173-176; D. ZANELLI, *La rilevanza del conflitto di interessi tra l'ordinamento amministrativo e il settore dei contratti pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2019, pp. 1232-1234.

[3] Per un'approfondita disamina delle norme in tema di inconferibilità e di incompatibilità v., *ex plurimis*, i commenti di F. MERLONI, *Il regime delle inconferibilità e incompatibilità nella prospettiva dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, G. SIRIANNI, *La necessaria distanza tra cariche politiche e cariche amministrative*, B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, tutti pubblicati in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 806 ss.

[4] A differenza della inconferibilità, introdotta con la riforma anticorruzione operata tra il 2012 ed il 2013, l'incompatibilità era già nota all'ordinamento. Ancor prima di tale riforma, infatti, esisteva una dettagliata normativa in tema di cumulo di impieghi e di incompatibilità per i dipendenti pubblici, che era, ed è tutt'oggi, racchiusa nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (c.d. testo unico del pubblico impiego). Tuttavia, almeno nella loro versione originaria, le disposizioni del d.lgs. n. 165/2001 perseguivano non tanto lo scopo di contrastare i fenomeni corruttivi, quanto quello di garantire l'esclusività dell'attività svolta alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, nell'ottica di impedire che le energie lavorative del relativo personale fossero sottratte alle stesse. Le norme introdotte, in attuazione della l. n. 190/2012, dal d.lgs. n. 39/2013 non solo hanno dato vita alla categoria dell'inconferibilità, ma hanno anche disegnato una nuova tipologia di incompatibilità, concepita specificamente in funzione della lotta alla corruzione. È stato inoltre ritoccato l'art. 53, d.lgs. n. 165/2001, inserendovi un nuovo c. 16-*ter*, il quale, sempre con finalità anticorruzione, ha introdotto la figura della incompatibilità successiva (c.d. *pantouflage*). Per i titolari di cariche politiche, invece, l'ordinamento da tempo conosce svariate cause di ineleggibilità e di incompatibilità, previste dalle normative di settore concernenti i diversi livelli di governo, alle quali si è aggiunto l'istituto dell'incandidabilità, la cui introduzione ed organica regolamentazione si deve al d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, anch'esso emanato in attuazione della l. n. 190/2012. In argomento v. R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, pp. 883-887.

ISSN 2036-7821

amministrativi a quanti versino nelle situazioni contemplate dalla legge. Si tratta, dunque, di un rimedio che non richiede un conflitto di interessi in atto, ma che, secondo una logica precauzionale, ne scongiura la configurabilità anche in forma meramente potenziale, impedendo l'attribuzione di una carica pubblica a chi, per la precedente condotta, faccia temere un suo esercizio non imparziale[5]. In ciò risiede la differenza rispetto all'incompatibilità, la quale impedisce la permanenza negli incarichi amministrativi di coloro che si trovano in determinate situazioni di conflitto di interessi e quindi opera soltanto dopo che in capo al medesimo soggetto si sono già cumulate la carica pubblica e la posizione ritenuta incompatibile con la stessa dalla legge[6].

Quanto alle cause di inconferibilità, esse vengono elencate dagli artt. 3-8, d.lgs. n. 39/2013 e sono riconducibili a tre fattispecie, aventi ad oggetto, rispettivamente, la sussistenza di condanne per determinati reati in capo al soggetto designato per l'incarico, la sua provenienza da organi di indirizzo politico ed il precedente svolgimento, da parte sua, di attività professionali per conto dell'amministrazione che intende conferire l'incarico o degli enti privati sottoposti al suo controllo. In tali ipotesi, fatta eccezione per i casi di condanna definitiva che abbia irrogato anche la pena accessoria dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici o che sia stata seguita da licenziamento disciplinare[7], l'inconferibilità si caratterizza per la sua temporaneità, poiché essa non mira all'esclusione permanente dall'incarico, ma vuole soltanto evitare il suo affidamento ad un soggetto in condizioni che ne pregiudichino l'imparzialità e quindi opera solo per il periodo durante il quale, secondo il legislatore, siffatte condizioni permangono. È stabilito, pertanto, che l'incarico ritorni conferibile quando sia decorso un tempo minimo dal venir meno della causa di inconferibilità (c.d. periodo di raffreddamento). Qualora l'incarico venga nondimeno conferito prima del decorso di questo termine, la sanzione comminata dalla legge consiste nella nullità dello stesso[8].

Per ciò che concerne il perimetro soggettivo di applicazione della disciplina in tema di inconferibilità, si fa riferimento ai destinatari di incarichi amministrativi di vertice o dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni. Più precisamente, per incarichi dirigenziali si intendono tanto quelli attribuiti al personale di ruolo e quindi interno all'amministrazione conferente, quanto quelli affidati a soggetti esterni alla stessa, mentre gli incarichi amministrativi di vertice corrispondono alle cariche di livello apicale dei dicasteri, degli enti pubblici o degli organismi privatistici in controllo

[5] Cfr. M. RAMAJOLI, *Inconferibilità e incompatibilità di incarichi nelle pubbliche amministrazioni*, in *Nuove aut.*, 2014, pp. 580-581.
[6] *Ivi*, p. 583.
[7] Art. 3, cc. 2 e 3, d.lgs. n. 39/2013.
[8] Art. 17, d.lgs. n. 39/2013.

ISSN 2036-7821

pubblico[9]. La differenza tra le due categorie risiede in ciò, che gli incarichi amministrativi di vertice, a differenza di quelli dirigenziali, non comportano l'esercizio di competenze di tipo operativo e gestionale[10].

L'osservanza delle norme in tema di inconferibilità è affidata, in prima battuta, al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza (in acronimo, RPCT): istituita dalla l. n. 190/2012, tale figura esercita compiti di coordinamento, gestione e vigilanza sulle misure anticorruzione, ivi compresi quello di verificare se i singoli incarichi affidati siano inconferibili e, in caso positivo, quello di adottare i provvedimenti conseguenziali[11], oltre a svolgere rilevanti funzioni in materia di trasparenza[12]. In particolare, il RPCT viene nominato dall'organo di governo di ciascuna pubblica amministrazione, scegliendolo tra i rispettivi dipendenti di ruolo con qualifica dirigenziale, mentre, con specifico riferimento agli enti locali, si prevede che, salva diversa scelta motivata, egli debba essere individuato nella persona del segretario o di un dirigente apicale[13]. Le sue attribuzioni convivono con quelle dell'Autorità nazionale anticorruzione (in acronimo, ANAC), cui è demandata, accanto ad un'attività consultiva e di regolazione, la generale vigilanza sul rispetto della normativa concernente la prevenzione dei fenomeni corruttivi e la trasparenza[14].

Quanto al procedimento di verifica della situazione di inconferibilità, le scarne indicazioni ricavabili dal d.lgs. n. 39/2013 sono integrate dalle linee guida emanate dalla testé menzionata ANAC[15]. In base alle indicazioni fornite dall'Autorità, il procedimento è avviato dal RPCT, il quale deve assicurare che durante la relativa istruttoria sia rispettato il principio del contraddittorio. Ove venga effettivamente riscontrata l'inconferibilità, la verifica si conclude con un provvedimento, adottato sempre dal responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, con cui si accerta il carattere inconferibile dell'incarico e se ne dichiara la nullità, oltre a dare avvio ad un successivo procedimento, volto a sanzionare con una specifica

[9] Art. 1, c. 2, lett. i), j) e k), d.lgs. n. 39/2013.

[10] Cfr. B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 200.

[11] Art. 15, d.lgs. n. 39/2013.

[12] Art. 43, c. 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97. Per effetto di tali modifiche, è stato previsto che ad un unico soggetto, di regola, vengano attribuite le funzioni di responsabile per la prevenzione della corruzione e quelle di responsabile per la trasparenza, precedentemente assegnate a figure diverse. Sulle attuali competenze del RPCT in materia di anticorruzione e trasparenza si rinvia alla dettagliata ricostruzione di M. LUCCA, *Il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza: ambiti di competenza e tutele*, in *Comuni It.*, 2017, fasc. 11, pp. 23-39.

[13] Art. 1, c. 7, l. n. 190/2012.

[14] Art. 16, d.lgs. n. 39/2013. Sul riparto di competenze tra ANAC e RPCT in tema di vigilanza sulle misure anticorruzione si rimanda a C. LOMBARDI, *Il ruolo esercitato dai RPCT e dall'ANAC in materia di inconferibilità ed incompatibilità degli incarichi*, in *Azienditalia*, 2024, pp. 877-883.

[15] Delibera ANAC 3 agosto 2016, n. 833 (Linee guida in materia di accertamento delle inconferibilità e delle incompatibilità degli incarichi amministrativi da parte del responsabile della prevenzione della corruzione).

ISSN 2036-7821

misura inibitoria i componenti dell'organo conferente, come si dirà dettagliatamente nel prosieguo[16].

3. Il carattere «dirigenziale» degli incarichi di responsabile di ufficio o servizio.

Ricostruito brevemente il panorama legislativo in tema di misure anticorruzione, bisogna adesso risolvere la prima delle questioni emergenti dalla fattispecie in esame, la quale, come si è accennato, concerne l'assegnazione dell'incarico di responsabile dell'ufficio o servizio tecnico ad un soggetto non appartenente agli organici del comune. Occorre chiedersi, dunque, se un incarico con tali caratteristiche rilevi ai fini della disciplina in tema di inconferibilità amministrativa, integrando, in particolare, la fattispecie dell'incarico dirigenziale esterno di cui al d.lgs. n. 39/2013.

In proposito, è opportuno rammentare che esistono diverse possibilità per coprire le posizioni di direzione delle strutture in cui si articolano le amministrazioni di livello infraregionale, stando al disposto del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. testo unico degli enti locali)[17]. L'art. 109, c. 2, prevede che, in mancanza di personale con qualifica dirigenziale, le relative funzioni possano essere conferite ai dipendenti cui è assegnata la responsabilità delle articolazioni organizzative (aree, servizi, settori, uffici, ecc.) dell'ente[18]. Il successivo art. 110 prevede la copertura dei posti in organico di dirigente o di responsabile, nonché di quelli di funzionario con elevata specializzazione, mediante l'assunzione di soggetti esterni con contratto a tempo determinato (c. 1) e consente, entro certi limiti, di reclutare siffatte figure, sempre rivolgendosi a personale non di ruolo e utilizzando contratti a termine, anche per posizioni non rientranti nella dotazione organica (c. 2)[19]. In base alla medesima disposizione, la selezione avviene mediante un *iter* paraconcorsuale, che non può essere assimilato ad un vero e proprio concorso pubblico e presenta una forte componente fiduciaria, mirando unicamente ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di esperienza e professionalità nelle materie oggetto dell'incarico[20]. Giova precisare, *incidenter tantum*, che queste ipotesi rientrano nello

[16] V. *infra*, par. 5.2.

[17] In argomento v. A. BOSCATI, A. ZILLI (a cura di), *Il reclutamento nella P.A. Dall'emergenza alla nuova normalità*, II, Milano, 2022, pp. 231-235.

[18] Come affermato da TAR Campania, Napoli, sez. III, 26 gennaio 2023, n. 571 e ribadito da Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2023, n. 8200, la fattispecie contemplata dall'art. 109, c. 2, d.lgs. n. 267/2000 non consiste nell'attribuzione della posizione di dirigente al personale sprovvisto della relativa qualifica, ma determina soltanto l'assegnazione, a tale personale, di funzioni dirigenziali.

[19] In argomento v. M.P. GENESIN, *Il sistema degli incarichi a contratto nell'ordinamento degli enti locali, fra disciplina generale e disciplina speciale, alla luce dei più recenti orientamenti della Corte dei conti*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, pp. 400-415; G. FIORILLO, C. LOMBARDI, P. MONEA, *Il conferimento degli incarichi a tempo determinato negli enti locali (ex art. 110, commi 1 e 2 del D.Lgs. 267/2000)*, Santarcangelo di Romagna, 2024, pp. 51-57.

[20] V., al riguardo, Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 16 marzo 2020, n. 171. Da queste peculiari modalità di selezione la giurisprudenza trae alcuni importanti corollari in punto di giurisdizione. L'orientamento prevalente ritiene che, se il dirigente viene reclutato mediante un concorso pubblico, si è al cospetto di un'attività di carattere

ISSN 2036-7821

schema del lavoro subordinato e quindi non vanno confuse con il diverso caso degli incarichi di collaborazione esterna, sussumibili nel paradigma del lavoro autonomo e aventi ad oggetto lo svolgimento di attività consulenziali in favore delle pubbliche amministrazioni[21].

Tali norme legislative, tuttavia, devono essere lette insieme alle previsioni racchiuse nei contratti collettivi. In particolare, con riferimento ai comuni sprovvisti di dirigenza, la responsabilità delle strutture in cui si riparte l'amministrazione comunale va ricondotta agli «incarichi di posizione organizzativa»[22], previsti fin dagli anni Novanta nei contratti relativi agli enti locali[23] e sostituiti dagli «incarichi di elevata qualificazione» (o, in forma abbreviata, «incarichi di EQ») nella contrattazione più recente[24]. Quest'ultima ribadisce che, in mancanza di dirigenti, la titolarità delle unità organizzative di livello più elevato è oggetto di incarichi di elevata qualificazione[25].

Tanto premesso, occorre domandarsi, innanzitutto, se gli incarichi che attribuiscono la responsabilità di settori dell'amministrazione comunale a personale non dirigente, oggi rientranti tra gli incarichi di EQ giusta le anzidette norme contrattuali collettive, possano essere ricondotti a quelli dirigenziali in base alla normativa anticorruzione. Alla domanda deve darsi una risposta positiva alla luce delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza[26] e dalla prassi dell'ANAC[27], che fanno leva sulle previsioni contenute nell'art. 1, c. 2, lett. j) e k), d.lgs. n. 39/2013, ove l'elemento caratterizzante

---

autoritativo e la giurisdizione spetta al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, c. 4, d.lgs. n. 165/2001, mentre si è in presenza di un'attività di carattere privatistico e la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario in base al c. 1 del medesimo articolo, se il reclutamento avviene senza una vera e propria procedura concorsuale. Applicando questi criteri, la giurisprudenza ritiene che le controversie relative agli incarichi di cui all'art. 110, c. 1, d.lgs. n. 267/2000 rientrino nella giurisdizione ordinaria. In tal senso v., *ex multis*, Cass., sez. un., 4 settembre 2018, n. 21600; Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2019, n. 2867; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 3 giugno 2019, n. 1270. Per una ricostruzione degli indirizzi emersi in giurisprudenza, con particolare riferimento alle posizioni della Cassazione, v. P. COSMAI, *Incarichi dirigenziali: le Sezioni Unite riaffermano la natura privatistica dell'atto di nomina e la giurisdizione ordinaria*, in *Azienditalia*, 2018, pp. 1480-1490.

[21] In tema di incarichi di collaborazione esterna, come è noto, il principale referente normativo è costituito dall'art. 7, cc. 6 e 6-*bis*, d.lgs. n. 165/2001.

[22] Cfr. A. MARCELLA, *Il Responsabile dell'Ufficio e del Servizio. Guida operativa per l'organizzazione e la gestione delle attività del Comune*, 2ª ed., Santarcangelo di Romagna, 2022, pp. 54-55.

[23] Cfr. artt. 8 e 9 c.c.n.l. 31 marzo 1999, ove si prevedeva il conferimento di tali incarichi in tre casi, cioè per la direzione di unità organizzative di particolare complessità, per lo svolgimento di attività di alta professionalità e specializzazione e per compiti di *staff*, studio, vigilanza o controllo. In argomento v. F. PEDRELLI, *Gli incarichi relativi all'area delle posizioni organizzative*, in *Comuni It.*, 2004, fasc. 6, pp. 80-89.

[24] Art. 13, c. 3, c.c.n.l. 16 novembre 2022. Per un'analisi delle nuove previsioni contrattuali in tema di incarichi di EQ v. P. MONEA, G. PIZZICONI (a cura di), *Il CCNL Funzioni locali. Commento alla nuova disciplina per il personale del comparto*, Santarcangelo di Romagna, 2023, pp. 120-122.

[25] Art. 19, c. 1, c.c.n.l. 16 novembre 2022.

[26] In proposito v. TAR Toscana, Firenze, sez. I, 7 marzo 2019, n. 340; TAR Lazio, Roma, sez. I, 2 febbraio 2022, n. 1238.

[27] Delibera ANAC 7 giugno 2022, n. 272. In senso analogo l'Autorità si era espressa, sia pure con specifico riferimento alla sola disciplina in tema di incompatibilità, con l'orientamento 15 maggio 2014, n. 4.

ISSN 2036-7821

degli incarichi dirigenziali viene ravvisato in un «esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione»: le disposizioni testé menzionate, dunque, esplicitamente affermano l'irrilevanza della qualifica formalmente attribuita, dando invece rilievo alle funzioni in concreto affidate[28].

In secondo luogo, è necessario chiedersi se gli incarichi di responsabili assegnati ai sensi dell'art. 110, c. 1, d.lgs. n. 267/2000 siano equiparabili a quelli dirigenziali esterni, presi in considerazione dall'art. 4, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 39/2013 ai fini dell'inconferibilità. Ad una lettura approssimativa del testo normativo, infatti, sembrerebbe doversi negare tale equiparazione. Ciò parrebbe ricavarsi, in particolare, dal tenore dell'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 39/2013, secondo cui, nell'ambito degli enti locali, agli incarichi dirigenziali sono assimilabili, oltre che le funzioni di dirigente conferite al personale sprovvisto della relativa qualifica *ex* art. 109, d.lgs. n. 267/2000, gli incarichi a tempo determinato per posti fuori della dotazione organica di cui al c. 2 del successivo art. 110. In altre parole, la circostanza che il c. 1, art. 110, d.lgs. n. 267/2000 non sia espressamente menzionato, ragionando *a contrario*, imporrebbe di escludere gli incarichi a tempo determinato per posti in organico dal perimetro applicativo della normativa anticorruzione. Anche tale quesito, tuttavia, deve essere risolto tenendo conto delle posizioni espresse dall'ANAC, per la quale le norme in tema di inconferibilità e di incompatibilità sono applicabili a tutti gli incarichi che, indipendentemente dal loro carattere interno o esterno e dalla sussistenza o meno della qualifica dirigenziale in capo ai loro destinatari, comportino l'attribuzione della responsabilità di un ufficio o servizio[29]. In base al consolidato orientamento dell'Autorità, dunque, anche gli incarichi di cui al c. 1, art. 110, d.lgs. n. 267/2000, nonostante il mancato richiamo espresso da parte del d.lgs. n. 39/2013, soggiacciono alla disciplina contenuta in quest'ultimo[30].

Tornando alla fattispecie da cui la presente disamina ha preso l'abbrivio, deve concludersi che la posizione di responsabile di ufficio o servizio, affidata ad un soggetto esterno all'amministrazione con contratto a tempo determinato, ricada sicuramente nell'ambito di operatività della normativa sull'inconferibilità degli incarichi amministrativi.

4. Il supporto al RUP come attività professionale in proprio.

La seconda questione sollevata dalla fattispecie in esame consiste nel domandarsi se il pregresso svolgimento di attività a supporto del RUP per conto di un'amministrazione comunale possa determinare l'inconferibilità degli incarichi

[28] Cfr. M. CALCAGNILE, *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse*, Bologna, 2017, p. 113.
[29] Delibera ANAC 21 settembre 2016, n. 1001.
[30] Delibera ANAC 13 settembre 2017, n. 925.

ISSN 2036-7821

provenienti dalla medesima. Per rispondere al quesito, occorre dedicare, in via preliminare, qualche cenno alla normativa concernente la predetta figura.

4.1. Il supporto al RUP nella legislazione sui contratti pubblici.

Originariamente denominato «responsabile unico del procedimento», tale istituto viene disciplinato nei suoi tratti essenziali dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni). L'intento perseguito è quello di adattare al peculiare settore dei lavori pubblici la figura generale – introdotta dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 – del responsabile del procedimento[31]: più precisamente, il RUP è chiamato a svolgere un ruolo di guida e coordinamento di tutte le fasi, dalla programmazione all'esecuzione, in cui si articola l'*iter* di realizzazione dell'opera pubblica mediante l'esplicazione non solo di attività istruttore, ma anche di poteri decisori[32]. I suoi caratteri strutturali e funzionali, tuttavia, sono compiutamente definiti soltanto dalla successiva legislazione in materia di contratti pubblici e, in particolare, dai due codici del 2006 e del 2016[33], che ne contemplano la presenza non solo nel caso dei lavori, ma anche nelle ipotesi di servizi e forniture[34].

Da ultimo, il nuovo codice dei contratti pubblici, adottato con il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, introduce sensibili cambiamenti in relazione all'istituto *de quo*, che viene ribattezzato, per l'appunto, «responsabile unico del progetto»[35]. Nell'attuale disciplina, racchiusa nell'art. 15 del codice del 2023 e nel suo all. I.2, il RUP diviene il soggetto che sovraintende e coordina, nella sua interezza, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni[36], essendo investito di funzioni comuni a tutte le fasi, di funzioni attinenti alla fase dell'affidamento e di funzioni relative alla fase dell'esecuzione[37].

---

[31] Sulle differenze tra il RUP ed il responsabile del procedimento di cui alla l. n. 241/1990 v. A. PAGANO, *Il responsabile del procedimento nella normativa sui lavori pubblici*, in *Urb. app.*, 2001, pp. 682-685; C. MARI, *Il responsabile unico del procedimento nelle dinamiche organizzative delle amministrazioni pubbliche: tendenze e prospettive*, in *Dir. econ.*, 3, 2021, pp. 296-298.

[32] Cfr. A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2000, p. 244; M. AGLIATA, *La figura del RUP - Requisiti, mansioni e responsabilità*, in *L'Ufficio Tecnico*, 2019, fasc. 5, p. 126; L.A. BONGIORNO, *I protagonisti delle procedure di gara: RUP e Commissione di gara tra incompatibilità e incompetenza*, in *Urb. app.*, 2022, pp. 596-597.

[33] Rispettivamente, v. art. 10, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e art. 31, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

[34] In proposito v. M. CORRADINO *et al.*, *I contratti pubblici*, Milano, 2017, pp. 254-266.

[35] Come osservato da P. COSMAI, A. BUONANNO, *La riforma del Codice appalti*, Milano, 2023, p. 69, il cambio di denominazione non è casuale, ma sintomatico dello spostamento del baricentro dal procedimento, in chiave burocratica, a ciò che, mediante lo stesso, l'amministrazione persegue, cioè la realizzazione del progetto, come corollario del principio del risultato enunciato nell'*incipit* del codice del 2023.

[36] Cfr. M. NUNZIATA, *Le stazioni appaltanti e il RUP*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, p. 316.

[37] Al riguardo occorre ricordare che spettano al RUP, tra l'altro, la verifica in merito alla congruità delle offerte ed alle offerte anormalmente basse, l'adozione dei provvedimenti di esclusione dalle gare e la valutazione delle offerte ove il criterio sia quello del minor prezzo, laddove tale valutazione compete alla commissione giudicatrice in caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

ISSN 2036-7821

Quanto alla nomina, le norme vigenti ricalcano, sia pure con alcune modifiche, quelle precedenti: le stazioni appaltanti sono tenute a designare il RUP nel primo atto della procedura, individuandolo tra i propri dipendenti di ruolo, anche se sprovvisti di qualifica dirigenziale; in mancanza di designazione, le relative funzioni sono assegnate al responsabile della struttura competente con riguardo all'intervento da realizzare. È dunque preclusa, in via generale, la possibilità di nominare RUP esterni al perimetro dell'amministrazione[38].
Il nuovo codice, all'art. 15, c. 2, stabilisce che il soggetto designato debba essere dotato delle competenze professionali occorrenti per l'intervento pubblico. Tuttavia, la previsione deve essere letta alla luce di quanto stabilito nell'all. I.2, ove è espressamente contemplata la possibilità che quale RUP venga individuato anche un dipendente non in possesso della professionalità necessaria e, per ovviare a questa evenienza, si prevede l'assegnazione di compiti di supporto ad altri soggetti[39].
A quest'ultimo riguardo, varie sono le soluzioni disponibili. Innanzitutto, le funzioni di supporto possono essere attribuite ad altri dipendenti della stazione appaltante[40]. In subordine, e solo qualora sia dimostrata la totale carenza in organico dei requisiti professionali che servono[41], è possibile ricorrere all'esternalizzazione, cioè affidare l'attività di supporto al RUP a soggetti esterni[42]. In base all'art. 15, c. 6, del codice del 2023, inoltre, le stazioni appaltanti possono istituire, anche in comune tra loro, un'apposita struttura di supporto e, in tal caso, destinare risorse fino all'un per cento dell'importo posto a base di gara affinché il RUP si avvalga, mediante affidamenti diretti, di soggetti esterni muniti delle specifiche competenze richieste[43].

4.2. Profili di rilevanza ai sensi delle norme in tema di inconferibilità.

Soffermandosi sull'ipotesi dell'esternalizzazione, in cui rientra la vicenda qui esaminata, occorre preliminarmente rilevare che, secondo la giurisprudenza, l'incarico di supporto al RUP deve essere ricondotto allo schema negoziale dell'appalto di servizi, in quanto estrinsecantesi in una prestazione di *facere* eseguita,

[38] R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Manuale dei contratti pubblici*, 4ª ed., Molfetta, 2024, p. 198.
[39] Cfr. M. Bolognesi, *Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023*, in *Urb. app.*, 2024, p. 203.
[40] Sulle modalità di individuazione del RUP tra i dipendenti della stazione appaltante v. parere ANAC 24 giugno 2024, n. 33.
[41] Sull'obbligo di preventiva verifica della mancanza di adeguate professionalità interne v., sia pure con riferimento al codice del 2016, parere ANAC 28 marzo 2023, n. 11
[42] Cfr. M.M. Lucca, *Incarico di supporto al RUP con schema negoziale*, in *Contr. Stato enti pubblici*, 2023, fasc. 2, pp. 112-113.
[43] In argomento v. S. Biancardi, *La struttura di supporto al RUP nel nuovo Codice dei contratti*, in *Appalti & Contratti*, 2024, fasc. 1-2, p. 59. Sulla differenza tra le ipotesi – entrambe contemplate dal codice del 2023 nell'all. I.2 – dell'affidamento dell'attività di supporto a soggetti esterni e quella dell'istituzione di una struttura di supporto, con successivo ed eventuale conferimento di incarichi esterni mediante affidamento diretto, v. Corte conti, sez. contr. Abruzzo, 21 febbraio 2024, n. 41.

ISSN 2036-7821

a fronte di un corrispettivo in denaro, con organizzazione dei mezzi necessari e con assunzione del rischio correlato[44].

In linea con siffatto orientamento giurisprudenziale, l'ANAC ha ritenuto che quella di supporto al RUP, ancorché diretta a sopperire ad una carenza di risorse interne, vada qualificata in termini di attività professionale in proprio, così rilevando come causa di inconferibilità ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 39/2013[45]. Tale disposizione, infatti, considera gli incarichi dirigenziali esterni – cui possono essere assimilati, come si è detto in precedenza, quelli che attribuiscono la responsabilità degli uffici o servizi di un comune a personale non dirigente – inconferibili, quando il soggetto designato abbia ricoperto cariche in enti privatistici finanziati dall'amministrazione conferente oppure, per l'appunto, abbia svolto attività professionale per conto della stessa[46].

Oltre al pregresso svolgimento di un'attività professionale in proprio per l'amministrazione, tuttavia, ai fini dell'inconferibilità occorrono alcune condizioni ulteriori, richiedendosi che:

- siffatta attività professionale sia stata espletata con continuità e stabilità;
- essa abbia riguardato lo stesso settore o ufficio cui si riferisce l'incarico dirigenziale esterno;
- non sia decorso il periodo di raffreddamento.

Sotto il primo profilo, il legislatore[47] ha recentemente novellato il testo dell'art. 4, d.lgs. n. 39/2013, inserendovi un nuovo c. 1-*bis*, secondo cui non rilevano ai fini della disciplina in tema di inconferibilità le attività professionali che abbiano avuto un carattere meramente occasionale, così positivizzando un indirizzo già emerso nella prassi dell'ANAC[48]. In particolare, per quanto concerne l'attività di supporto al RUP, l'Autorità ritiene che l'occasionalità ricorra quando tale attività si sia esaurita in un arco temporale limitato[49], puntualizzando, comunque, come la stessa non possa ritenersi occasionale al cospetto di una pluralità di incarichi professionali in successione, da cui derivi, nonostante la breve durata delle singole prestazioni, un rapporto sostanzialmente continuativo e stabile con l'amministrazione[50].

Sotto il secondo profilo, è necessario che la pregressa attività professionale riguardi uno o più ambiti di competenza del settore o ufficio a cui si riferisce il successivo incarico dirigenziale esterno. In particolare, ciò accade, a giudizio dell'ANAC, allorquando in un ente locale ad uno stesso soggetto vengano affidati, dapprima,

[44] TAR Puglia, Bari, sez. I, 13 febbraio 2020, n. 237.
[45] Delibera ANAC 13 marzo 2019, n. 207.
[46] Sulla distinzione tra le due cause di inconferibilità contemplate dall'art. 4, d.lgs. n. 39/2013 (titolarità di cariche in enti privatistici finanziati dall'amministrazione e svolgimento di attività professionale in proprio per conto della stessa) v. TAR Lazio, Roma, sez. I, 15 maggio 2020, n. 5188.
[47] Art. 21, c. 2, lett. b), l. 5 marzo 2024, n. 21.
[48] Orientamento ANAC 21 ottobre 2014, n. 99.
[49] Atto del Presidente ANAC 25 ottobre 2022, n. 4264.
[50] Delibera ANAC 18 novembre 2022, n. 550.

ISSN 2036-7821

compiti di supporto al RUP e, in seguito, la responsabilità dell'ufficio o servizio tecnico[51].
Quanto, infine, al periodo di raffreddamento, mette conto ricordare che, per gli incarichi dirigenziali esterni, esso è stato recentemente ridotto dal legislatore ad un anno[52]. In ordine alle modalità di calcolo, comunque, rimangono attuali le indicazioni fornite in passato dall'ANAC[53].

5. Le conseguenze dell'accertata inconferibilità.
Come si è accennato, il RPCT è il soggetto cui è demandato il compito di contestare formalmente all'interessato l'esistenza di una situazione di inconferibilità, di procedere alla verifica della stessa e di segnalare l'eventuale violazione del d.lgs. n. 39/2013 all'ANAC, alla Corte dei conti, nonché, per i profili di sua competenza, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato[54]. Qualora, all'esito di tale accertamento, risulti il carattere effettivamente inconferibile della nomina, l'ordinamento prevede alcune conseguenze.

***5.1. La nullità dell'incarico e la sorte degli atti adottati* medio tempore.**
In particolare, la violazione della disciplina in tema di inconferibilità, come pure si è detto, viene sanzionata con la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico e del contratto che accede allo stesso. In proposito, tuttavia, è opportuno distinguere le due fattispecie di invalidità[55].
La nullità del contratto incide soltanto sul rapporto tra l'amministrazione ed il soggetto incaricato. Il problema più rilevante, a questo riguardo, attiene alla sorte della retribuzione *medio tempore* percepita e viene risolto in giurisprudenza mediante l'applicazione dell'art. 2126 c.c., a mente del quale la nullità del contratto di lavoro non ha effetto per il periodo in cui esso ha avuto esecuzione, dovendosi perciò riconoscere il diritto del lavoratore al trattamento retributivo e previdenziale relativo alle prestazioni svolte[56].
Diversamente, la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico si proietta anche nei confronti dei terzi, riverberandosi sull'attività posta in essere dal soggetto incaricato in qualità di organo dell'amministrazione. Secondo la giurisprudenza[57], a cui si è

[51] Delibera ANAC 6 ottobre 2021, n. 676.
[52] V. *retro*, nt. 45.
[53] In proposito v., in particolare, delibera ANAC 27 maggio 2020, n. 445. Per una sintesi degli orientamenti dell'Autorità, anche alla luce delle posizioni assunte dalla giurisprudenza, v. M. PETRULLI, *Periodo di raffreddamento biennale ed incarico di responsabile dell'Ufficio Tecnico comunale: le posizioni di ANAC e giurisprudenza*, in *L'Ufficio Tecnico*, 2023, fasc. 3, pp. 122-126.
[54] A. LALLI, A. MORESCHINI, M. RICCI, *L'ANAC e la disciplina dei conflitti di interessi*, Napoli, 2018, p. 11.
[55] Cfr. B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 824, nt. 21.
[56] In questo senso v. Cons. Stato, ad. plen., 8 aprile 1995, n. 7; Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2011, n. 3464.
[57] Cons. Stato, sez. V, 6 novembre 2017, n. 5092.

ISSN 2036-7821

conformata la prassi dell'ANAC[58], la vicenda deve essere sussunta nel paradigma del c.d. funzionario di fatto[59].

Tale figura, pressoché sconosciuta al diritto positivo[60], è stata coniata in sede dottrinale e giurisprudenziale con riferimento a quelle situazioni in cui un soggetto, pur non essendone legittimato, agisce in nome di un ente pubblico. Il difetto di legittimazione può essere originario, come avviene nelle di ipotesi mancanza, nullità o inefficacia dell'atto di investitura nell'ufficio, oppure sopravvenuto, come accade nel caso in cui l'atto di investitura, ancorché esistente, sia illegittimo e venga annullato in sede giurisdizionale o amministrativa[61].

In queste eventualità, la questione principale attiene alla sorte dei provvedimenti adottati dal funzionario di fatto, i quali, ragionando in termini di stretta legalità, dovrebbero ritenersi sempre e comunque invalidi. Ciononostante, dottrina e giurisprudenza si sono sforzate di elaborare soluzioni in grado di contemperare il doveroso rispetto della legalità con l'esigenza di salvaguardare la validità dell'azione amministrativa esplicata. La teoria più diffusa e seguita fa leva sul principio della tutela dell'affidamento, valorizzando l'*apparentia iuris* ingenerata dall'operato del funzionario di fatto e, su questo fondamento, riconoscendo validità ai suoi provvedimenti[62].

Al riguardo, tuttavia, si distingue a seconda che si tratti di provvedimenti favorevoli o sfavorevoli ai loro destinatari. Nel primo caso, l'opinione prevalente sostiene che i provvedimenti emanati dal funzionario di fatto possano essere validamente ascritti all'amministrazione, qualora i consociati abbiano confidato senza colpa sulla situazione apparente venutasi a creare: ove ciò si verifichi, infatti, si ritiene che l'esigenza di tutelare l'affidamento imponga di riconoscere efficacia giuridica all'operato del funzionario di fatto, sebbene egli non risulti regolarmente incardinato nell'amministrazione[63].

Sennonché, il principio della tutela dell'affidamento non può essere invocato in relazione ai provvedimenti di carattere sfavorevole, atteso che esso, mirando a proteggere i terzi in buona fede, opera a loro salvaguardia, e non già a loro discapito. In siffatta ipotesi si distingue ulteriormente a seconda che l'atto di investitura del

[58] Delibera ANAC 13 luglio 2022, n. 326.

[59] Per un inquadramento generale della figura del funzionario di fatto v. S. TERRANOVA, voce *Funzionario (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, pp. 285-288.

[60] Poche sono le ipotesi codificate di funzionario di fatto, tra cui quella più nota è l'art. 113 c.c. in tema di matrimonio celebrato innanzi ad un apparente funzionario dello stato civile.

[61] Dal funzionario di fatto deve tenersi distinto il c.d. usurpatore di funzioni pubbliche, cioè colui che, senza averne titolo, esercita potestà pubblicistiche perseguendo dolosamente finalità contrarie a quelle dell'ente pubblico cui l'attività compiuta afferisce. Oltre ad assumere rilevanza penale, integrando il reato di cui all'art. 347 c.p., gli atti compiuti dall'usurpatore di pubbliche funzioni, sotto il profilo amministrativistico, sono considerati radicalmente nulli.

[62] Cfr. M. DE PALMA, *Sulla teoria del funzionario di fatto*, in *Urb. app.*, 2000, pp. 431-432.

[63] R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 178.

ISSN 2036-7821

funzionario nell'ufficio risulti *ab inizio* mancante, nullo o inefficace oppure sia affetto da illegittimità venga annullato solo dopo l'emanazione, da parte del funzionario medesimo, del provvedimento.

Quest'ultima vicenda niente ha a che fare con la situazione di chi abbia conseguito un incarico inconferibile, ove l'atto di investitura nell'ufficio, per espressa previsione legislativa, è viziato da nullità radicale, cosicché ci si limiterà a qualche cenno per completezza del discorso: in estrema sintesi, al cospetto di una nomina che, seppur illegittima, venga annullata soltanto dopo che il provvedimento è stato emanato, tende a prevalere l'idea secondo cui si determinerebbe l'annullabilità del provvedimento stesso per incompetenza o violazione di legge, con il conseguente onere del destinatario di impugnarlo insieme all'atto di nomina[64].

Diversamente, a fronte di un difetto originario dell'atto di investitura nell'ufficio, cui è riconducibile la fattispecie dell'incarico nullo per violazione della disciplina in tema di inconferibilità, la soluzione maggiormente seguita reputa inficiati da nullità o, comunque, dalla totale inefficacia anche i provvedimenti emanati dal funzionario, poiché essi, dal punto di vista giuridico, devono essere considerati alla stregua di atti adottati da un privato che non è mai stato investito del potere di agire in nome dell'ente pubblico[65].

Applicando tali coordinate ermeneutiche, deve concludersi nel senso che i provvedimenti del soggetto a cui è stato affidato un incarico inconferibile sono validi e riferibili all'amministrazione, quando abbiano effetti favorevoli per i terzi, e devono essere invece considerati nulli o, comunque, privi di efficacia *ex tunc*, quando si tratti, invece, di provvedimenti ad effetti sfavorevoli[66].

Circa il soggetto competente a dichiarare la nullità dell'atto di conferimento dell'incarico assegnato in violazione delle disposizioni del d.lgs. n. 39/2013 e del relativo contratto, in mancanza di indicazioni da parte del legislatore, l'ANAC, in via interpretativa, ha affermato che tale competenza spetta al RPCT[67]. Tale orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza, la quale ha altresì precisato che si tratta di un potere di natura vincolata, in quanto il RPCT è tenuto ad adottare l'atto dichiarativo della nullità sulla base del mero riscontro dell'inconferibilità dell'incarico[68].

---

[64] Al riguardo, è appena il caso di ricordare come, secondo la giurisprudenza, l'illegittimità della nomina si riverberi, secondo il meccanismo dell'invalidità derivata, sul provvedimento del funzionario solo quando tra i due atti vi sia un nesso di presupposizione, che viene ravvisato soltanto se la nomina ha avuto luogo per l'adozione di uno specifico provvedimento, come accade tipicamente nell'ipotesi della commissione di concorso, ma non nel caso in cui si tratti di un organo a competenza generale. In argomento v. F. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, 3ª ed., Roma, 2021, pp. 585-588.

[65] R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 179.

[66] Cfr. A. LALLI, A. MORESCHINI, M. RICCI, *L'ANAC e la disciplina dei conflitti di interessi*, cit., p. 12.

[67] Delibera ANAC 23 novembre 2015, n. 68.

[68] Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2018, n. 165.

ISSN 2036-7821

5.2. La responsabilità dei soggetti conferenti e le misure sanzionatorie.

Alla nullità dell'incarico inconferibile, il d.lgs. n. 39/2013 riconnette ulteriori effetti, destinati a prodursi nei confronti dei soggetti responsabili.

In primo luogo, i componenti dell'organo che ha provveduto al conferimento rispondono delle conseguenze economiche dello stesso[69]. Esse consistono, più precisamente, nella responsabilità amministrativa per i danni derivanti dall'elargizione di compensi *sine titulo* al destinatario dell'incarico, essendo quest'ultimo nullo, e dai riflessi patrimoniali della nullità degli atti adottati dallo stesso, oltre al danno arrecato all'immagine dell'amministrazione[70]. Per espressa previsione legislativa, comunque, a tale responsabilità soggiacciono i soli soggetti cui possa essere effettivamente imputato l'atto di conferimento, mentre ne sono esclusi gli assenti, gli astenuti ed i dissenzienti. Dal punto di vista della procedura per attivare siffatta responsabilità, rileva lo specifico potere di segnalazione alla Corte dei conti riconosciuto in capo al RPCT e all'ANAC[71].

In secondo luogo, nei confronti dell'organo conferente è prevista un'apposita misura sanzionatoria, consistente nella inibizione, per i successivi tre mesi, a conferire incarichi[72]. Anche in questo caso, pur in mancanza di precise indicazioni legislative, la giurisprudenza ha individuato l'organo competente ad applicare la misura nel RPCT[73]. Inoltre, sempre nel silenzio della legge, l'ANAC ha escluso qualsiasi automatismo nell'irrogazione di tale sanzione ed ha ritenuto necessario che essa sia preceduta da un accertamento dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, evidenziando che. argomentando diversamente, la norma si porrebbe in contrasto con i dettami della Carta costituzionale e della CEDU[74].

Infine, un'ulteriore misura consiste nella pubblicazione obbligatoria dell'atto dichiarativo della nullità dell'incarico nel sito dell'amministrazione che ha conferito il medesimo[75].

6. Conclusioni: profili applicativi.

---

[69] Art. 18, c. 1, d.lgs. n. 39/2013.

[70] B. PONTI, *La vigilanza e le sanzioni*, cit., p. 825, nt. 28.

[71] Rispettivamente, artt. 15, c. 2, e 16, c. 2, d.lgs. n. 39/2013. In proposito v. A. LALLI, A. MORESCHINI, M. RICCI, *L'ANAC e la disciplina dei conflitti di interessi*, cit., p. 16.

[72] Art. 18, c. 2, d.lgs. n. 39/2013.

[73] TAR Lazio, Roma, sez. III, 8 giugno 2016, n. 6593.

[74] Delibera ANAC 23 settembre 2015, n. 67. Al riguardo, tuttavia, occorre precisare che, come evidenziato dalla giurisprudenza, in materia di sanzioni amministrative vige il c.d. principio di colpevolezza, secondo cui l'elemento soggettivo si presume fino a che l'interessato, nel corso del procedimento sanzionatorio o nel corso del successivo giudizio, non fornisca la prova di aver agito senza dolo o colpa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, n. 299).

[75] Art. 18, c. 5, d.lgs. n. 39/2013.

ISSN 2036-7821

Alla luce di quanto detto finora deve ritenersi che l'incarico di responsabile dell'ufficio o servizio tecnico di un comune, attribuito mediante contratto a tempo determinato in base all'art. 110, c. 1, d.lgs. n. 267/2000, sia inconferibile ai sensi dell'art. 4, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 39/2013, qualora il soggetto designato abbia svolto, in forma non occasionale, attività di supporto al RUP per conto del medesimo ente locale e non sia ancora decorso il periodo di raffreddamento. È appena il caso di soggiungere che alle medesime conclusioni dovrebbe pervenirsi qualora l'incarico avesse ad oggetto un posto non di responsabile di ufficio o servizio, ma di dirigente, sempre assegnato ai sensi del c. 1, art. 110, d.lgs. n. 267/2000.

Volgendo l'attenzione ai profili applicativi, mette conto illustrare brevemente le misure adottabili al cospetto della fattispecie in esame. Sulla base delle segnalazioni pervenute o d'ufficio, il RPCT, di regola coincidente con il segretario comunale, è tenuto ad avviare il procedimento di verifica della situazione di inconferibilità mediante formale contestazione al titolare dell'incarico, dandone comunicazione all'organo conferente, cioè al sindaco. All'esito di tale verifica, ove l'inconferibilità venga effettivamente riscontrata, il RPCT deve, con proprio provvedimento, darne atto e dichiarare nullo l'incarico, nel contempo iniziando il procedimento per l'adozione della misura sanzionatorio-inibitoria nei confronti del sindaco e segnalando la vicenda alle autorità competenti.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il diritto all'intelligenza artificiale

di Massimiliano De Luca

(Avvocato)

Sommario

1. L'uomo e l'automazione; 2. L'intelligenza artificiale moderna; 3. Pensiero naturale e pensiero artificiale; 4. L'AI Act: il primo esempio normativo in tema di intelligenza artificiale; 5. Valori e principi unificanti; 6. L'intelligenza artificiale come diritto fondamentale.

Abstract

The Author explores the historical and technological evolution of automation, starting from the first conceptions of automata in the ancient world up to modern applications of generative AI. The differences between human thinking and that of machines are analised to evaluate their implications in the legal field. The importance of identifying values and principles that can constitute unifying elements in the regulation of artificial intelligence, to be qualified as a fundamental human right, is investigated, also in light of the AI Act.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. L'uomo e l'automazione.

Aspirazione dell'uomo è da sempre quella di ergersi da creatura a creatore e in questo anelito di potenza prova a replicare sé stesso (ossia la vita, per sconfiggere la morte), utilizzando la scienza (con la quale comprende il funzionamento delle leggi naturali) e la tecnologia (per mezzo della quale realizza meccanismi in grado di svolgere operazioni per scopi e finalità ben definiti).

Per tale ragione, la creazione di automi in grado di interagire con l'uomo non è una prerogativa dell'era moderna, ma è una sfida che attraversa l'intero percorso dell'umanità.

Anche se nell'antica Grecia non esistono esempi diretti di intelligenza artificiale come la intendiamo oggi, rintracciamo l'evidenza di automi "*Non soltanto parecchi autori greci di chiara fama ma persino il filosofo Favorino, puntiglioso studioso delle cose antiche, testimonia con assoluta certezza che Archita*[1] *costruì secondo metodi meccanici un oggetto ligneo a forma di colomba e questa colomba volò. E' evidente che essa era equilibrata perfettamente grazie a contrappesi e nascondeva al suo interno la ragione del fiotto d'aria che le consentiva il volo*"[2].

Filone di Bisanzio dedica una parte del suo vasto Trattato di Meccanica in gran parte perduto, alla costruzione di automi (*Automatopoeica*). In un frammento arrivato a noi attraverso l'opera di Erone di Alessandria[3], viene descritto uno spettacolo teatrale recitato da automi. Inoltre, basandosi sull'opera di Filone è stato riprodotto un automa (esposto al Museo della Tecnologia Greca Antica, a *Katakolo Ileias*) che tiene una brocca nella mano destra e, grazie a ingranaggi nascosti, versa il vino in una coppa posta nella mano sinistra.

Ricordiamo ancora il mito di *Talos*, menzionato per la prima volta intorno al 700 a.C. da Esiodo, che offre una delle prime concezioni di robot: era un gigantesco automa di bronzo creato da Efesto che, posto a guardia di Creta, attaccava gli invasori lanciando massi oppure schiacciandoli con il suo corpo metallico a volte anche arroventato nel fuoco.

La macchina di Anticitera è un congegno meccanico datato II sec. a.C. ed è ritenuto il più antico calcolatore meccanico conosciuto.

Nel Trattato del vuoto perfetto, un testo cinese del terzo secolo avanti Cristo, viene descritto l'incontro – avvenuto nel X secolo a.C. - tra il re Mu del Regno di Zhou e l'ingegnere Yan Shin che aveva realizzato un automa antropomorfo in grado di cantare e muoversi a tempo. Il re rimase sgomento e ordinò che Yan Shin fosse giustiziato. Quest'ultimo per salvarsi disassemblò l'automa e il re poté verificare che

[1] ARCHITA DI TARANTO (prima metà del IV sec. a.C.), viene considerato l'inventore della Meccanica razionale e il fondatore della Meccanica.

[2] AULO GELLIO, *Notti Attiche*, libro X-12

[3] ERONE DI ALESSANDRIA, *Automatopoeica*, p. 18 e ss.

ISSN 2036-7821

era stato realizzato utilizzando pelle, legno, colla, lacca, e parti meccaniche che replicavano il funzionamento di tutti gli organi interni di un essere umano.
Avanti nel tempo, si dice che Gerberto d'Aurillac, eletto papa nell'anno 999 con il nome di Silvestro II, avesse una testa parlante, in grado di conversare sui più disparati argomenti di politica e di cristianità. Le risposte erano un "si" e un "no" e si basavano sul calcolo di due cifre: probabilmente è il primo esempio di codice binario.
Nel mondo arabo, Al-Jazari nel 1200 realizzò il primo automa programmabile: si trattava di una nave con 4 musicisti, in grado di realizzare almeno 50 diversi movimenti, utilizzata per l'intrattenimento degli ospiti.
Anche nella cultura ebraica (seppur solo a livello di mito) si ritrova un esempio di automa, il *Golem*, il cui significato letterale è "materia grezza" e in ebraico moderno significa proprio "*robot*".
Leonardo Da Vinci progettò un automa cavaliere e grazie ad alcuni disegni ritrovati, contenuti nel Codice Atlantico, venne ricostruito perfettamente funzionante nel 1950 da Carlo Pedretti.
Nella Francia del 1700, Jacques de Vaucanson, realizzò molti automi tra cui uno che suonava il flauto e un'anatra meccanica che dava l'illusione di nutrirsi.
Alla fine del 18° secolo, il giapponese Hisashige Tanaka costruiva robot e giocattoli automatizzati capaci di servire il te, scoccare frecce e scrivere ideogrammi.
Ovviamente, questa rapidissima escursione non vuole essere esaustiva[4], ma serve a far comprendere come la creazione di automi in grado di interagire con l'uomo non sia una prerogativa dell'era moderna, ma una sfida che attraversa l'intero percorso dell'umanità.

2. L'intelligenza artificiale moderna.

Di intelligenza artificiale nel senso con cui oggi la intendiamo si inizia a parlare a partire dagli anni '40, '50 del secolo scorso, quando si cominciò a riflettere sulla possibilità di realizzare macchine in grado di pensare e apprendere come l'essere umano.
In questo contesto, Alan Turing nel 1950 pubblicò l'articolo *Computing Machinery and Intelligence*[5], ponendo la provocatoria domanda se le macchine possono pensare. Per darvi risposta propose il c.d. test di Turing (il gioco dell'imitazione) nel quale una macchina e un essere umano forniscono risposte in forma anonima a un altro uomo che deve distinguere quale sia la risposta dell'umano e quale quella della macchina. Nel momento in cui l'uomo non riesce più a distinguere tra le risposte, allora si può affermare che la macchina è intelligente.

[4] Per un migliore approfondimento, G.P. CESERANI, *Gli automi storia e mito*, Bari, 1983.
[5] A.M. TURING, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, 1950, 59, pp. 433-460. Traduzione italiana in V. SOMENZI, R. CORDESCHI, *La filosofia degli automi. Origini dell'intelligenza artificiale*, Torino, 1986, pp. 157-183.

ISSN 2036-7821

Nel 1956 durante una conferenza al Dartmouth College, venne proposto, per la prima volta, da alcuni partecipanti (John McCarthy, Marvin Lee Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon) il termine Intelligenza Artificiale e venne istituito un nuovo campo di ricerca dedicato alla creazione di macchine intelligenti. Il principale obiettivo era quello di costruire una macchina che si comportasse in un modo che sarebbe considerato intelligente nel caso fosse tenuto da un essere umano[6].

Secondo McCarthy, *"l'intelligenza artificiale è la scienza e l'ingegneria di fare macchine intelligenti, in particolare programmi informatici intelligenti. È correlata al simile compito di usare i computer per capire l'intelligenza umana, ma l'IA non deve limitarsi a metodi che sono biologicamente osservabili"*.

Da questo momento l'Intelligenza Artificiale ha cominciato ad evolversi rapidamente, grazie al progresso delle tecnologie elettroniche che segue la legge di Moore secondo la quale, ogni 18 mesi circa, il numero di transistor in un circuito integrato raddoppia. Contemporaneamente sono diminuiti il consumo elettrico e le dimensioni dei transistor. Tutto ciò ha permesso la costante e inarrestabile crescita delle capacità computazionali sia sotto l'aspetto della velocità di calcolo che sotto quello dell'immagazzinamento dei dati, che costituiscono la base dell'apprendimento (tanto è vero che nel 2006 Clive Humby li ha definiti come il nuovo petrolio)[7]: questo sposta sempre più in avanti il limite della capacità dell'intelligenza artificiale.

Questo sviluppo, ha portato al *machine learning* che è una branca (o sottoinsieme) dell'Intelligenza Artificiale e può essere definito come l'insieme di tutte le attività in cui un computer può prendere decisioni sulla base di dati, e si incentra sullo sviluppo di modelli e algoritmi che possono essere raggruppati in tre tipologie principali: *supervised learning* (apprendimento supervisionato, che si basa su raccolte di dati etichettati), *unsupervised learning* (apprendimento non supervisionato, che si basa su raccolte di dati non etichettati) e *reinforcement learning* (apprendimento per rinforzo, che permette alla macchina di imparare dalle sue azioni precedenti e di scegliere le azioni da compiere per il conseguimento di determinati obiettivi, tramite l'interazione con l'ambiente esterno, ricevendo un feedback attraverso premi o penalità).

Ulteriore sottoinsieme, questa volta del *machine learning*, è il *deep learning* (apprendimento profondo) che non richiede necessariamente un *dataset* etichettato. Infatti, il processo di *deep learning*, attraverso l'uso di reti neurali[8] più o meno

[6] R. CORDESCHI, *The discovery of the artificial*, Dordrecht, 2002, p. 180.

[7] Reperibile in rete *https://www.theguardian.com/technology/2013/aug/23/tech-giants-data*.

[8] Le reti neurali, o reti neurali artificiali (ANN), si ispirano alla struttura del cervello umano e sono costituite da più strati (*layers*) di nodi contenenti uno o più livelli di *input*, uno o più livelli nascosti e uno strato di *output*. Ciascun nodo, o neurone artificiale, si connette a tutti quelli dello strato precedente e ha un peso e una soglia associati. Solo se l'*input* è al di sopra del valore di soglia specificato, il nodo viene attivato e invia i dati al livello successivo della rete.

ISSN 2036-7821

complesse, acquisisce dati non strutturati (come testo o immagini) e determina automaticamente l'insieme di funzioni che distinguono le diverse categorie di dati l'una dall'altra. I vantaggi evidenti sono la riduzione dell'intervento umano e l'utilizzo di grandi quantità di dati. Di reti neurali ne esistono tre tipi: le *feedforward* (le più elementari)[9], le convoluzionali (CNN)[10] e le reti neurali ricorrenti (RNN)[11].
Fin qui l'IA discriminativa.
L'IA generativa, è un sottoinsieme del *deep learning* capace di creare nuovi contenuti (testi, immagini, video, audio o codice *software*), partendo da una richiesta formulata in linguaggio naturale dall'utente. Questi modelli sono addestrati per mezzo di modelli di fondazione[12]: i più comuni sono quelli linguistici per generazione di testo (LLM), ma ci sono anche quelli che generano immagini, musica, audio, video e quelli multimodali che supportano diversi tipi di contenuti.
In fase di *training* l'algoritmo esegue e valuta un numero elevatissimo di operazioni per prevedere quale sia l'elemento successivo più probabile in una determinata sequenza, così genera nuovi contenuti riducendo al minimo la differenza tra le previsioni e il risultato corretto. I modelli di fondazione sono utilizzabili per mezzo di un'interfaccia conversazionale, oppure tramite *API* (*Application Programming Interface*).
Molti dei modelli di fondazione di IA Generativa[13] sono oggi basati sull'architettura chiamata *Transformer* (*GPT*), teorizzata per la prima volta nel 2017 da un gruppo di ricercatori di Google nell'articolo "*Attention is all you need*"[14]. Questa architettura di reti neurali è incentrata su un meccanismo di attenzione, che si focalizza su particolari elementi di una sequenza di dati. Esattamente come la mente umana, che in una frase pone la sua attenzione su elementi essenziali come sostantivi, pronomi, aggettivi, verbi, comprendendone le relazioni, allo stesso modo i

[9] Vengono utilizzate, tra l'altro, per il riconoscimento di immagini, di vocali e per l'elaborazione del linguaggio naturale.
[10] Sono progettate per elaborare dati di tipo reticolare come immagini e vocali. L'*output* delle CNN viene poi inserito in una rete *feedforward* per la classificazione o la regressione.
[11] Vengono utilizzate per problemi di previsione di sequenze, come la traduzione linguistica (*Google Translate*), il riconoscimento vocale (Siri), sono progettate per lavorare con serie di dati temporali e utilizzavano connessioni di feedback per mantenere la memoria degli *input* precedenti in base ai quali eseguono i calcoli.
[12] I *foundation model*, sono addestrati con volumi enormi di dati grezzi, non strutturati e non etichettati, tratti ad es. da internet.
[13] L'AI Generativa è il terreno dove attualmente si confrontano le Big Tech: OpenAI ha rilasciato ChatGPT, DALL·E 3, Google ha rilasciato BARD (ora Gemini) e LaMDA, Meta ha rilasciato LLaMA, Microsoft ha rilasciato Copilot, e Anthropic ha rilasciato Claude.
[14] Gli 8 coautori, tutti con pari contributo, sono Ashish Vaswani, Noam Shazeer, Niki Parmar, Jakob Uszkoreit, Llion Jones, Aidan Gomez, Lukasz Kaiser, e Illia Polosukhin.

ISSN 2036-7821

Transformers apprendono relazioni di dipendenza a lungo raggio tra le parole in una sequenza[15].
Dunque, con l'avvento dell'IA generativa si compie un ulteriore salto in avanti e le macchine passano dal "ragionare" in modo deduttivo (proprio della c.d. IA discriminativa, in grado di produrre processi di regressione e classificazione di dati) a quello induttivo che si incentra sulla creazione di nuovi contenuti, che possono essere testi, immagini, musica e video.

3. Pensiero naturale e pensiero artificiale.

Da quanto detto possiamo senz'altro affermare che l'Intelligenza Artificiale è multiforme e in continua evoluzione, proprio per questo è impossibile definirla in maniera univoca e una volta per sempre.
Quello che comunque è certo che allo stato le macchine per poter "pensare" ed "agire" hanno la necessità di avere un corpo (*hardware*), una modalità di ragionamento (algoritmi) e un insieme di nozioni (dati) da cui apprendere.
In apparenza sono le stesse caratteristiche che permettono all'essere umano di pensare e agire. Tuttavia, se il corpo e le informazioni (intese come insieme di nozioni apprese dall'esterno e ritenute) possono essere oggettivamente replicate per mano dell'uomo in una macchina, la terza caratteristica, almeno allo stato attuale, solo apparentemente può esserlo.
Il pensiero è l'attività mentale in grado di manipolare, elaborare e sviluppare le relazioni fra le informazioni codificate in memoria. Detta così, quale sarebbe la differenza tra il pensare umano e quello della macchina: nessuna. Anzi, il pensare e l'agire della macchina è molto più performante di quello dell'uomo in quanto ha una base di dati da poter analizzare per fornire una risposta (*output*) infinitamente maggiore di quella di qualsiasi essere umano.
Questo però è un approccio meccanicistico e riduttivo che non tiene conto del fatto che l'essere umano non è solo il suo pensiero e questo non è il frutto esclusivo del vaglio delle sue conoscenze. Ciò che le macchine, allo stato, non possono fare è riprodurre il procedimento mentale, proprio dell'intelligenza umana, dell'intuizione intellettuale che si sostanzia nella capacità di cogliere l'intera essenza di una cosa nella sua unitarietà, al di là dei suoi aspetti particolari e meramente esteriori[16].

[15] L'architettura *Transformer*, che all'inizio era utilizzata per il trattamento del linguaggio naturale, per la sua flessibilità d'impiego è impiegata anche per altre applicazioni e quindi è in grado di generare testo basato su immagini, o anche immagini.

[16] J.R. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 1980, vol. 3, p. 417 e ss. Secondo il filosofo americano, è privo di fondamento l'assimilare la mente ad un computer, in quanto nessun computer può "pensare" nello stesso modo degli esseri umani. Ciò in quanto la macchina, per elaborare l'informazione, non necessita di comprendere il linguaggio o altri codici simili. A supporto della sua teoria Searle presentò l'esperimento mentale della stanza cinese: un uomo che non conosce la lingua cinese si trova chiuso in una stanza e riceve dall'esterno da un cinese dei biglietti in cui sono formulate domande con ideogrammi cinesi cui deve

ISSN 2036-7821

Dunque, ciò che manca alle macchine è il senso dell'intero, ossia le interazioni che si stabiliscono nel cervello umano tra aree che non sono indipendenti e che collaborano in un sistema di relazioni articolato e complesso[17].
La distanza tra il modo di ragionare dell'uomo e quello della macchina, può essere paragonata alla distanza che c'è tra la coppia sintassi – significante (che riproduce l'aspetto esteriore), e la coppia semantica – significato (che rappresenta ciò che si vuole dire). Nel pensiero umano sono presenti entrambe le coppie, mentre in quello delle macchine (almeno sino ad oggi) c'è solo la prima.
Ed ancora, si osserva come le macchine non siano senzienti: non possono certo definirsi tali le Intelligenze Artificiali che percepiscono gli stati emotivi degli esseri umani e che, a loro volta, nel rapportarsi ad essi si esprimono manifestando, attraverso mimiche, stati emozionali compatibili con il loro interlocutore[18]. Ancora una volta è la capacità computazionale che entra in gioco, quindi gli stati emotivi sono misurabili, quantificabili, e solo riproducibili nel loro mero aspetto esteriore da parte della macchina, la quale tuttavia non ha alcuna vera senzienza intima rispetto alle emozioni.
Riguardo tale aspetto, è preoccupante come l'essere umano (soprattutto coloro che per età o per loro condizione particolare hanno una struttura psichica debole), attraverso l'apparente relazione emotiva con la macchina, possa sviluppare nei suoi confronti un legame di dipendenza affettiva: si pensi come sia concretamente possibile avere avatar addestrati con tutti i dati di una persona defunta, realizzati con le stesse fattezze antropomorfe e dotati della stessa voce e in grado di dialogare formulando pensieri in apparenza riconducibili alla persona scomparsa, o anche più semplici *chatbot*[19]. Recentemente un adolescente che trascorreva ore a interagire con

---

dare risposta scritta. L'uomo all'interno della stanza ha a disposizione un libro che permette di accoppiare i biglietti con le domande ricevute con altri biglietti sui quali sono scritte, sempre con ideogrammi cinesi, le risposte esatte che dovranno essere restituite all'esterno. Così l'uomo nella stanza potrà sostenere un colloquio con il cinese che è fuori dalla stanza, senza capire nulla di ciò che viene detto.

[17] H. MIZUTANI, M. UENO, N. ARAKAWA, H. YAMAKAWA, *Whole Brain connectomic architecture to develop general artifcial intelligence*, in *Procedia Computer Science*, 2018, vol. 123, 308 e segg. Ciò che manca e continua a mancare all'Intelligenza Artificiale, secondo le neuro scienze, è l'interazione d'insieme. Infatti, i sistemi di IA operano secondo un modello di mente modulare in cui ciascun modulo opera in maniera assai performante in relazione a un compito specifico ma non riescono ad attuare interazioni complesse con sistemi generali che si occupano di diversi compiti contemporaneamente.

[18] P. MORO, *Macchine come noi. Natura e limiti della soggettività robotica*, in (U. RUFFOLO a cura di) *Intelligenza artificiale, il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, p. 56 e segg.

[19] A dimostrazione della delicatezza del tema, l'Unione Europea con l'*IA Act* (Regolamento 2024/1689), ha preso decisa posizione inserendo nell'elenco delle pratiche di IA vietate (art. 5 lett. b ed f), quei sistemi che sfruttano la vulnerabilità di una persona fisica o di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età, alla disabilità o a una specifica situazione sociale o economica, nonché quelli che inferiscono le emozioni di una persona fisica nell'ambito del luogo di lavoro e degli istituti di istruzione.

ISSN 2036-7821

un *chatbot* e con il quale aveva sviluppato un rapporto di dipendenza emotiva si è tolto la vita.[20]

In ogni caso, l'IA pur essendo in grado di eseguire, peraltro con grande capacità ed efficienza (spesso superiori a quelle umane), compiti per raggiungere uno scopo, non ha la capacità di autodeterminarsi nell'assolvere bisogni propri (più o meno complessi), che le macchine non hanno, a differenza degli esseri umani che si servono dell'IA per raggiungere al meglio i propri scopi. Dunque, l'IA non è in grado di assegnarsi in via autonoma i fini da raggiungere, che invece sono sempre indotti e assegnati in via eteronoma dall'uomo alla macchina; quindi, i sistemi computazionali di Intelligenza Artificiale non possiedono coscienza e intenzionalità proprie.

Ad oggi si può ritenere del tutto teorico il concetto di Intelligenza Artificiale forte o Intelligenza Artificiale Generale (GAI), intesa quale capacità di apprendere, pensare e agire come gli esseri umani, mentre i sistemi di Intelligenza Artificiale debole sono progettati per svolgere compiti specifici, imitando le capacità cognitive umane in un dominio ristretto (ad oggi riconoscimento facciale, assistenti virtuali come Siri e Alexa, software di traduzione automatica, generazione di testo, immagini, audio).

Alla luce di quanto sinora detto possiamo senz'altro escludere che, allo stato, si possa prendere in considerazione la pur affascinante ipotesi che porterebbe a riconoscere alle macchine uno *status* giuridico (quello della personalità elettronica), e quindi la titolarità di diritti e doveri oltre che di un patrimonio[21].

Tale problematica, in ambito giuridico è oggetto già da tempo di attenta indagine sia per qualificare l'Intelligenza Artificiale come cosa (bene) o come persona (essere), sia per ipotizzare quali diritti (non certo tutti), doveri ed obblighi (con i connessi rischi), da attribuirle. Così, per giustificare l'attribuzione alle macchine di uno status giuridico loro proprio, si è sostenuto che potrebbe riconoscersi un'autonomia digitale

---

[20] Come riportato dal *New York Times*, la giovane vittima avrebbe instaurato un forte attaccamento emotivo con un personaggio virtuale su *Character.Ai*, una piattaforma che consente agli utenti di interagire con figure create tramite IA. Questa situazione ha provocato un profondo malessere emotivo nel ragazzo, portandolo al suicidio. Attualmente, la madre accusa la società produttrice dell'app di aver sviluppato un software pericoloso e privo di regolamentazioni adeguate, reperibile in rete *https://www.fanpage.it/esteri/innamorato-di-unintelligenza-artificiale-14enne-si-suicida-la-madre-fa-causa-allapp-pericolosa/https://www.fanpage.it/*

[21] P. LIN, *Introduction to Robot Ethics*, in P. LIN, K. ABNEY, G.A. BEKEY, *Robot Ethics:The Ethical and Social Implications of Robotics,* Cambridge (US), 2012, pp. 3 - 15; A. BENSOUSSAN, *Les robots ont-ils une personnalite?*, in *Planete Robots*, 2013, n. 19, p. .92. Il Parlamento Europeo con la Risoluzione del 16/2/2017 indirizzata alla Commissione, ha esplicitamente raccomandato "l'istituzione di uno status giuridico specifico per i robot nel lungo termine, di modo che almeno i robot autonomi più sofisticati possano essere considerati come persone elettroniche responsabili di risarcire qualsiasi danno da loro causato, nonché eventualmente il riconoscimento della personalità elettronica dei robot che prendono decisioni autonome o che interagiscono in modo indipendente con terzi". Contro tale raccomandazione del Parlamento Europeo, con una lettera aperta si sono schierati oltre 200 personalità esperte in Intelligenza Artificiale (medici, giuristi, filosofi, manager), reperibile in rete *http://www.robotics-openletter.eu*.

Tale raccomandazione non solo non ha avuto alcun seguito ma è stata superata dalla successiva normativa introdotta con l'IA Act.

ISSN 2036-7821

graduabile ai c.d. agenti software collegata alla capacità dell'algoritmo di decidere e comunicare all'esterno la propria decisione per il perseguimento di proprie finalità dell'agente elettronico, che avrebbe il potere di modificarle e di perseguirle anche adottando decisioni non prevedibili a priori dai loro programmatori: da ciò discenderebbe l'attribuzione di personalità alla macchina decidente[22].
La principale critica mossa a tale prospettazione sta nel fatto che le dichiarazioni decisionali esternate da queste macchine non sono rese nel loro interesse, ma, sempre, in quello delle persone che di queste si servono[23].

4. L'AI Act: il primo esempio normativo in tema di intelligenza artificiale.

Dunque, la sfuggevolezza nel definire cosa sia l'Intelligenza Artificiale, che dipende dalle diverse ottiche da cui si osserva il fenomeno, dalle sue multiformi manifestazioni tecnologiche e dalle rapidissime mutazioni di esso, ha posto problemi alla sua positivizzazione giuridica. Passaggio, questo, necessario e indefettibile per consentire l'utilizzo dell'intelligenza artificiale (intesa come tecnologia) in maniera giuridicamente regolata, ed evitare pericolose derive legate alle possibilità di un incontrollato sviluppo tecnologico contrastante con gli inderogabili e fondamentali valori (imperativi) etici che pongono al centro del fenomeno la tutela e lo sviluppo dell'essere umano[24].

---

[22] E. ESPOSITO, *Artificial communication? The production of contingency by algorithms*, in *Zeitschrift für Soziologie*, 2017, p. 250 e ss; G. TEUBNER, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi* (P. FEMIA a cura di), Napoli, 2019, p. 56.

[23] U. RUFFOLO, *La personalità elettronica,* in *Intelligenza artificiale, il diritto, i diritti, l'etica* (U. RUFFOLO a cura), Milano, 2020, p. 227, acutamente osserva come "*Tale rapporto uomo-macchina resta, dunque, parte del foro interno del soggetto giuridico che si affida ad un testo di comunicazione, ed alla scelta del suo contenuto, "automatizzati". Il momento volitivo del dominus è quello di dichiarare per relationem; è questa la sua scelta volontaria e di volontà (non diversamente da un antico romano che avesse – diremmo noi oggi – incaricato uno schiavo sapiente di redigergli un testo contrattuale, per poi affidarvisi senza controllarlo e senza saperlo controllare). Viene meno, così, la necessità di parlare di rappresentato umano assistito da rappresentante (ma anche da mero nuncius) digitale*".

[24] L'Aspen Institute Italia, nel suo rapporto del 2017 parafrasando Alan Turing, definisce l'IA come "*la scienza di far fare ai computers cose che richiedono intelligenza quando vengono fatte dagli esseri umani; o, più propriamente, come quel settore dell'informatica che si occupa di creare macchine intelligenti in grado di eseguire compiti e risolvere problemi nuovi, di adattarsi all'ambiente e comprenderlo, e di capire il linguaggio naturale*", in *Rapporto dell'Aspen Institute Italia, Intelligenza artificiale come nuovo fattore di crescita*, luglio 2017, p. 1. La Commissione Europea con la Comunicazione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 25 aprile 2018 ha fornito la seguente definizione di IA: "*sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi. I sistemi basati sull'IA possono consistere solo in software che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini, motori di ricerca, sistemi di riconoscimento vocale e facciale); oppure incorporare l'IA in dispositivi hardware (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma, droni, o applicazioni dell'internet delle cose)*". L'High Level Group sull'IA istituito dalla Commissione europea, ha dato questa definizione dell'IA: "*I sistemi di intelligenza artificiale (LA) sono sistemi software (e verosimilmente anche hardware) progettati da esseri umani che, dato un obiettivo complesso, agiscono all'interno di una dimensione fisica o digitale, percependo il loro ambiente attraverso l'acquisizione di dati, interpretando i dati raccolti, siano essi strutturati o non strutturati, ragionando sulla conoscenza, o elaborando le informazioni derivate da questi dati e selezionando tra tutte le azioni possibili le migliori per*

ISSN 2036-7821

Ciò detto si deve ora tenere conto del primo impianto normativo sistematico con il quale è stato disciplinato il fenomeno dell'IA, ossia il Regolamento UE 2024/1689 (c.d. *IA Act*).

L'Unione Europea ha dunque preso posizione, dichiarando, sin dall'art. 1, la volontà di promuovere la diffusione di un'Intelligenza Artificiale "*antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione*".

Da tale *incipit* letterale si coglie come il Legislatore europeo, nel riferirsi all'intelligenza artificiale, sia ben consapevole del fatto che ci si trovi difronte a mere tecnologie (quindi senza alcun aspetto di riconoscimento di loro personalità giuridica), e che non sia un fenomeno unitario: tanto è vero che nel Regolamento si parla di un'IA (da promuovere) e non dell'IA (come un fenomeno unico), evidentemente per evitare di circoscrivere la definizione a quello che ad oggi è il panorama dei sistemi di intelligenza artificiale il cui vorticoso divenire muta quotidianamente[25].

---

raggiungere l'obiettivo indicato. I sistemi di intelligenza artificiale possono utilizzare regole simboliche o apprendere un modello numerico e possono anche adattare il loro comportamento analizzando il modo in cui l'ambiente è influenzato dalle loro azioni passate", in *A definition of AI: Main capabilities and Scientific Disciplines*, 2019, p. 1. Altre significative definizioni di IA, senza pretesa di completezza si possono trovare in S. SCHMAGER, I. PAPPAS, P. VASSILAKOPOULOU, *Defining human-centered AI: A comprehensive review of hcai literature*, 2023, in rete *https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1012&context=mcis2023*. Così secondo Shneiderman *"L'HCAI si concentra sull'amplificazione, l'aumento e il miglioramento delle prestazioni umane in modo da rendere i sistemi affidabili, sicuri e degni di fiducia. Questi sistemi supportano anche l'autoefficacia umana, incoraggiano la creatività, chiariscono la responsabilità e facilitano la partecipazione sociale"*, secondo Xu *and* Xu *et alia "HCAI comprende tre componenti principali: 1) progettazione eticamente allineata, che crea soluzioni di intelligenza artificiale che evitano la discriminazione, mantenere l'equità e la giustizia e non sostituire gli esseri umani; 2) una tecnologia che riflette pienamente l'intelligenza umana, che migliora ulteriormente la tecnologia dell'intelligenza artificiale per riflettere la profondità caratterizzata dall'intelligenza umana (più simile all'intelligenza umana); e 3) progettazione dei fattori umani per garantire che le soluzioni di intelligenza artificiale siano spiegabili, comprensibili, utili e utilizzabili"*, secondo lo *Stanford Institute for Human-Centered* l'intelligenza artificiale mira a *"aumentare le capacità degli esseri umani, rispondere ai bisogni sociali e trarre ispirazione da essi"*, mentre per Riedl*: "L'intelligenza artificiale centrata sull'uomo è una prospettiva sull'intelligenza artificiale e sul ML [apprendimento automatico] che i sistemi intelligenti devono essere progettati con la consapevolezza che fanno parte di un sistema più ampio costituito da stakeholder umani, quali utenti, operatori, clienti e altre persone nelle immediate vicinanze"*. Per Auernhammer*: "L'IA centrata sull'uomo deve concentrarsi su tre prospettive integrate quando si progettano sistemi di IA: razionalistica (tecnologia), umanistica (persone) e giudiziaria (politiche)"*. Holzinger definisce l'HCAI come*: "un approccio sinergico di 'intelligenza artificiale' e 'intelligenza naturale' per potenziare, amplificare e aumentare le prestazioni umane, piuttosto che sostituire le persone. Il suo obiettivo è promuovere la robustezza degli algoritmi di intelligenza artificiale e allineare le soluzioni di intelligenza artificiale con valori umani, principi etici e requisiti legali per garantire sicurezza e protezione, consentendo un'IA affidabile"*.

[25] In particolare il considerando n. 4 del Regolamento così si esprime "*L'IA consiste in una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione che contribuisce al conseguimento di un'ampia gamma di benefici a livello economico, ambientale e sociale nell'intero spettro delle attività industriali e sociali*".

ISSN 2036-7821

L'art. 3 del Regolamento (*AI Act*) per definire l'intelligenza artificiale nel senso sopra detto, ossia come fenomeno complesso e non unitario, espressamente richiama un concetto prettamente tecnico, ossia quello di sistema, sicché l'IA è "*un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*".

Dunque, la nuova normativa pur partendo dal dato tecnologico e nascendo come strumento di armonizzazione del mercato interno (art. 114 TFUE), esalta il fenomeno legandolo indissolubilmente al principio che pone il benessere dell'uomo (con i suoi bisogni principi etici e diritti fondamentali universalmente riconosciuti) al centro del progetto di applicazione e sviluppo tecnologico, altrimenti privo di significato positivo. I numerosi richiami alla Carta dei diritti fondamentali e alla tutela di specifici diritti fondamentali accentua quel processo in atto per il quale si sta compiendo la penetrazione dei diritti fondamentali nel mercato interno.

Dunque, l'*AI Act* è un plastico esempio di quell'esigenza di passare da un'Europa dei mercati a un'Europa dei diritti, questo perché il solo riconoscimento del libero mercato e delle rispettive libertà economiche non sono più sufficienti a conferire un'identità costituzionale all'Unione Europea[26] nella quale si è affermato il concetto della c.d. autonomia strategica, apparso per la prima volta nel 2013, e divenuto importante come linea guida delle aspirazioni dell'UE a svolgere un ruolo globale[27].

La normativa europea subito dopo la sua entrata in vigore è stata oggetto di critica da parte di soggetti del mondo economico e politico che la ritengono – nel solco generale della normazione dell'UE – troppo (co)stringente nell'approccio regolamentare rispetto alle necessità del fenomeno, con l'imposizione di pratiche aziendali specifiche ex ante per evitare potenziali rischi ex post[28].

---

[26] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti,* Bari, 2012, p. 29; M. BASSINI e O. POLLICINO, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (S. ALLEGREZZA, R. MASTROIANNI, F. PAPPALARDO, O. POLLICINO, O. RAZZOLINI a cura), Milano, 2017, p. 156; G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi.it*, 2019, 6, reperibile in rete *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti - Editoriale del 20/03/2019 - Giovanni Pitruzzella.*

[27] Reperibile in rete *https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2022)733589.*

[28] Il Legislatore europeo anche per l'*AI Act* ha adottato come approccio normativo quello basato sul rischio, con l'evidente finalità di incentivare una maggiore assunzione di responsabilità (*accountability*) da parte degli attori, pubblici e privati, in merito ai potenziali effetti collaterali legati all'utilizzo di tali tecnologie e al processamento di dati personali. La modalità più tipica del *risk-based approach* prevede che la valutazione del rischio e l'individuazione delle misure di mitigazione adeguate siano condotte direttamente dai soggetti destinatari della regolazione. A tale approccio regolatorio si contrappongono quelli americano e cinese "*Da un lato, il modello americano, guidato dal dogma della concezione sacrale del Primo emendamento, che tutela la libertà di espressione, sembra costituire un limite invalicabile alla regolazione delle tecnologie digitali e, in particolare, degli attori coinvolti nella loro implementazione, ad iniziare dalle big tech. Anche se l'amministrazione Biden ha posto maggiormente l'attenzione a questi temi e alcuni Stati federati hanno anche ristretto l'utilizzo delle tecnologie biometriche da parte della polizia, tuttavia non è semplice prevedere un cambio di rotta. Dall'altro lato, il modello cinese propone un controllo pervasivo di carattere*

ISSN 2036-7821

Seguendo un approccio basato sul rischio che l'IA può rappresentare per i diritti, la sicurezza e il buon andamento del mercato unico, la nuova disciplina stabilisce una serie di obblighi in relazione a quattro differenti livelli di rischiosità dei sistemi e modelli di intelligenza artificiale: 1. rischio inaccettabile; 2. rischio alto; 3. rischio limitato; 4. rischio minimo.

Dunque, "*I sistemi di IA che determinano un rischio inaccettabile per la sicurezza e i diritti delle persone sono vietati e dovranno essere eliminati dagli Stati Membri entro sei mesi dall'entrata in vigore del Regolamento. In tale ambito rientrano i sistemi che sfruttano la vulnerabilità delle persone o tecniche deliberatamente manipolative, che consentono di attribuire un "punteggio sociale" (social scoring), classificando le persone in base al loro comportamento sociale o alle loro caratteristiche personali, i sistemi di riconoscimento delle emozioni utilizzati sul luogo di lavoro e negli istituti scolastici, eccetto per motivi medici o di sicurezza, i sistemi di categorizzazione biometrica delle persone fisiche sulla base di dati biometrici per dedurne dati sensibili, l'estrazione non mirata di immagini facciali da internet o telecamere a circuito chiuso per la creazione o l'espansione di banche dati e i sistemi di identificazione biometrica in tempo reale in spazi accessibili al pubblico (ossia il riconoscimento facciale mediante telecamere a circuito chiuso) da parte delle forze di polizia. Relativamente a quest'ultimo divieto sono previste eccezioni quando l'utilizzo dei sistemi sia mirato al contrasto di ipotesi di reato individuate dalla normativa, alla ricerca di specifiche vittime, alla prevenzione di attacchi terroristici o di minacce alla vita o all'incolumità delle persone. Il Regolamento considera ad alto rischio i sistemi di IA che possono avere un impatto "sistemico", ossia significativo sulla sicurezza delle persone o sui diritti fondamentali, come tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Prima di immettere un sistema di IA ad alto rischio sul mercato dell'UE o di farlo entrare in servizio, i fornitori dovranno dimostrare che il loro sistema è conforme ai requisiti obbligatori per un'IA affidabile in relazione a qualità dei dati, documentazione e tracciabilità, trasparenza, sorveglianza umana, accuratezza, cybersicurezza e robustezza. Il Regolamento prevede specifici obblighi di trasparenza per i sistemi che presentino un rischio limitato di manipolazione (come attraverso l'uso di chatbot). I fornitori di sistemi di IA, che generano contenuti audio, immagini, video o di testo sintetici, dovranno garantire che i risultati siano contrassegnati e rilevabili come generati o manipolati*

---

pubblicistico su tali tecnologie, come dimostrato dall'esempio del social credit system, nonché sulle imprese nazionali come Alibaba e Tencent. Tuttavia, tale sistema risulta incompatibile con i sistemi di protezione della libertà di iniziativa economica e di tutela delle libertà individuali che caratterizzano il codice genetico delle democrazie liberali. Rispetto a tali modelli, la proposta della Commissione, prima che sul piano giuridico e tecnologico, si caratterizza per una forte base culturale e valoriale: cercare una via europea all'intersezione tra tutela dei diritti e promozione di uno sviluppo sostenibile dell'intelligenza artificiale. L'idea è quella di un capitalismo digitale costituzionalmente temperato in cui proporzionalità e ragionevolezza siano le stelle polari. Si potrà certamente contestare la proposta nel merito, ma certo non si potrà dire che non vi è una visione prospettica chiara, rispetto al vuoto programmatico e alla sola attenzione ai profitti e all'accelerazione lungo i percorsi dell'innovazione, che sembra caratterizzare le esperienze dei poli geopolitici concorrenti", G. DE GREGORIO – A. POLLICINO, reperibile in rete *https://www.ilsole24ore.com/art/la-terza-via-europea-un-capitalismo-digitale-ben-temperato-AEFbPyC*.

ISSN 2036-7821

artificialmente. I sistemi di IA a rischio minimo (come videogiochi o filtri spam) saranno esenti da obblighi, ferma restando l'adesione volontaria a codici di condotta da parte dei fornitori di tali sistemi, che rappresentano la maggioranza di quelli attualmente utilizzati in UE"[29].

In Italia, il Governo, nel Consiglio dei ministri n. 78 del 23 aprile 2024, ha approvato un disegno di legge per l'introduzione di disposizioni e la delega al Governo in materia di intelligenza artificiale, in continuità con l'*AI Act*.

Proprio in ragione di ciò, il testo del disegno di legge, attualmente al Senato, all'art. 1 ribadisce e fa suo il principio antropocentrico: "*La presente legge reca principi in materia di ricerca, sperimentazione, sviluppo, adozione e applicazione di sistemi e modelli di intelligenza artificiale. Promuove un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità. Garantisce la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale. Mentre all'art. 2 definisce come sistema di intelligenza artificiale "un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali"*[30].

5. *Valori e principi unificanti*.

Momento particolarmente delicato nel dare regolamentazione normativa all'intelligenza artificiale è quello in cui vanno stabiliti i valori e i principi fondamentali ai quali attenersi. Ciò in quanto le visioni dei vari Paesi su come vadano in concreto disciplinati l'introduzione, l'uso e lo sviluppo dell'IA sono assai diverse (si pensi agli approcci dell'Europa, degli Stati Uniti e della Cina, solo per citare i maggiori attori sulla scena mondiale, cui però vanno aggiunti tutti gli altri Paesi che potrebbero assumere ulteriori differenti posizioni) in ragione di peculiari interessi socio economici, nonché dei valori fondanti i singoli ordinamenti giuridici. A ciò si aggiunga che nell'ambito della *governance* dell'intelligenza artificiale bisogna

[29] Analisi del quadro normativo in materia di Intelligenza artificiale (D.D.L. IA e Regolamento UE su IA), reperibile in rete *https://www.programmagoverno.gov.it/media/je0lo4i0/focus-ia.pdf*.

[30] Nella Relazione di accompagnamento al DDL sono espresse chiaramente sia le preoccupazioni che le opportunità connesse all'IA "*Come ogni strumento umano, l'intelligenza artificiale presenta un lato oscuro che contiene semi di ogni specie, ma anche germi di ogni vita. Ed è, perciò, cruciale individuare criteri regolatori capaci di riequilibrare il rapporto tra le opportunità che offrono le nuove tecnologie ed i rischi inevitabilmente legati al loro uso improprio, al loro sottoutilizzo e al impiego dannoso". Dopo di che viene enunciato come la finalità della normativa sia quella "… di porre al centro di ogni attività che riguardi lo sviluppo e l'utilizzo dei sistemi e dei modelli di intelligenza artificiale l'autodeterminazione umana. Porre al centro dello sviluppo e della concreta applicazione dei sistemi e dei modelli di IA il rispetto della autonomia e del potere decisionale dell'uomo consente di adottare scelte consapevoli su come delegare le decisioni ai sistemi di IA. In tutto il ciclo di vita dei sistemi e dei modelli di IA occorre che sia l'essere umano a stabilire quali decisioni prendere e come realizzare un risultato vantaggioso per la società*".

ISSN 2036-7821

confrontarsi anche con le *Big Tech*, ossia con soggetti privati che hanno forza economica superiore a molti Stati.

Detto ciò, per individuare quelli che sono i valori e i principi posti a base dell'*AI Act* (che come abbiamo detto è il primo esempio di normativa a livello mondiale), è necessario leggere in maniera coordinata il testo normativo e i suoi considerando preliminari, atteso che non sono enunciati in maniera sistematica nel testo legislativo.

Innanzi tutto, per il legislatore dell'*AI Act*, prerequisito essenziale è quello secondo cui l'intelligenza artificiale deve essere antropocentrica, e dunque la sua funzione è quella di strumento per le persone, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani.

Inoltre, il legislatore Europeo fa espresso richiamo ai diritti fondamentali sanciti dall'articolo 2 del trattato sull'Unione europea (TUE), ai diritti e alle libertà fondamentali sanciti dai trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla protezione delle persone fisiche, delle imprese, della democrazia, dello Stato di diritto, dell'ambiente, nel contempo enuncia come valori perseguiti quelli legati alla promozione dell'innovazione e all'occupazione quali che sono i valori dell'Unione, la diffusione di un'intelligenza artificiale affidabile nel rispetto di un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza, la protezione delle persone fisiche, delle imprese, della democrazia e dello Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, la protezione dei dati, dei consumatori, promuovendo nel contempo l'innovazione e l'occupazione.

Il legislatore dell'*AI Act* è stato certamente influenzato dal documento predisposto dall'*High Level Group* sull'IA istituito dalla Commissione europea e reso pubblico il 8 aprile 2019, "*Orientamenti Etici per un'IA affidabile*", nel quale si enunciava "*un approccio all'etica dell'IA basato sui diritti fondamentali sanciti dai trattati UE, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dal diritto internazionale in materia di diritti umani. Il rispetto dei diritti fondamentali, nel quadro della democrazia e dello Stato di diritto, costituisce la base più incoraggiante per individuare principi e valori etici astratti che possono essere resi operativi nei sistemi di IA*"[31]. Inoltre, nel predetto documento vengono individuati una serie di principi – valori, per l'elaborazione di un'IA coerente, affidabile e antropocentrica, in linea con la Carta e con i valori su cui si fonda l'Unione: ossia intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, vita privata e *governance* dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale e responsabilità -.

Per espandere al massimo la forza normativa dell'*AI Act* e dei valori e principi fondamentali su cui si fonda, il legislatore Europeo ha utilizzato l'approccio regolatorio globale (c.d. "Effetto Bruxelles"), così ribadendo il suo ruolo di leadership mondiale nel dettare e nell'imporre come modello i suoi principi e le sue regole: ciò,

[31] Reperibile in rete *https://promositalia.camcom.it/kdocs/1984514/ethicsguidelinesfortrustworthyai-itpdf-1.pdf*

ISSN 2036-7821

sia grazie all'importanza e all'attrattività del mercato europeo per le aziende straniere, che alla riconosciuta competenza nel predisporre norme precise e dettagliate facili da emulare da altri Paesi meno qualificati nell'attività di produzione normativa[32].

Dunque, il legislatore dell'AI Act, per garantire in tutta l'Unione condizioni di parità e una efficace protezione di diritti e delle libertà delle persone, ne dispone l'applicazione anche ai fornitori di sistemi e ai *deployers* che siano stabiliti o ubicati in un paese esterno all'UE quando immettano modelli di intelligenza artificiale nel mercato europeo, e anche quando l'output generato dal sistema sia destinato ad essere utilizzato nell'Unione. Inoltre, l'AI Act si applica agli importatori e distributori di IA e ai fabbricanti che immettono sul mercato o mettono in servizio con il loro nome o marchio un sistema di intelligenza artificiale unitamente al loro prodotto[33].

Inoltre, per espandere la base dei soggetti che condividono principi e valori in tema di intelligenza artificiale, il 5 settembre 2024, è stata aperta alla firma la Convenzione quadro sull'IA adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 17 maggio 2024.

Tra i firmatari iniziali vi sono il Regno Unito, gli Stati Uniti, Israele, Islanda e Norvegia

Questo Trattato rappresenta il primo accordo internazionale giuridicamente vincolante in materia di IA ed è volto a garantire il rispetto delle norme giuridiche in materia di diritti umani, democrazia e Stato di diritto nell'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale.

In particolare il Trattato individua quattro principi fondamentali a cui i firmatari debbono attenersi per la regolamentazione dell'uso dell'intelligenza artificiale: il primo, è il rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali; il secondo, prevede che i sistemi di IA siano equi e non discriminatori; il terzo, prevede che i Governi e le

[32] A. BRADFORD, *Effetto Bruxelles. Come l'Unione Europea regola il mondo*, Milano, 2021.

[33] Nel considerando n. 21 all'AI Act si legge "*Al fine di garantire condizioni di parità e una protezione efficace dei diritti e delle libertà delle persone in tutta l'Unione, è opportuno che le regole stabilite dal presente regolamento si applichino ai fornitori di sistemi di IA in modo non discriminatorio, a prescindere dal fatto che siano stabiliti nell'Unione o in un paese terzo, e ai deployer dei sistemi di IA stabiliti nell'Unione*". Nel successivo considerando n. 22, si specifica ulteriormente che "*Alla luce della loro natura di sistemi digitali, è opportuno che determinati sistemi di IA rientrino nell'ambito di applicazione del presente regolamento anche quando non sono immessi sul mercato, né messi in servizio, né utilizzati nell'Unione. È il caso, ad esempio, di un operatore stabilito nell'Unione che appalta alcuni servizi a un operatore stabilito in un paese terzo in relazione a un'attività che deve essere svolta da un sistema di IA che sarebbe classificato ad alto rischio. In tali circostanze il sistema di IA utilizzato dall'operatore in un paese terzo potrebbe trattare dati raccolti nell'Unione e da lì trasferiti nel rispetto della legge, e fornire all'operatore appaltante nell'Unione l'output di tale sistema di IA risultante da tale trattamento, senza che tale sistema di IA sia immesso sul mercato, messo in servizio o utilizzato nell'Unione. Al fine di impedire l'elusione del presente regolamento e di garantire una protezione efficace delle persone fisiche che si trovano nell'Unione, è opportuno che il presente regolamento si applichi anche ai fornitori e ai deployer di sistemi di IA stabiliti in un paese terzo, nella misura in cui l'output prodotto da tali sistemi è destinato a essere utilizzato nell'Unione*".

ISSN 2036-7821

aziende adottino misure per evitare che le diseguaglianze aumentino; il quarto, attiene alla responsabilità e trasparenza nell'adozione dei sistemi di IA.
Nonostante l'apprezzabilità dello sforzo fatto, si deve evidenziare come i predetti principi restino astratti e non si traducano in specifiche norme operative. Sicchè, nonostante la Convenzione promuova valori universali come il rispetto dei diritti umani e della democrazia, la sua attuazione pratica rischia di essere lasciata alla discrezione degli Stati, con il pericolo di interpretazioni divergenti.
La realtà è che per governare in maniera utile e corretta il fenomeno dell'intelligenza artificiale (la cui forza dirompente ad oggi non è neppure quantificabile), dovrà esserci, tra il maggiori numero di soggetti, la più ampia condivisione a livello globale[34] di pochi principi fondamentali unificanti, tra i quali - senza dubbio – quello tra tutti più significativo è la centralità dell'essere umano che persegue il raggiungimento del suo pieno sviluppo, ovviamente non come singolo ma nella sua dimensione sociale e solidaristica, che normalmente trova la sua declinazione negli ordinamenti giuridici con il riconoscimento di una serie di diritti fondamentali.
Tuttavia, tali diritti per il fatto di essere molteplici e di avere declinazioni concrete differenti sia in ragione del mutare dei tempi che delle forme di stato e di governo nelle quali si inseriscono, non assolvono all'esigenza di individuare quella base minimale sulla quale fondare un consenso il più condiviso possibile tra i vari soggetti interessati al processo di *governance*, rispetto all'utilizzo dell'intelligenza artificiale.
Lo sforzo, allora, è nel senso di cercare al di là dei singoli diritti, uno o più principi unificanti che soddisfino l'esigenza di preservare la centralità dell'essere umano.
In questa ricerca, è interessante la posizione di coloro che hanno indagato il diritto alla felicità come diritto universale, il quale, a sua volta, è espressione di un coacervo di altri diritti fondamentali che fermi nel loro nucleo essenziale non sono però statici e si evolvono adattandosi al mutare dei contesti[35].

---

[34] I soggetti da coinvolgere in questo processo non sono solo gli Stati secondo quelle che sono le regole del diritto internazionale, ma proprio perché il fenomeno dell'intelligenza artificiale è trainato e indirizzato dagli enormi investimenti economici di soggetti privati (le c.d. *Big Tech*, che hanno bilanci più alti del PIL di molte nazioni), il dialogo e la condivisione sui principi etici dovranno essere condivisi responsabilmente anche da questi.

[35] "Come è noto, la Costituzione italiana sancisce all'art. 2: "*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*". La giurisprudenza della Corte costituzionale non ha mai chiarito *ex professo* se tale disposizione costituisca una clausola "chiusa", nel qual caso essa si porrebbe quale norma di principio sostanziata unicamente dal rinvio ai successivi singoli diritti nominati dalla Costituzione, ovvero debba intendersi quale clausola "aperta", tramite cui si consentirebbe l'enucleazione di "nuovi diritti", quelli provenienti dai bisogni storicamente emergenti nel progresso e nell' evoluzione della coscienza sociale. Rimane comunque per fermo che la Corte, qualora sia chiamata in un giudizio di legittimità costituzionale ad esaminare l'ambito di applicazione di una libertà fondamentale ad una determinata fattispecie, non può omettere di considerare se il profilo del parametro di costituzionalità evocato - esemplificando, il principio di eguaglianza (art. 3) o il principio di libertà personale (art. 13) - introduca un nuovo aspetto di un principio fondamentale, suscettibile o meno di autonoma considerazione e di autonoma garanzia giurisdizionale;

ISSN 2036-7821

Felicità, che non è unica e immutabile e, soprattutto, nell'ambito di cui trattiamo, non può identificarsi solo ed esclusivamente con quella personale del singolo essere umano (che spesso la persegue a scapito di quella degli altri), ma va posta in relazione, attraverso il principio di solidarietà, con quella altrui: la sintesi di ciò consente di raggiungere a livello generale la felicità collettiva (sociale).

Dunque, tornano oggi i principi illuministici e in particolare il pensiero di Gaetano Filangieri[36] che influenzò anche la Costituzione americana[37]: sicchè, la ricerca della felicità nazionale, è il fine vero di ogni governo, che lo consegue non genericamente ma come somma di felicità dei singoli individui.

Sul piano strettamente giuridico la felicità è qualificata come un interesse e non come un vero e proprio diritto, che tuttavia è pervasivo e trasversale rispetto agli altri diritti costituzionali considerati nel loro complesso. La felicità opera, quindi, a favore di altri diritti costituzionalmente garantiti, soprattutto di quelli fondamentali, divenendo il necessario presupposto e fondamento per il loro conseguimento, ciò al fine di dare il più ampio e pieno sviluppo alla personalità umana, sempre coniugato indissolubilmente ai doveri di solidarietà politica, sociale ed economica.

Nella nostra Carta costituzionale il diritto alla felicità non è esplicitamente enunciato, tuttavia si è fatta strada una prospettazione che valorizza il suo riconoscimento implicito, anche a prescindere dal richiamo all'interpretazione sistematica analogico agli artt. 2 e 3[38], da cui ha avuto origine una proposta di legge costituzionale per

---

con ciò si allude all'enucleazione di quei nuovi diritti, quali il diritto alla privacy, il diritto all'ambiente, il diritto alla tutela da manipolazioni genetiche etc., caratterizzanti la tipica società moderna, in perenne evoluzione.

Occorre quindi tenere presente che i diritti inviolabili, siano essi esplicitamente previsti o desunti per implicito dalla Costituzione, rappresentano una vera e propria manifestazione del "principio personalistico": tale principio invita ad una considerazione del soggetto non quale monade isolata e avulsa dal "mondo", bensì appunto come "persona", tale proprio in quei rapporti sociali di relazione che soli la sostanziano. È solo in tal modo che, d'altronde, prende corpo la realtà della moderna espansione ai principi fondamentali enunciati in Costituzione", *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Relazione predisposta in occasione dell'incontro della delegazione della Corte Costituzionale con il Tribunale costituzionale della Repubblica di Polonia, Varsavia 30-31 marzo 2006, reperibile in rete *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU185_principi.pdf* .

[36] G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione, Edizione Critica diretta da Vincenzo Ferrone, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo G. Stiffoni*, Venezia, 2003, vol. I, 172.

[37] Nella Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 luglio 1776 si afferma "*Noi riteniamo che sono per se stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità; che per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi che derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati; che ogni qualvolta una qualsiasi forma di governo tende a negare questi fini, il popolo ha diritto di mutarla o abolirla e di istituire un nuovo governo fondato su tali principi e di organizzarne i poteri nella forma che sembri al popolo meglio atta a procurare la sua Sicurezza e la sua Felicità*".

[38] "*Se il diritto costituzionale alla felicita può essere dedotto sulla base di canoni classici impiegati per l'interpretazione della costituzione, nondimeno necessitano ulteriori considerazioni onde cercare di dissipare dubbi e perplessità che possano ingenerarsi sulla configurazione di detto diritto. Più esattamente possono sorgere riserve sulla plausibilità di un diritto indeterminato, quale quello in oggetto, e quindi resistenze ad accettare la riconduzione della felicita ad una pretesa di ordine*

ISSN 2036-7821

l'introduzione nella Costituzione, attraverso la modifica dell'art. 3, del diritto alla felicità[39]. L'approccio che rintraccia l'interesse alla felicità in un piano differente rispetto alle singole carte costituzionali, consente di superare la stretta contingenza nazionale e permette la sua applicazione generale a tutti quei contesti ordinamentali in cui il diritto (interesse) in questione non è previsto positivamente[40].
Da tenere in conto anche un approccio alternativo, che condivide con quello precedente il criterio di base, ossia l'esistenza di un elemento unificante e preesistente ai diritti fondamentali, i quali, senza di esso, non avrebbero senso: questo elemento è la dignità umana[41].

---

costituzionale", G. GEMMA, *Esiste un diritto costituzionale alla felicità?*, in *Anuario da facultade de dereito da Universidade da Coruña*, 2008, 12, p. 525, reperibile in rete *https://core.ac.uk/download/pdf/61901355.pdf*.

[39] È stata presentata alla Camera dei Deputati, il 23 dicembre 2019, la proposta di legge costituzionale C. 2321 rubricata "*Modifica dell'articolo 3 della Costituzione in materia di riconoscimento del diritto alla felicità*". La proposta costituzionale in questione, all'articolo uno, prevede unicamente la modifica dell'articolo 3 della Costituzione, sostituendo il dettato attuale con la seguente disposizione: "*Art. 3. – Tutti i cittadini hanno diritto di essere felici, hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno godimento del diritto alla felicità, lo sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*".

Critica rispetto a tale proposta è la posizione chi ne sottolinea la sua marginalità politica, la non necessarietà al fine di migliorare il testo costituzionale che anzi ne sarebbe inutilmente deturpato, L. PASSARINI, *Il diritto alla felicità ha rilevanza costituzionale? Una proposta di revisione costituzionale per introdurre il diritto alla felicità*, reperibile in rete *http://www.salvisjuribus.it/il-diritto-alla-felicita-ha-rilevanza-costituzionale/*.

Passarini, a sua volta, richiama il pensiero di un altro Autore, secondo il quale "*il dibattito sulla revisione costituzionale è legato a quello sulla crisi della Costituzione come atto normativo. Al di là della retorica distinzione tra prima e seconda parte della Costituzione (retorica, assodata l'idea che l'intangibilità attiene ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, a prescindere dalla loro collocazione topografica nella Costituzione; nonché l'idea che inviolabilità dei principi non significa assoluta irrivedibilità, essendo legittima la modifica in melius), i tentativi di riforma costituzionale si sono rivolti quasi sempre alle disposizioni relative all'organizzazione dello Stato*", V. MARCENO', *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019, p. 16.

[40] "*Un primo sforzo comune verso l'internazionalizzazione del diritto alla felicità è offerto dalla risoluzione ONU A/RES/66/281, emanata il 28 giugno 2012 dall'Assemblea Generale la quale, riconoscendo la ricerca dell'eudaimonia "scopo fondamentale dell'umanità", ha proclamato il 20 marzo Giornata Internazionale della Felicità. In occasione di questa ricorrenza, l'ONU pubblica annualmente il World Happiness Report in cui, tra l'altro, sviluppa un focus su felicità e ambiente, inteso sia nell'accezione ecologica del termine sia in quella sociale, utilizzando parametri quali il welfare, l'aspettativa di vita, la libertà, la cooperazione. Non c'è dubbio che tali parametri richiedano la disponibilità di risorse sociali; viene quindi superata la filosofia dell'individualismo a favore della promozione di una cultura fondata sul solidarismo: l'obbligo di fornire prestazioni individuali per l'appagamento degli altrui bisogni e, conseguentemente, la felicità di tutti*". Così, D. CESARINI, *Il diritto al perseguimento della felicità Tra costituzionalismo e solidarismo*, reperibile in rete *https://sanoma.it/articolo/aree-disciplinari/diritto-economia/area-giuridico-economica/proposte-didattiche/diritto-perseguimento-felicita*.

[41] P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003; M. OLAIZOLA, *Human Dignity: a Normative Justification for Human Rights*, 2012, reperibile in rete *http://www.eir.info/2012/06/27/human-dignity-a-normative-justification-for-human-rights/*; A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, reperibile in rete *http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0056_ruggeri.pdf*.

ISSN 2036-7821

Secondo i sostenitori di questa teoria, è la dignità dell'essere umano a costituire il principio fondante dei diritti umani, in quanto è il raccordo tra i diritti fondamentali.
Quindi, il concetto di dignità è identificato come il fondamento dei fondamenti, ossia è il principio logico ed ontologico che giustifica la tutela dei diritti fondamentali presenti nelle costituzioni moderne. Sicchè, dalla metà del ventesimo secolo, il concetto di dignità umana ha assunto una connotazione giuridica. Tuttavia, non sempre essa è giunta ad essere qualificata come diritto, comunque anche quando viene considerata come mero valore ha un peso giuridico nell'ambito del bilanciamento con altri interessi giuridicamente rilevanti. La ragione per cui la dignità occupa un posto centrale nel sistema giuridico è rappresentata dal fatto che risponde ad una istanza morale. Infatti, essa opera quale vincolo morale sulle azioni degli individui e delle istituzioni[42].
Infine, merita attenzione la prospettiva di chi (sotto il profilo dell'etica), dopo aver premesso che un gran numero di organizzazioni hanno cercato di individuare quelli che sono i principi etici a presidio dell'adozione di un'IA socialmente vantaggiosa, enuclea i 47 principi espressi nelle sei iniziative di più alto profilo a livello internazionale[43], e li riconduce a 5 principi unificanti che ne costituiscono la convergenza comparata.
Tali principi sono: 1. la Beneficienza (ossia, la promozione del benessere delle persone e del pianeta nell'ottica della sostenibilità); 2. la Non Maleficienza (ossia, la valutazione delle conseguenze negative derivanti dall'uso improprio o improprio dell'IA); 3. l'Autonomia (ossia, il potere di decidere quali decisioni finali assumere deve sempre essere riservato agli esseri umani); 4. la Giustizia (ossia, nell'assumere decisioni si deve promuovere la prosperità, preservare la solidarietà ed evitare l'iniquità); 5. L'Esplicabilità (è il principio che completa gli altri 4 e ne permette la concreta applicazione, attraverso l'intelligibilità del come agisce l'IA e del chi ne è responsabile sia eticamente che legalmente)[44].
Dunque, i valori unificanti possono essere ravvisati nella centralità dell'essere umano nella sua dimensione sociale per il perseguimento del bene collettivo secondo il principio di solidarietà.

Addirittura se ne parla come principio "supercostituzionale", A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime annotazioni)*, in *Politica e Diritto*, 1991, p. 344; L. CHIEFFI, *Dignità umana e sviluppi del principio personalista. Brevi note introduttive*, in *Rassegna di diritto europeo*, 2013, 1, p. 6.

[42] Per una ricostruzione attentissima e assai approfondita si veda la tesi di dottorato di F. DAL MONTE, 2018, *La Tutela dei Diritti Fondamentali e l'Applicazione del Diritto della Concorrenza nel Mercato Digitale*, reperibile in rete *http://dspace.unive.it/handle/10579/12904*.

[43] I principi di Asilomar (2017), la Dichiarazione di Montreal (2017), la seconda versione di *Ethical Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Wellbeing with Autonomous and Intelligent Sistems* (2017), la Dichiarazione su Intelligenza artificiale, robotica e sistemi autonomi elaborata dall'HLGE(2018), il Rapporto del Comitato per l'intelligenza artificiale della Camera dei Lord del Regno Unito (2018), I Principi elaborati dalla *Partnership on Artificial Intelligence to Benefit People and Society* (2018).

[44] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2024, p. 91 e ss.

ISSN 2036-7821

6. L'intelligenza artificiale come diritto fondamentale.

Il fenomeno tecnologico dell'IA è in grado di essere pervasivo e trasversale all'intero svolgersi delle attività umane e questo si riverbera ovviamente in maniera parallela nel mondo del diritto. In particolare su quelli che sono i principi/diritti fondamentali che permettono la più ampia realizzazione dell'essere umano nel senso sopra detto, nel contesto di quelle che sono definite società dell'informazione e società della conoscenza.

I due concetti (informazione e conoscenza) solo apparentemente sono sovrapponibili: infatti, mentre la conoscenza può essere informazione, non tutte le informazioni trasmesse sono conoscenza. Basti pensare al fenomeno, sempre più diffuso, della manipolazione strumentale delle informazioni che impedisce la conoscenza. Quindi, l'informazione per poter essere un vero valore deve essere corretta e posta a disposizione del maggior numero possibile di individui (considerato che solo in una visione utopistica la conoscenza sia resa disponibile a tutti), in maniera che si possa decidere in maniera pienamente informata sulle decisioni da adottare in merito all'utilizzo o meno dell'IA per il bene sociale.

È assai significativo che il Legislatore dell'*AI Act*, seppur nell'ambito dell'emanazione di un Regolamento (la cui base giuridica di competenza è negli artt. 114 che e 16 TFUE), come si è già detto, abbia sentito l'esigenza di dare applicazione e tutela di dettaglio ai diritti e ai valori fondamentali dell'UE di cui all'art. 2 del TUE.

Questa esigenza rientra nel più ampio quadro dell'Unione Europea che riguarda la trasformazione digitale, tanto è vero che nel 2023 il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione hanno proclamato la dichiarazione comune sui diritti digitali e sui principi per il decennio digitale. In tale documento, dopo aver fatto richiamo ai valori fondamentali dell'Unione e sul fatto che essa si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, si afferma che il percorso per attuare la trasformazione digitale deve innanzi tutto porre le persone al centro della trasformazione digitale, sostenere la solidarietà e l'inclusione, e comprendere la sovranità digitale, il rispetto dei diritti fondamentali, lo Stato di diritto e la democrazia, l'inclusione, l'accessibilità, l'uguaglianza, la sostenibilità, la resilienza, la sicurezza, il miglioramento della qualità della vita, la disponibilità di servizi e il rispetto dei diritti e delle aspirazioni di tutti. Inoltre, vi è l'indicazione espressa che la Dichiarazione serva a orientare non solo i responsabili politici ma costituisca punto di riferimento anche per le imprese e gli altri soggetti (PMI e Start-up comprese) coinvolti nello sviluppo e nella diffusione di nuove tecnologie, nella gestione del processo di trasformazione digitale[45].

[45] Reperibile in rete *eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022DC0028*.

ISSN 2036-7821

Nella coscienza sociale, in conseguenza dello sviluppo tecnologico, si manifestano nuovi diritti fondamentali, che seppur manchino di un positivo riconoscimento normativo, hanno una forte matrice costituzionale che li riconduce all'interno della Costituzione, con il compito per l'interprete di farli emergere[46].
Su questo tema, ricordiamo anche il pensiero di Stefano Rodotà il quale cercò di rafforzare e garantire a tutti, attraverso l'idea della Carta dei diritti di Internet, la possibilità di accedere e fruire appieno della rete come spazio di libertà[47].
Dunque, il diritto all'accesso a Internet, che può essere ricondotto nel novero dei diritti umani fondamentali, è strumento per l'esercizio di altri diritti e libertà costituzionali volti a garantire il pieno sviluppo della persona umana[48].
Anche l'intelligenza artificiale, come fenomeno tecnologico globale, pervasivo e trasversale rispetto a quelli che sono i diritti fondamentali dell'uomo e i principi da cui discendono, può essere qualificata (nel suo complesso) come un'infrastruttura, nel momento in cui viene "*disegnata e utilizzata per il progresso del bene sociale*"[49].
Sicché, date tali premesse si può considerare l'esistenza del diritto all'intelligenza artificiale che va considerato - al pari del diritto di accesso a Internet - come un diritto sociale o una pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche[50].

---

[46] T. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista telematica giuridica dell'AIC*, 2011, n. 1, pp. 2 e 3, per il quale, l'opera dell'interprete consiste in "*Un esercizio ermeneutico in virtù del quale si applicano i tradizionali diritti di libertà costituzionali ai fenomeni della tecnologia informatica. Quindi, rileggere la libertà di informazione, come diritto a essere informati oltreché a informare, la libertà di comunicazione, la libertà di associazione, la libertà di riunione, la libertà di iniziativa economica privata, e le libertà politiche, alla luce degli sviluppi della tecnologia informatica, al fine così di individuare le forme di tutela delle nuove situazioni giuridiche soggettive*".

[47] S. RODOTÀ, *Una Costituzione per Internet?*, in *Politica del diritto*, 2010, 3, secondo cui "*La prospettiva di una Dichiarazione dei diritti di Internet ha appunto la funzione di costruire, con modalità diverse da quelle del passato, le regole costituzionali indispensabili perché la Rete possa mantenere il suo carattere di luogo di libertà e democrazia, il più grande spazio pubblico che l'umanità abbia conosciuto*".

[48] T. FROSINI, *Il diritto costituzionale cit.*, pp. 9 e 10; R. PISA, *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, reperibile in rete *www.treccani.it/Portale/sito/diritto/approfondimenti/2_Pisa_internet.html.*

[49] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza cit.*, p. 226.

[50] T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale op. ult. cit.*, pp. 8 - 9. L'Autore afferma come, rispetto ad Internet, ci si trovi dinanzi a "*Un servizio universale, che le istituzioni nazionali devono garantire ai loro cittadini attraverso investimenti statali, politiche sociali ed educative, scelte di spesa pubblica. Infatti: sempre di più l'accesso alla rete Internet, e lo svolgimento su di essa di attività, costituisce il modo con il quale il soggetto si relaziona con i pubblici poteri, e quindi esercita i suoi diritti di cittadinanza. Come è stato detto, «lo sviluppo di Internet e la crescita dell'esigenza della trasparenza [amministrativa] rappresentano, nelle società occidentali, due fenomeni concomitanti». Oggi la cittadinanza è digitale. Significativo, sul punto, è quanto previsto dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), approvato con D. lgs. n. 82 del 2005, che individua una sorta di statuto del cittadino digitale (sia per le persone fisiche che giuridiche) e che si basa sul diritto di pretendere dai pubblici uffici l'interazione in modalità digitale, al quale corrisponde l'obbligo dell'amministrazione di adeguarsi sotto il profilo tecnico e organizzativo per soddisfare la pretesa dell'utente. Tra le varie norme, si segnalano qui quella sul diritto al procedimento amministrativo informatico (art. 4), il diritto di effettuare pagamenti elettronici con le amministrazioni centrali (art. 5), il diritto di comunicazione tramite posta elettronica (art. 6), il diritto alla qualità dei servizi in termini di informazione e comunicazione tecnologiche (art. 7). E' chiaro che questo nuovo modo di intendere il rapporto cittadino e amministrazione in termini di una nuova cittadinanza digitale, deve trovare una sua piena alfabetizzazione informatica, quale diritto sociale di cui la Repubblica deve assicurare a tutti la fruizione, e in particolare il diritto all'istruzione e il diritto allo sviluppo culturale informatico, ritenuto dalla Corte costituzionale «corrispondente a finalità di*

ISSN 2036-7821

Per estendere al massimo tale diritto e renderlo fruibile nel senso indicato, è necessario che vengano promosse azioni, volte da un lato al potenziamento delle infrastrutture, nell'ottica di ridurre al minimo il *digital divide* che impedisce l'accesso a questa fondamentale risorsa, dall'altro a favorire l'alfabetizzazione della popolazione, per consentire lo sviluppo e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale per il bene sociale[51].

Tutto ciò, passa dall'avere a disposizione un'intelligenza artificiale che abbia come suo momento centrale e indefettibile quello dell'autonomia e del potere decisionale dell'uomo nell'assumere determinazioni finalizzate alla realizzazione di risultati vantaggiosi per i singoli e per la società. Tali determinazioni debbono basarsi sull'agire consapevole e responsabile, rispetto ad un'intelligenza artificiale affidabile e sostenibile.

interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 Cost.)»".

[51] Su questo tema si deve sottolineare come l'*AI Act* preveda espressamente all'art. 4 il dovere di alfabetizzazione in capo ai fornitori e ai *deployers* di sistemi di intelligenza artificiale, puntandolo soprattutto sul loro personale e su chi per loro conto si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi. Il Disegno di legge italiano, dedica ancora maggior spazio al tema e indica al Governo, nell'ambito dei principi e criteri direttivi cui attenersi nell'esercizio del potere legislativo delegato, la previsione di percorsi di alfabetizzazione e formazione in materia di utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, sia in generale che per i professionisti e gli operatori dello specifico settore, il potenziamento, nei percorsi scolastici, dello sviluppo di competenze scientifiche, tecnologiche, ingegneristiche e matematiche legate alle discipline STEM, e nei corsi universitari e di istruzione superiore attività formative per la comprensione tecnica e l'utilizzo consapevole anche sotto il profilo giuridico delle tecnologie, anche con riferimento ai sistemi di intelligenza artificiale così come definiti dalla disciplina europea, nonché per la corretta interpretazione della produzione di tali sistemi in termini di previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Disciplina sui servizi digitali erogati dai fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi e ruolo della Commissione europea

di Alessandro Chiappini

(Dottore di ricerca in diritto ed economia presso l'Università LUISS Guido Carli)

Sommario

1. Introduzione; 2. Oggetto ed ambito di applicazione del Regolamento europeo; 3. Obblighi a carico dei fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi; 4. Competenze e poteri della Commissione europea e diritti delle parti; 5. Conclusioni.

Abstract

The so-called digital service act was presented by the European Commission on 15 December 2020 as part of the package relating to the Digital Services Act together with the Digital Market Act, as announced in the communication of 19 February 2020 entitled "Shaping Europe's digital future" and in accordance with the strategy for the digital single market in Europe outlined in the communication of 6 May 2015. In the context of digital constitutionalism, the Regulation represents an expression of the digital sovereignty of the European Union which attempts to democratise the network by limiting the excessive power of platforms as private censors. After having identified the object and scope of application of the Regulation applicable from 17 February 2024, this contribution, after identifying the providers of platforms (infra VLOP) and very large online search engines (infra VLOSE), analyses the respective obligations characterised by an early application to 25 August 2023, also investigating the corresponding competence and powers of the European Commission.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il cosiddetto *digital service act* è stato presentato dalla Commissione europea il 15 dicembre 2020 nell'ambito del pacchetto relativo alla legge sui servizi digitali insieme al *digital market act*[1], come preannunciato dalla comunicazione del 19 febbraio 2020 intitolata "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*" ed in conformità con la strategia per il mercato unico digitale in Europa delineata dalla comunicazione del 6 maggio 2015[2].

Nell'ambito del filone del costituzionalismo digitale[3], il Regolamento rappresenta espressione della sovranità digitale dell'Unione europea che tenta la democratizzazione della rete limitando lo strapotere delle piattaforme quali censori privati[4].

Dopo aver rilevato l'oggetto e l'ambito di applicazione del Regolamento applicabile dal 17 febbraio 2024, il presente contributo, previa individuazione dei fornitori di piattaforme (*infra* VLOP) e motori di ricerca *on line* di dimensioni molto grandi (*infra* VLOSE), analizza i rispettivi obblighi caratterizzati da un'applicazione anticipata al

---

[1] Sul *digital market act* si veda il dossier n. 52 del 18 maggio 2021 dell'ufficio rapporti con l'Unione europea della Camera dei deputati; sull'argomento si confronti anche A. DE STREEL, P. LAROUCHE, *The European Digital Markets Act proposal: How to improve a regulatory revolution*, in "Concurrences", 2021, n. 2, p. 46-63.

[2] La proposta della Commissione europea, che era stata anticipata da tre risoluzioni del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 (P9_TA(2020)0272; P9_TA(2020)0273 e P9_TA(2020)0274), è confluita nel regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (*infra* Regolamento), pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea del 27 ottobre 2022 ed entrato in vigore il 16 novembre 2022. Al riguardo, si veda G. M. RUOTOLO, *Le proposte di disciplina di digital services e digital markets della Commissione del 15 dicembre 2020*, in DPCE on line, 2020, p. 5419 ss.; L. WOOD, *Overview of Digital Services Act*, in EU Law Analysis, 16 dicembre 2020; BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *The Digital Services Act Proposal - BEUC position paper*, 2021; F. ERIXON, *"Too Big to Care" or "Too Big to Share": The Digital Services Act and the Consequences of Reforming Intermediary Liability Rules*, ECIPE Policy Brief n. 5/2021; G. CAGGIANO, *La proposta di Digital Service Act per la regolazione dei servizi e delle piattaforme online nel diritto dell'Unione europea*, in I Post di AISDUE, III (2021), aisdue.eu, Focus "Servizi e piattaforme digitali", n. 1, 18 febbraio 2021; V. GOLUNOVA, *The Digital Services Act and Freedom of Expression: Triumph or Failure?*, 8 marzo 2021; A. SAVIN, *The EU Digital Services Act: Towards a More Responsible Internet*, Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 21-04; S. F. SCHWEMER, *Digital Services Act: A Reform of the e-Commerce Directive and Much More*, prepared for A Savin, Research Handbook on EU Internet Law, october 2022, p. 1 ss..

[3] Così L. GILL, D. REDEKE, U. GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Center Research Publication No. 2015-15, 2015, che definivano il costituzionalismo digitale "*una costellazione di iniziative che hanno provato ad articolare un insieme di diritti politici, norme di governance, e limitazioni all'esercizio del potere su Internet*". Si veda più di recente E. CELESTE, *Digital constitutionalism: a new systematic theorisation*, in International Review of Law, Computers & Technology, 2019, p. 81. In relazione a tale approccio da parte dell'Unione europea G. DE GREGORIO, *The rise of digital constitutionalism in the European Union*, in International Journal of Constitutional Law, 2020, vol. 19, issue 1, p. 41 ss.; dello stesso autore G. DE GREGORIO, *The Digital Services Act: A Paradigmatic Example of European Digital Constitutionalism*, in Diritti Comparati, 17 maggio 2021; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Il Digital Markets Act e il ruolo dell'Unione Europea verso un costituzionalismo digitale*, in Giurisprudenza costituzionale, 2022, 1867 ss..

[4] Con riferimento alla sovranità digitale si veda tra gli altri M. Mueller, *Will the Internet Fragment? Sovereignty, Globalization, and Cyberspace*, Polity Press, 2017; European Parliament, *Digital sovereignty for Europe*, luglio 2020.

ISSN 2036-7821

25 agosto 2023, indagando altresì la corrispondente competenza ed i poteri della Commissione europea.

2. *Oggetto ed ambito di applicazione del regolamento europeo.*

In base all'articolo 3 del Regolamento, s'intende per "*servizio della società dell'informazione*" un servizio quale definito all'articolo 1, paragrafo 1, lettera b), della direttiva (UE) 2015/1535, che considera tale "*qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario*"[5].

Ebbene, il Regolamento in esame si applica ai prestatori di "*determinati*" servizi della società dell'informazione (Considerando 5); nello specifico, l'ambito di applicazione è costituito dai seguenti "*servizi intermediari*" (articoli 2 e 3):

- un servizio di semplice trasporto (*mere conduit*) diretto a trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni provenienti da un destinatario del servizio o a fornire accesso ad una rete di comunicazione[6];
- un servizio di memorizzazione temporanea (*caching*) diretto a trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni provenienti dal destinatario del servizio, che implica la memorizzazione automatica, intermedia e temporanea delle stesse con l'obiettivo di maggior efficienza nel successivo inoltro ad altri destinatari su loro richiesta[7];
- un servizio di memorizzazione di informazioni (*hosting*) diretto a memorizzare informazioni fornite da un destinatario del servizio su richiesta dello stesso (c. d. *user generated content*)[8].

Ai fini dell'applicabilità del Regolamento, è necessario un collegamento sostanziale del prestatore di servizi intermediari con l'Unione europea[9]; sulla base di tale premessa, l'ambito di applicazione è costituito dai servizi intermediari offerti a destinatari il cui luogo di stabilimento si trova nell'Unione o che sono ubicati nell'Unione, indipendentemente dal luogo di stabilimento dei prestatori di tali servizi

[5] Il riferimento è in particolare alla direttiva (UE) 2015/1535 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 settembre 2015, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

[6] Il Considerando 29 considera i punti di interscambio internet, i punti di accesso senza fili, le reti private virtuali, i risolutori e servizi di sistema dei nomi di dominio (*Domain Name System*), i registri dei nomi di dominio di primo livello, i *registrar*, le autorità di certificazione che rilasciano certificati digitali, il *Voice over Internet Protocol* (IP) e altri servizi di comunicazione interpersonale (servizi di posta elettronica e messaggistica basati sul web).

[7] Il Considerando 29 include la fornitura di reti per la diffusione di contenuti, *proxy* inversi o *proxy* di adattamento dei contenuti.

[8] Il Considerando 29 menziona categorie di servizi quali nuvola informatica (*cloud computing*), memorizzazione di informazioni di siti web (*web hosting*), servizi di referenziazione a pagamento o servizi che consentono la condivisione di informazioni e contenuti *on line*, compresa la condivisione e memorizzazione di file.

[9] Il Considerando 8 ritiene che il collegamento sostanziale con l'Unione europea sussista quando il prestatore di servizi intermediari è stabilito nel territorio europeo.

ISSN 2036-7821

intermediari (articolo 2, paragrafo 1)[10]. Per destinatario del servizio s'intende "*qualsiasi persona fisica o giuridica che utilizza un servizio intermediario, in particolare per ricercare informazioni o renderle accessibili*" (articolo 3), ritenendo tali gli utenti commerciali, i consumatori e gli altri utenti (Considerando 2).

Dopo aver inquadrato i servizi rilevanti, si rammenta che sono passati oltre venti anni dalla direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (*infra* direttiva 2000/31/CE)[11].

E' utile sottolineare che nelle ultime decadi, anche a causa della trasformazione digitale, i predetti servizi costituiscono una componente significativa dell'economia dell'Unione europea e della vita quotidiana dei cittadini, generando nuovi rischi che i singoli Stati membri contrastano in modo divergente (Considerando 1 e 2) come emerge dal caso *Cambridge Analytica*[12].

Secondo i principi generali enunciati dal Trattato dell'Unione europea (*infra* TUE), nei settori che non sono di competenza esclusiva l'Unione europea interviene, sulla base del principio di sussidiarietà, laddove gli Stati membri non siano in grado di conseguire in modo sufficiente l'obiettivo (articolo 5 TUE).

---

[10] Per A. MICHINELLI, *Digital Services Act: questioni tecnico-giuridiche ancora aperte sulla sua applicazione*, in Cybersecurity 360, 7 novembre 2022, l'obiettivo è "*Creare uno spazio digitale più sicuro in cui siano tutelati i diritti fondamentali di tutti gli utenti dei servizi digitali, oltre a creare condizioni di parità per promuovere l'innovazione, la crescita e la competitività, sia nel mercato unico europeo che a livello mondiale. A livello mondiale perché – similmente a quanto già tentato con il GDPR – si vuole ambire sia a regolamentare soggetti extra-UE/SEE sulla base del criterio dell'offerta di servizi a destinatari/utenti ubicati nel territorio dell'Unione, sia a innalzare uno standard per analoghe iniziative estere (c.d. "Brussels effect"). Stessa visione sposata con il testo del discusso AI Act*".

[11] Si veda L. ROZENFELDOVA, P. SOKOL, *Liability regime of online platforms new approaches and perspectives*, in T. PETRASEVIC, D. DUIC, A. NOVOKMET. (eds.), EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol. 3, 2019, p. 871; A. DE STREEL, M. HUSOVEC, *The E-commerce Directive as the Cornerstone of the Internal Market - Assessment and options for reform*, Study requested by the European Parliament's committee on Internal Market and Consumer Protection, maggio 2020; in particolare, G. MORGESE, *Proposta di digital service act e rimozione dei contenuti illegali online*, in Verso una legislazione europea sui mercati e servizi digitali, a cura di G. CAGGIANO, G. CONTALDI, P. MANZINI, 2021, evidenzia i limiti della vigente direttiva 2000/31/CE che, in primo luogo, non definisce gli aspetti sostanziali e procedurali delle misure di rimozione e disabilitazione con conseguente frammentazione delle discipline statali; in secondo luogo, si è affidata all'autoregolamentazione degli *hosting providers* la moderazione dei contenuti; infine, la disciplina europea non delinea obblighi di trasparenza e diligenza dei prestatori intermediari né poteri di controllo delle autorità europee e nazionali sulla relativa attività.

[12] In generale sulle conseguenze dell'evoluzione tecnologica in ambito regolatorio e garanzia dei diritti, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, 1997; V. ZENO ZENCOVICH, *Informatica ed evoluzione del diritto*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, n. 1, 2003; T.E. FROSINI, *Tecnologie e libertà costituzionali*, in Diritto dell'informazione e dell'informatica, n. 3, 2003, 487 ss.; P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le sue conseguenze*, in Rassegna parlamentare, n. 4, 2012, 811 ss.; M. AINIS, *Democrazia digitale*, in Rassegna parlamentare, n. 2, 2013; M. BASSINI, *Internet e libertà di espressione*, 2019; M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie. Una mappa del dibattito italiano*, in Revista Estudos Institucionales, vol. 6, n. 2, 395-430, maio/ago 2020; G. E. VIGEVANI, *Piattaforme digitali private, potere pubblico e libertà di espressione*, in Diritto Costituzionale, n. 1, 2023, 41 ss..

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, ex articolo 26, paragrafo 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (*infra* TFUE) "*2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*"; al fine di realizzare il predetto obiettivo, il successivo articolo 114 dispone che il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno. Il Regolamento in esame evita pertanto la frammentazione del mercato interno attraverso l'adozione di norme armonizzate sull'esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, su specifici obblighi in materia di *due diligence* e sull'attuazione ed esecuzione[13]; l'obiettivo è un funzionamento corretto del mercato interno dei servizi intermediari che garantisca un ambiente *on line* sicuro, prevedibile ed affidabile in cui il contenuto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (*infra* Carta) sia effettivamente tutelato (articolo 1 e Considerando 9)[14].

In conformità con il menzionato TUE (articolo 5), il Regolamento disciplina la materia, nel rispetto del principio di proporzionalità, nei limiti di quanto necessario allo scopo (Considerando 155)[15]. In questo senso, sebbene non applicabile alle VLOP designate di cui si dirà nel prosieguo, il Regolamento esclude da alcuni obblighi le microimprese e le piccole imprese quali definite nella raccomandazione 2003/361/CE

---

[13] Sugli obblighi di *due diligence* si veda M. HUSOVEC, I. ROCHE LAGUNA, *Digital Services Act: A Short Primer*, July 5, 2022 in M. HUSOVEC, I. ROCHE LAGUNA (eds.), Principles of the Digital Services Act, Oxford University Press, 2023, in https://ssrn.com/abstract=4153796 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4153796. Per G. ABALDO, *Una prospettiva di regolamentazione degli ISP attraverso il Digital Service Act*, in MediaLaws.eu, 3 febbraio 2022, un sistema di *due diligence* è gia` previsto nel GDPR, riferendosi in particolare al *risk assessment*.

[14] P. BILYANA; O. TUOMAS, *Fundamental Rights Protection Online – The Future Regulation of Intermediaries*, 2020; M. BETZU, *I baroni del digitale*, Napoli, 2022, 22; G. ALPA, *La legge sui servizi digitali e la legge sui mercati digitali,* in Contratto e Impr., 2022, 1, richiama a monte del Regolamento la menzionata comunicazione della Commissione europea intitolata "*Plasmare il futuro digitale dell'Europa*" in base alla quale "*la Commissione non intende rallentare lo sviluppo tecnologico del continente, ma adeguarlo ai valori fondanti l'Unione. Si tratta, ancora una volta, della definizione del modello europeo di economia sociale di mercato in cui la libertà economica è temperata dalla protezione dei diritti fondamentali dei cittadini*". In proposito, R.BUCCA, M.SABATINI, *Digital Services Act, la Ue a una svolta: cosa cambia per utenti, aziende e big tech*, in Agenda Digitale, 19 maggio 2022, affermano che "*l'era del "Too Big to Care" ("troppo grande per preoccuparsene") stia assumendo gradualmente i colori rossastri del tramonto*"; in effetti, l'intenzione del legislatore europeo è la protezione del cittadino nel cyberspazio ed un rapporto equo ed equilibrato tra utente e piattaforme con regole che "*secondo Ursula von der Leyen, garantiranno che "ciò che è illegale offline sarà effettivamente illegale online nell'Ue" ai fini della tutela dei diritti fondamentali degli utenti*".

[15] S. BRASCHI, *Il nuovo regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli internet service provider?*, in Dir. Pen. e Processo, 2023, 3, ritiene che il Regolamento segua un principio di proporzione affermando che "*il legislatore europeo mira, in altri termini, ad evitare che l'obiettivo perseguito dall'Unione, di creare un ambiente digitale rispettoso dei diritti e del principio di dignità personale, sia realizzato tramite l'imposizione di sacrifici insostenibili per i singoli operatori*".

ISSN 2036-7821

(articoli 15, 19 e 29)[16]. Al contempo, il Regolamento disciplina l'intensità degli obblighi in base alla categoria di prestatore di servizio intermediario e alla dimensione, imponendo la massima regolazione per le VLOP e i VLOSE[17].

Con specifico riferimento all'esenzione dalla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, questi ultimi non sono in generale responsabili delle informazioni trasmesse o memorizzate (articoli 4, 5 e 6), sancendo la disciplina europea l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza (articolo 8)[18].

In effetti, i destinatari del servizio dovrebbero essere ritenuti responsabili dei contenuti illegali diffusi attraverso i servizi intermediari, laddove per contenuto illegale si intende "*qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto;*" (articolo 3)[19]; in questo senso, i terzi interessati dai

[16] M. BROADBENT, *The Digital Services Act, the Digital Markets Act, and the New Competition Tool*, in Center for strategic and international studies, November 20 2021, p. 8, available at: https://www.csis.org/analysis/digital-services-act-digital-markets-act-and-new-competition-tool, afferma che "*regarding the DSA section, supporters note its potential to create legal certainty and deepen the European internal market while making liability and consumer-protection requirements more robust. Other voices have raised concerns over where the burden of liability and safety will fall and worry that illegal content would migrate to smaller, less regulated platforms*".

[17] In questo senso G. RUOTOLO, *Le proposte europee di riforma della responsabilità dei fornitori di servizi su Internet*, in Rivista italiana di informatica e diritto, fasc. 1/2022, p. 19.

[18] L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc. 4, 2023, precisa che "*Il Digital Services Act ed il Digital Market Act seguono ad una fase nel corso della quale l'Unione Europea ha tentato, tenendo fermo l'impianto normativo della direttiva e-commerce, di responsabilizzare maggiormente gli Internet service providers attraverso l'elaborazione di strumenti di Soft Law*". In tal senso, la Commissione europea era inizialmente intervenuta mediante la raccomandazione (UE) 2018/334 del 1° marzo 2018, atto non vincolante che invitava gli *hosting providers* ad intraprendere misure per contrastare i contenuti illegali, che aveva trovato parziale attuazione attraverso differenziate condizioni generali di servizio. B. MAZZOLAI, *Hate speech e comportamenti d'odio in rete. Casapound vs Facebook: atto III* 1, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc. 2, 2023, specifica che il *digital service act* costituisce "*il punto di arrivo del quadro regolatorio europeo che negli anni è oscillato tra un sistema di autoregolazione cd. di "soft law" e un modello di co-regolamentazione*" sulla base di codici di condotta adottati relativamente ai fenomeni dell'*hate speech online* e della disinformazione rispettivamente nel 2016 e nel 2018; in particolare, l'autore afferma che il legislatore europeo è intervenuto attraverso uno strumento normativo vincolante di *hard law* che delinea, tra l'altro, un sistema di "*procedimentalizzazione*" dell'attività di moderazione dei contenuti.

[19] Soccorre, in proposito, il Considerando 12 secondo cui a titolo esemplificativo rientrano nella categoria i discorsi d'odio (*hate speech*), i contenuti terroristici e discriminatori, la vendita di prodotti non conformi o contraffatti e l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore. Al riguardo, A. NICITA, *Le piattaforme online tra moderazione e autoregolazione: verso il Digital Services Act*, in Medialaws.eu, 25 novembre 2020, afferma che "*la stessa definizione di 'contenuto illegale', e la certezza giuridica della stessa e del suo grado di enforcement, variano in funzione del tipo di contenuto: dal copyright all'hate speech, dal cyberbullismo alla disinformazione, da contenuti violenti all'online advertising ingannevole*"; M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 2/2021, p. 14 ss., ritiene che si "*dovrà tener conto di un corpus normativo assai vasto di livello tanto europeo quanto nazionale, cosa che può rivelarsi piuttosto complicata, se si considera [...] la natura transfrontaliera dell'attività di gran parte degli intermediari digitali*".

ISSN 2036-7821

contenuti illegali dovrebbero rivalersi sui destinatari piuttosto che sui prestatori di servizi intermediari (*hosting exemption*)(Considerando 27)[20].

Ad ogni modo, qualora i prestatori di servizi intermediari siano effettivamente a conoscenza di contenuti illegali o non appena ne vengano a conoscenza non agiscano immediatamente per la rimozione o la disabilitazione dell'accesso, la disciplina europea configura un'apposita responsabilità (articolo 6)[21]; al riguardo, il prestatore dei servizi intermediari può tra l'altro acquisire tale conoscenza o consapevolezza circa i contenuti illegali tramite indagini volontarie di propria iniziativa *ex* articolo 7 o le segnalazioni di cui all'articolo 16 (Considerando 22).

Se il meccanismo di segnalazione sarà analizzato più avanti, sulle indagini volontarie il legislatore europeo prevede una disciplina apparentemente favorevole per i prestatori di servizi intermediari affermando che "*non sono considerati inammissibili all'esenzione dalla responsabilità prevista agli articoli 4, 5 e 6 per il solo fatto di svolgere, in buona fede e in modo diligente, indagini volontarie di propria iniziativa*" (c. d. clausola del buon samaritano)[22]. In proposito, sebbene emerga l'intendimento del legislatore europeo di esonerare da responsabilità il prestatore di servizi intermediari che svolga indagini di propria iniziativa (c. d. *safe harbour*), è comunque ravvisabile un duplice rischio derivante sia dalla potenziale conoscenza di contenuti illegali a seguito delle indagini volontarie che dall'applicazione di concetti come la buona fede e la diligenza; tali circostanze potrebbero disincentivare i prestatori di servizi

[20] B. SAETTA, *Entra in vigore il Digital Services Act, la principale normativa europea che regolamenta il mondo digitale*, in Valigia blu, 15 gennaio 2023, afferma che "*È significativo, comunque, che il DSA prenda atto che il problema dei contenuti illegali non è risolvibile scaricando l'onere solo sulle piattaforme [...] In sostanza un diffamato dovrebbe, se possibile, prendersela con diffamante e non con la piattaforma.*". Al riguardo G. FINOCCHIARO, *Digital Services Act: la ridefinizione della limitata responsabilità del provider e il ruolo dell'anonimato*, in MediaLaws.eu, 12 gennaio 2021, ritiene che "*è il momento giusto per chiedersi se non sia possibile anche rafforzare un'ulteriore responsabilità, quella del soggetto che agisce sul web attraverso il provider, ossia [...] quella del soggetto che l'illecito compie [...]*", ritenendo che "*la soluzione migliore non sia quella di prevedere un divieto di anonimato, soluzione che sarebbe impercorribile per moltissime ragioni sia di natura etica che normativa, ma di prevedere, in taluni casi, un doppio livello, ossia un anonimato nei confronti del pubblico e un "non anonimato" – una personalizzazione, una responsabilità – nei confronti del provider, di modo che il soggetto che commette l'illecito sia identificabile, quantomeno se si soddisfano determinate condizioni normativamente poste attraverso il provider*".

[21] O. RAFFAELLI, *La tutela del marchio nel metaverso*, in Rivista di Diritto Industriale, fasc.4-5-6, 2022, dopo aver affermato che il *digital services act* aggiorna la disciplina della direttiva 2000/31/CE, configura gli intermediari di servizi di *marketplace* di *Non Fungible Token* quali prestatori di servizi di *hosting* obbligati "*alla tempestiva rimozione dei contenuti illegali (quali ad esempio gli NFT prodotti in pregiudizio ai diritti di proprietà industriale altrui) ovvero alla immediata disabilitazione dell'accesso ai medesimi, non appena ne vengano a conoscenza attraverso l'espletamento di indagini volontarie o le segnalazioni degli utenti lesi*".

[22] Per A. LA ROSA, M. G. MAZZILLI, *DSA: La Protezione europea del "buon samaritano" e il regime di safe harbour*, in Studio Previti.it, 11 marzo 2022, le azioni del buon samaritano "*devono essere intraprese su base volontaria, a seguito di indagini autonomamente svolte dagli intermediari di servizi online e che, dunque, non sono rese obbligatorie da ordini ricevuti dall'autorità giudiziaria e/o amministrativa, ma che potrebbero essere sollecitate da notifiche/segnalazioni dei titolari dei diritti lesi*".

ISSN 2036-7821

intermediari allo svolgimento di indagini volontarie o qualora effettuate incentivare gli stessi a rimuovere i contenuti dubbi[23].
Rimane ferma la possibilità di azioni inibitorie nei confronti dei prestatori di servizi intermediari, attraverso gli ordini di contrasto dei contenuti illegali emessi dalle autorità giudiziarie o amministrative nazionali (articoli 4, 5 e 6, ultimo paragrafo e articolo 9)[24].
Per concludere sull'argomento, si fa presente che il Regolamento da un lato sopprime i corrispondenti articoli da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE, dall'altro afferma che i riferimenti ai predetti articoli si intendono fatti rispettivamente agli articoli 4, 5, 6 e 8 del Regolamento (articolo 89)[25].

3. Obblighi a carico dei fornitori di piattaforme e motori di ricerca on line di dimensioni molto grandi.

[23] J. BARATA, *Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*, in Center for Democracy & Technology, 29 luglio 2020; A. KUCZERAWY, *The Good Samaritan that wasn't: voluntary monitoring under the (draft) Digital Services Act*, in Verfassungblog, 1 gennaio 2021, secondo cui "*voluntary monitoring could be tricky, as it could lead to awareness of facts or circumstances from which an illegal activity or information is apparent, and therefore to obtaining constructive knowledge [...] As a result, voluntary monitoring could lead to loss of the liability exemption for hosting providers*". G. VASINO, *Censura "privata" e contrasto all'hate speech nell'era delle Internet Platforms*, in Federalismi, 8 febbraio 2023, paventa "*un blocco sistematico dei contenuti sospetti*".

[24] Premesso che l'ordine deve contenere, tra le altre cose, la base giuridica a norma del diritto dell'Unione o nazionale, la motivazione circa l'illegalità dei contenuti e i meccanismi di ricorso utilizzabili, localizzando al contempo i contenuti illegali (*Uniform Resource Locator*), i prestatori di di servizi intermediari informano poi l'autorità ed il destinatario del servizio del seguito dato all'ordine (articolo 9). M. ALOVISIO, *Rimozione delle recensioni false su Google: accolto il ricorso di un ristoratore di Genova*, in Diritto & Giustizia, fasc. 206, 2022, p. 5, commenta la sentenza del Tribunale di Genova del 2 agosto 2022 in cui a seguito di un ricorso cautelare *ex* art. 700 c.p.c. di un ristorante, il giudice emetteva il 6 giugno 2022 un decreto *inaudita altera parte* con cui ordinava a Google di rendere inaccessibili le recensioni denunciate come false e di ripristinare il punteggio assegnato antecedentemente alla pubblicazione dei commenti. Dopo che Google provvedeva alla rimozione delle false recensioni, il giudice ha dichiarato cessata la materia del contendere e ha condannato Google al pagamento delle spese processuali a favore di parte ricorrente. Per quanto riguarda il profilo della conoscenza legale dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, Google era stato destinatario di una segnalazione sulle recensioni false e diffamatorie e aveva omesso la cancellazione dei contenuti, nonostante secondo il giudice, usando l'ordinaria diligenza, avrebbe potuto facilmente riconoscere la falsità delle recensioni e avrebbe potuto provvedere quindi autonomamente alla loro eliminazione.

[25] In proposito, R. NIRO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ricostruttive*, in Osservatorio sulle fonti, n. 3/2021, in: http://www.osservatoriosullefonti.it, secondo cui le previsioni regolamentari "*non sostituiscono, ma innovano, in parte, la disciplina già racchiusa nella Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, riproducendo, per altri versi, le norme ivi contenute (in specie agli artt. 12-15), relative alla responsabilità dei prestatori di servizi intermediari, come interpretate dalla Corte di giustizia*".

Oltre alla citata direttiva sul commercio elettronico, si rammenta che il Regolamento non pregiudica l'applicazione delle altre normative settoriali europee, con particolare riferimento ai servizi di media audiovisivi, al diritto d'autore, alla protezione dei dati personali, al c. d. regolamento (UE) 2019/1150 (*platform to business* P2B) ecc. (articolo 2). Con riferimento a quest'ultimo regolamento europeo si veda F. FOLTRAN, *Professionisti, consumatori e piattaforme online: la tutela delle parti deboli nei nuovi equilibri negoziali*, in MediaLaws.eu, 2019, n. 3, pp. 162-176.

ISSN 2036-7821

Prima di effettuare una disamina degli specifici obblighi europei, dopo aver delimitato l'ambito di applicazione del Regolamento ai prestatori di servizi intermediari è necessario inquadrare la specifica categoria dei VLOP eVLOSE.

Alla luce della definizione europea (articolo 3), con il termine piattaforma *on line* s'intende "*un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento;*"[26]. Si tratta, pertanto, come rimarcato dal Considerando 13, di una sottocategoria dei prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni, rientrando nella fattispecie sia le reti sociali (*social network*) che le piattaforme che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali.

Per motore di ricerca (*search engine*) *on line* si considera "*un servizio intermediario che consente all'utente di formulare domande al fine di effettuare ricerche, in linea di principio, su tutti i siti web, o su tutti i siti web in una lingua particolare, sulla base di un'interrogazione su qualsiasi tema sotto forma di parola chiave, richiesta vocale, frase o di altro input, e che restituisce i risultati in qualsiasi formato in cui possono essere trovate le informazioni relative al contenuto richiesto*" (articolo 3).

Fatte le dovute premesse definitorie, l'indagine rivolge lo sguardo alle VLOP e ai VLOSE che, a causa del loro significativo raggio d'azione, comportano rischi sistemici con effetti potenzialmente sproporzionati sull'Unione europea (Considerando 75 e 76); tale significativo raggio d'azione sussisterebbe quando le piattaforme e i motori di ricerca *on line* raggiungono una quota pari al 10% della popolazione dell'Unione europea (Considerando 76). Per questa ragione, il Regolamento attribuisce obblighi supplementari alle piattaforme e motori di ricerca *on line* che "*hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione pari o superiore a 45 milioni*"[27] e che sono designati VLOP e VLOSE con decisione della

[26] La risoluzione del Parlamento europeo del 15 giugno 2017 sulle piattaforme *on line* e il mercato unico digitale (2016/2276(INI), sottolineava la difficoltà di una definizione unitaria "*a causa di fattori quali la grande varietà di tipi delle piattaforme online esistenti e dei loro settori di attività nonché del mondo digitale in rapido cambiamento*". Al riguardo, S.RUDOHRADSKÁ -D.TREŠČÁKOVÁ, *Proposals for the digital markets act and digital services act: broader considerations in context of online platforms*, in EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), 5/2021, p. 495 ss., dopo aver affermato che le piattaforme possono essere classificate secondo differenti prospettive, precisa che "*according to the criterion of target persons, referring to OECD sources, prof. Bejček divides platforms into connecting peers (P2P), traders with traders (B2B), or consumer with traders (B2C). According to the functionality, we can divide platforms to the so-called search engines (GoogleSearch, TripAdvisor), electronic online markets (Amazon, Booking.com, eBay), common economic networks in a shared or interconnecting economy (Uber, Airbnb), social networks (LinkedIn, Instagram, Facebook), or app stores (Apple´s App Store, Google Play)*".

[27] Al fine di determinare se le piattaforme e i motori di ricerca *on line* soddisfino il requisito numerico per la designazione a VLOP e VLOSE (Considerando 65), i medesimi soggetti sono tenuti a pubblicare entro il 17

ISSN 2036-7821

Commissione europea (articolo 33)[28]. Ebbene, nel caso delle piattaforme *on line* per destinatari attivi si intendono "*tutti i destinatari che effettivamente ricorrono al servizio almeno una volta in un determinato periodo di tempo*" (Considerando 77). Nell'ipotesi, invece, dei motori di ricerca, i destinatari attivi sono "*coloro che visualizzano informazioni sulla loro interfaccia online*" (Considerando 78).

Delimitato il perimetro soggettivo rilevante per l'analisi, è utile sottolineare che gli obblighi a carico della categoria descritta sono supplementari rispetto agli altri; in effetti, il Regolamento precisa che "*se i servizi offerti da un prestatore sono contemplati da diverse sezioni del presente regolamento, le pertinenti disposizioni del presente regolamento dovrebbero applicarsi solo in relazione ai servizi che rientrano nel loro ambito di applicazione*" (Considerando 15).

Pertanto, premesso che i soggetti obbligati sono in un rapporto di genere a specie, le VLOP e i VLOSE applicano, oltre agli obblighi esclusivi della relativa categoria (Capo III, Sezione 5), anche gli obblighi previsti per i prestatori di servizi intermediari (Sezione 1), per i prestatori di servizi di memorizzazione (Sezione 2) e per i fornitori di piattaforme *on line* (Sezione 3) anche quando consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali (Sezione 4)[29].

Infine, il Regolamento dispone alcuni obblighi a contenuto variabile a seconda della categoria di appartenenza, prevedendo la massima estensione per le VLOP e i VLOSE.

Prestatori di servizi intermediari (*Internet service providers*)

---

febbraio 2023 e di seguito almeno ogni sei mesi il numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell'Unione europea, comunicando, su richiesta, le medesime informazioni al DSC del luogo di stabilimento e alla Commissione europea (articolo 24, paragrafi 2 e 3). Al riguardo, in attuazione del Regolamento, in data 8 marzo 2024 l'AGCOM pubblicava un avviso in cui richiedeva ai prestatori di piattaforme *on line* e di motori di ricerca *on line* stabiliti in Italia di comunicare il numero medio mensile di destinatari attivi del servizio. Secondo A. F. FERRARIS, *In vigore il Digital Service Act: Innovazione, Sicurezza e Trasparenza UE*, in Altalex, 19 febbraio 2024, la "d*isposizione è finalizzata non soltanto all'identificazione delle piattaforme di ampia dimensione, ma anche al monitoraggio dell'andamento del mercato dei servizi intermedi, consentendo così alla Commissione Europea di ottenere una visione sempre aggiornata dello stesso*".

[28] In relazione alla designazione di cui all'articolo 33, paragrafo 4, del Regolamento, la Commissione europea ha effettuato 24 designazioni esprimendosi in data 25 aprile 2023, 20 dicembre 2023, 26 aprile 2024 e 31 maggio 2024. Secondo il dettato regolamentare (articolo 33, paragrafo 6), la Commissione europea pubblica (ed aggiorna) l'elenco delle VLOP e dei VLOSE nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Considerato che era prevista un'applicazione anticipata alle VLOP e ai VLOSE designate dalla Commissione europea a decorrere da quattro mesi dalla relativa notifica qualora anteriore al 17 febbraio 2024, il Regolamento è stato applicabile dal 25 agosto 2023 alle piattaforme designate in data 25 aprile 2023.

[29] A. L. RUM, *Le nuove frontiere della normativa sui servizi digitali nel mercato unico europeo: si rafforza la protezione dei diritti fondamentali degli utenti online con la garanzia pubblicistica delle Authorities. Il Digital Services Act.*, in Il diritto amministrativo, marzo 2024, afferma che viene messo a punto un articolato sistema di obblighi differenziati e asimmetrici a seconda della categoria di servizi di intermediazione e anche in funzione della dimensione dell'operatore digitale.

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, tutti i prestatori di servizi intermediari dovranno designare punti di contatto unici raggiungibili per via elettronica sia per la Commissione, il Comitato europeo per i servizi digitali (*infra* Comitato)[30] e gli Stati membri che per i destinatari del servizio, garantendo che le relative informazioni siano facilmente accessibili ed aggiornate (articolo 11 e 12)[31] .
Al contempo, i prestatori di servizi intermediari stabiliti in Paesi terzi possono (per il Considerando 44 "*dovrebbero*") nominare un rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui offrono servizi (articolo 13); al riguardo, è opportuno precisare che la nomina è un atto dovuto, come emerge dalla versione inglese del Regolamento la quale afferma che i fornitori di servizi intermediari "*shall designate*" un rappresentante legale, paventando al riguardo un obbligo piuttosto che una facoltà. La predetta scelta è notificata al coordinatore dei servizi digitali (*infra* DSC) dello Stato membro in cui il rappresentante legale risiede o è stabilito; il DSC è il punto di contatto unico per tutte le questioni relative all'applicazione del Regolamento per la Commissione, il Comitato, i coordinatori dei servizi digitali degli altri Stati membri nonché per le altre autorità competenti dello Stato membro (Considerando 110)[32].
La designazione del rappresentante legale "*dovrebbe consentire una vigilanza efficace e, se necessario, l'esecuzione*" del Regolamento in relazione ai prestatori che ottemperano al relativo obbligo (Considerando 44). In effetti, nelle predette ipotesi il Regolamento delinea poteri condivisi tra Commissione e Stati membri in cui il rappresentante legale risiede o è stabilito (articolo 56, paragrafo 6)[33].

Prestatori di servizi di memorizzazione (*Hosting providers*)
Oltre a notificare i sospetti di reati che minacciano la vita o la sicurezza di una persona alle autorità dello Stato membro interessato (articolo 18), i prestatori di servizi di memorizzazione di informazioni (incluse le piattaforme *on line*) predispongono meccanismi di segnalazione e azione (*notice and action* o *notice and take down*) esclusivamente per via elettronica che consentono a persone o enti (o

[30] Il Comitato, presieduto dalla Commissione europea, è composto dai coordinatori dei servizi digitali e fornisce consulenza alla Commissione europea e ai coordinatori dei servizi digitali al fine di un'applicazione coerente del Regolamento (articolo 61 ss.).
[31] In attuazione dell'articolo 11 del Regolamento, in data 8 marzo 2024 la Direzione servizi digitali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (*infra* AGCOM) pubblicava un avviso per la comunicazione del punto di contatto unico designato dai prestatori di servizi intermediari per i rapporti con la Commissione, il Comitato e gli Stati membri.
[32] In conformità all'articolo 49 del Regolamento, l'articolo 15 del decreto legge 15 settembre 2023, n. 123, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2023, n. 159, designava quale DSC per l'Italia l'AGCOM; di seguito, in data 8 marzo 2024, la Direzione servizi digitali dell'AGCOM pubblicava un avviso per la comunicazione del rappresentante legale da parte dei prestatori di servizi intermediari stabiliti in un Paese terzo, attuando in tal modo l'articolo 13 del Regolamento.
[33] Ad ogni modo, anche in assenza della nomina del rappresentante legale, il Regolamento prevede una competenza concorrente della Commissione europea e di tutti gli Stati membri (articolo 56, paragrafo 7).

ISSN 2036-7821

segnalatori attendibili[34]) la notifica di contenuti illegali (articolo 16)[35]. Un'interpretazione letterale induce a considerare inutilizzabili i meccanismi di segnalazione per le informazioni incompatibili con le condizioni generali, individuate, invece, dai prestatori di servizi intermediari tramite un'attività di moderazione dei contenuti svolta anche volontariamente[36].

Le segnalazioni sono sufficientemente precise e adeguatamente motivate, da un lato spiegando i motivi per cui le informazioni costituiscono contenuti illegali, dall'altro indicando l'esatta ubicazione elettronica delle informazioni stesse (indirizzi *Uniform Resource Locator*). In tali casi "*qualora consentano a un prestatore diligente di servizi di memorizzazione di informazioni di individuare l'illegalità della pertinente attività o informazione senza un esame giuridico dettagliato*", il prestatore di servizi di memorizzazione acquisisce quella conoscenza o consapevolezza circa i contenuti illegali, a seguito della quale si ritiene responsabile delle informazioni memorizzate se non agisce immediatamente per la rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso[37].

Il prestatore del servizio è altresì tenuto a notificare la relativa decisione ai segnalanti, e nel caso di restrizioni, ai destinatari interessati[38], garantendo la possibilità di ricorso in merito alla decisione motivata (articoli 16 e 17)[39].

---

[34] I fornitori di piattaforme *on line* trattano prioritariamente e senza indebito ritardo le segnalazioni provenienti dai *trusted flagger* (articolo 22). Considerato che la qualifica di segnalatore attendibile è riconosciuta ad un ente dal corrispondente DSC che può revocarla previo contraddittorio, AGCOM, con delibera n. 40/24/CONS del 14 febbraio 2024, ha avviato una consultazione pubblica sullo schema di regolamento di procedura per il riconoscimento della qualifica di segnalatore attendibile ai sensi dell'articolo 22 del Regolamento; i DSC degli Stati membri comunicano i segnalatori attendibili alla Commissione europea che procede alla pubblicazione (e all'aggiornamento) delle informazioni in una banca dati accessibile al pubblico.

[35] Per quanto riguarda la funzione degli utenti quali "platform prosecutors"si veda Q. WEINZIERL, *Institutionalizing Parallel Governance: The Digital Services Act, Platform Laws, Prosecutors, and Courts*, in Verfassungsblog, 18 dicembre 2020.

[36] In base alle definizioni del Regolamento (articolo 3), le condizioni generali sono "*tutte le clausole, comunque denominate e indipendentemente dalla loro forma, che disciplinano il rapporto contrattuale tra il prestatore dei servizi intermediari e il destinatario del servizio*", includendo le informazioni riguardanti la moderazione dei contenuti (articolo 14). I *terms and conditions* sono pubblicati nei casi di VLOP e VLOSE in tutte le lingue degli Stati membri in cui offrono i servizi affiancati da una sintesi dei principali elementi (articolo 14).

[37] S. RUGGIERO, *NFT e proprietà intellettuale: problemi e prospettive*, in Medialaws.eu, 21 febbraio 2023, precisa che ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4, le esenzioni di responsabilità lasciano impregiudicati "*i provvedimenti inibitori emanati da autorità giurisdizionali o amministrative volte a porre fine alle violazioni contestate, anche mediante rimozione dei contenuti illegali o disabilitazione dell'accesso a tali contenuti*".

[38] In caso di decisioni che impongono restrizioni, il contenuto minimo della motivazione riferisce, tra le altre cose, sulla base giuridica o sulla clausola contrattuale rispettivamente fondamento di un contenuto illegale o dell'incompatibilità delle informazioni con le condizioni generali. In proposito, si veda E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perchè non applicare alcuni principi di servizio pubblico*, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc. 1, 1° febbraio 2023, pag. 467, secondo cui al soggetto, ancorché privato, in posizione di potere è attribuito "*l'onere di spiegare decisioni complesse, quasi sempre automatizzate e spesso impattanti su diritti e libertà fondamentali*". E. SPILLER, *Il diritto di comprendere, il dovere di spiegare. Explainability e intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in BioLaw Journal, fasc. 2/2021, 419 ss..

ISSN 2036-7821

Ebbene, le predette decisioni sono collegate all'attività di moderazione dei contenuti che è svolta in modo automatizzato o meno "*dai prestatori di servizi intermediari con il fine, in particolare, di individuare, identificare e contrastare contenuti illegali e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate*" (articolo 3)[40]; a quest'ultimo proposito, si distinguono le restrizioni alla visibilità di informazioni specifiche fornite dal destinatario del servizio (la rimozione di contenuti, la disabilitazione dell'accesso ai contenuti o la retrocessione dei contenuti), la sospensione, la cessazione o altra limitazione dei pagamenti in denaro, la sospensione o la cessazione totale o parziale della prestazione del servizio ed infine le misure che incidono sulla capacità dei destinatari del servizio di fornire tali informazioni (la sospensione o la chiusura dell'*account* del destinatario del servizio) (articolo 17).

Nel rispetto dei diritti fondamentali della Carta, a seguito della ricezione di una segnalazione l'azione del prestatore di servizi di memorizzazione "*dovrebbe essere rigorosamente mirata, nel senso che dovrebbe servire a rimuovere o disabilitare l'accesso alle informazioni specifiche considerate come contenuti illegali*" (Considerando 51), contemperando la propria libertà di impresa sia con la libertà di espressione e di informazione dei destinatari del servizio che con i diritti (dignità umana e principio di non discriminazione, tutela dei minori, tutela della proprietà intellettuale ecc.) delle parti interessate dai contenuti illegali[41]. Il predetto obiettivo regolamentare

---

[39] Il Regolamento si riferisce, in particolare, ai meccanismi interni di gestione dei reclami, alla risoluzione extragiudiziale delle controversie e al ricorso per via giudiziaria; si ritiene, tuttavia, attivabile anche il diritto di reclamo al DSC competente. Per O. POLLICINO, *Piattaforme digitali e libertà di espressione: l'ora zero*, in Lavoce.info, 19 gennaio 2021, "*se il costituzionalismo analogico è quello dei diritti sostanziali, quello digitale si fonda invece sulla dimensione procedurale*". Secondo F. MARCHETTI, *Esiste una "azione inibitoria europea"? La tutela dei diritti in rete tra vecchi problemi e nuove declinazioni rimediali all'alba del Digital Services Act,* in Il Processo, fasc.1, 1° aprile 2023, l'emanazione del Regolamento "*lungi dal costituire frutto e approdo della ricerca di un nuovo equilibrio, appare, per parte qua, piuttosto dettato da esigenze di chiarezza; fare ratio scripta dell'aquis giurisprudenziale, insomma, con piena conferma dell'impalcatura rimediale che regge la tutela dei diritti in Rete. Il quid novi albergherebbe più propriamente nel rafforzamento dei meccanismi dialogico-partecipativi, preludio di una procedimentalizzazione dell'intervento dei grandi players di Internet — nel che taluni scorgono una fase di legificazione del "data due process" —, e, più in generale, nella moltiplicazione delle possibilità di risolvere la lite prima che giunga "alle soglie del Tempio di Temi", anche con l'intervento di una autorità indipendente neo-istituita*".

[40] Le condizioni generali includono anche le regole di moderazione dei contenuti, compreso il processo decisionale algoritmico e la verifica umana (articolo 14). Circa la trasparenza agli utenti dei sistemi di *content moderation*, G. DE GREGORIO, *Democratising online content moderation: A constitutional framework*, in Computer law & security review, vol. 36, 2020, p. 1 - 17. Quanto alla censura privata in generale si veda M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 1/2019. Si veda altresì, The European Law Students' Association (ELSA), *Comparative Report on Internet Censorship: International Focus Programme on Law and Technology: Final Report of the International Legal Research Group on Internet Censorship*, 2020.

[41] In materia di bilanciamento della libertà di espressione con altri diritti, E. A. BERTONI, *The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards*, in European Human Rights Law Review, 2009; J. F. FLAUSS, *The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression*, in Indiana Law Review, 2009; J. M. BALKIN, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, in

ISSN 2036-7821

corrispondente all'effettiva tutela dei diritti fondamentali della Carta (articolo 1, paragrafo 1) emerge anche dall'applicazione proporzionata richiesta ai prestatori di servizi intermediari sulle restrizioni imposte in base alle condizioni generali, considerando anche nell'attività di moderazione dei contenuti svolta volontariamente i diritti di tutte le parti coinvolte (articolo 14, paragrafo 4).
In proposito, appare *prima facie* un grande passo in avanti la considerazione espressa della Carta nell'attività di moderazione dei contenuti, ancorando il *far west* digitale ai valori riconosciuti dall'articolo 6 del TUE che, oltre al riconoscimento da parte dell'Unione europea della Carta, afferma che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (*infra* CEDU) e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri "*fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*". In questo senso, la Carta da un lato dispone che le relative disposizioni non sono interpretabili quale limite ai diritti umani riconosciuti dal diritto costituzionale degli Stati membri, dal diritto europeo e internazionale (articolo 53), dall'altra in caso di diritti della Carta corrispondenti a quelli della CEDU "*il significato e la portata*" sono identici a quelli conferiti da quest'ultima (articolo 52)[42].

I fornitori di piattaforme on line

I fornitori di piattaforme *on line* garantiscono altresì un sistema interno di gestione per via elettronica di reclami gratuiti ed entro sei mesi contro tutte le decisioni adottate nei confronti dei destinatari del servizio (incluse le persone o gli enti segnalanti), garantendo, a seguito di decisione motivata, la possibilità di ricorso (articolo 20).
A quest'ultimo proposito, fermo restando il diritto di contestare di fronte ad un organo giurisdizionale le decisioni dei fornitori di piattaforme *on line* anche successive a segnalazioni e reclami, i destinatari del servizio (incluse le persone o gli

---

Pepperdine Law Review, 2009, vol. 36, no. 2, p. 427-444; I. RORIVE, *What Can Be Done against Cyber Hate - Freedom of Speech versus Hate Speech in the Council of Europe*, in Cardozo Journal of International and Comparative Law. 2009, vol. 17, no. 3, p. 417-426; D. VOORHOOF, H. CANNIE, *Freedom of Expression and Information in a Democratic Society*, in The International Communication Gazette, 2010, vol. 72(4–5), p. 407-423; G. LANE, *Human Rights and the Internet in Europe*, in Human Rights and the Internet,, 2014. p. 116-129; A. OOZER, *Internet and Social Networks: Freedom of Expression in the Digital Age*, in Commonwealth Law Bulletin. 2014, vol. 40, no. 2, p. 341-362; B. WAGNER, *Global Free Expression – Governing the Boundaries of Internet Content*, 2016.; D. KEATS CITRON, N. M. RICHARDS, *Four Principles for Digital Expression*, in Washington University Law Review. 2018, vol. 95, no. 6, p. 1353-1388; R. RACOLTA, A. VERTES-OLTEANU, *Freedom of Expression. Some Considerations for the Digital Age*, in Jus et Civitas: A Journal of Social and Legal Studies. 2019, vol. 6, no. 1, p. 7-16; W. BENEDEK, M. C. KETTEMAN, *Freedom of Expression and the Internet. Strasbourg: Council of Europe*, 2020; R. L. WEAVER, *Free Speech in an Internet Era*, University of Louisville Law Review, 2020, vol. 58, no. 2, p. 325-348.

[42] Si veda il sito della European Union Agency for fundamental rights (https://fra.europa.eu/it) in cui per ogni singolo diritto della Carta è possibile verificare, tra le altre cose, il diritto costituzionale, europeo ed internazionale e la giurisprudenza correlata, con indicazione specifica dei paragrafi delle sentenze che si riferiscono alla Carta.

ISSN 2036-7821

enti segnalanti) hanno comunque la possibilità di rivolgersi gratuitamente (o per un importo simbolico) ad un organismo certificato per una risoluzione extragiudiziale delle controversie (articolo 21)[43].

Il Regolamento attribuisce comunque ai fornitori di piattaforme *on line* la possibilità di emanare, previo avviso preventivo, misure di protezione temporanea contro gli abusi, sospendendo la prestazione dei servizi ai destinatari che forniscono frequentemente "*contenuti manifestamente illegali*"(articolo 23)[44]; anche nella fattispecie, le decisioni "*dovrebbero poter essere sempre oggetto di ricorso*" (Considerando 64).

Inoltre, i fornitori di piattaforme *on line* progettano le interfacce *on line* in modo trasparente, evitando di pregiudicare i destinatari dei servizi nelle loro decisioni (articolo 25)[45].

Infine, i fornitori di piattaforme *on line* adottano misure adeguate e proporzionate per la protezione dei minori attraverso una mirata progettazione delle interfacce *on line*, l'adozione di specifiche norme o l'adesione a codici di condotta (articolo 28 e Considerando 71); a quest'ultimo proposito, la Commissione incoraggia l'elaborazione di codici di condotta a livello dell'Unione europea per la corretta applicazione del Regolamento (articolo 45) ed in particolare per la pubblicità *on line* e l'accessibilità (articoli 46 e 47). Al riguardo, fermo restando il carattere volontario dei codici e la libertà di adesione (Considerando 103)[46], la Commissione e il Comitato

[43] Considerato che il DSC del luogo di stabilimento è competente a certificare l'organismo (e a revocare tale certificazione previo contraddittorio), AGCOM, con delibera n. 39/24/CONS del 14 febbraio 2024, ha avviato una consultazione pubblica concernente il regolamento sulla procedura di certificazione degli organismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie tra fornitori di piattaforme *on line* e destinatari del servizio ai sensi dell'articolo 21 del Regolamento. I DSC degli Stati membri comunicano gli organismi certificati alla Commissione europea che pubblica (ed aggiorna) il relativo elenco su un sito web dedicato facilmente accessibile. Ad ogni modo, in base al Regolamento (articolo 21, paragrafo 2), il predetto organismo "*non ha il potere di imporre una risoluzione della controversia vincolante per le parti*". Al riguardo, A.M. FELICETTI, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali: alcune novità dall'Europa*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2023, fasc. 1, secondo cui "*La procedura intrapresa, che seguirà in alternativa il modello di uno strumento autonomo o eteronomo di composizione della lite, non potrà comunque giungere — diversamente da quanto inizialmente proposto dalla commissione — ad una decisione che vincola le parti*". Si veda altresì D. HOLZNAGEL, *The Digital Services Act wants You to "sue" Facebook over Content Decisions in Private De Facto Courts*, in Verfassungsblog, 24 giugno 2021.

[44] Allo stesso modo, i fornitori di piattaforme *on line* sospendono temporaneamente il trattamento di segnalazione e reclami, quando sono presentati frequentemente "*segnalazioni o reclami manifestamente infondati*".

[45] In questo senso V. FALCE, *Piattaforme ed ecosistemi digitali. Scelte pro-concorrenziali*, in Rivista di Diritto Industriale, fasc. 4-5-6, 1° agosto 2022, pag. 172, si riferisce al "*divieto di utilizzare i cosiddetti percorsi oscuri ("dark pattern") sull'interfaccia delle piattaforme online*"; al riguardo, i percorsi oscuri sono "*pratiche che distorcono o compromettono in misura rilevante, intenzionalmente o di fatto, la capacità dei destinatari del servizio di compiere scelte o decisioni autonome e informate*" (Considerando 67).

[46] G. CALIMA', *Il Codice di Condotta dell'Unione Europea contro l'incitamento all'odio online*, in Ius in itinere, 21 settembre 2020, ritiene che "*il Codice non ha un valore obbligatorio né vincolante, il che significa che l'adesione è del tutta volontaria, così come volontaria è l'applicazione degli impegni in esso cristallizzati. Ciò comporta, tra le tante cose, l'impossibilità di impugnare eventuali violazioni tanto dinanzi ai giudici nazionali quanto dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea*".

ISSN 2036-7821

esercitano poteri di monitoraggio e valutazione, invitando i firmatari, in caso di inottemperanza sistematica, ad emanare le misure necessarie (articolo 45, paragrafo 4)[47].

I fornitori di piattaforme on line che consentono ai consumatori di concludere contratti a distanza con gli operatori commerciali

Al fine di concorrere ad un ambiente *on line* sicuro, affidabile e trasparente (Considerando 72), i fornitori provvedono sia alla tracciabilità degli operatori commerciali (dati di contatto, numero di iscrizione nel registro delle imprese ecc.) che alla progettazione dell'interfaccia *on line* idonea a fornire determinate informazioni (ad esempio identificative di prodotti e servizi) propedeutiche all'utilizzo della piattaforma *on line* (articoli 29 e 30).

Sebbene siano richiesti "*sforzi ragionevoli*" ai fornitori di verificare l'offerta di prodotti e servizi illegali, non sussiste alcun obbligo di sorveglianza generale a carico degli stessi (Considerando 74), imputando il Regolamento la responsabilità agli operatori commerciali. Ciò non toglie che qualora il fornitore venga a conoscenza di prodotti o servizi illegali, il Regolamento impone l'obbligo di informare i consumatori (per gli acquisti fino a sei mesi prima) circa l'illegalità, l'identità del produttore e i mezzi di ricorso (articolo 32)[48].

VLOP e VLOSE

Le VLOP e i VLOSE effettuano, almeno una volta l'anno, una valutazione dei "*rischi sistemici*" derivanti dal funzionamento del servizio, tenendo conto, in particolare, delle condizioni generali, dei sistemi di raccomandazione e di altri sistemi algoritmici[49], dei sistemi di moderazione dei contenuti e delle pratiche relative ai dati

[47] M.BETZU, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in Rivista "Gruppo di Pisa", fasc. 2/2021, pp.180-181, non valuta positivamente l'articolo 45 sui codici di condotta che "*legittima sul piano positivo l'assunzione da parte delle big tech di inediti compiti para-normativi*".

[48] In mancanza dei recapiti di tutti i consumatori interessati, il fornitore della piattaforma *on line* pubblica le informazioni previste sull'interfaccia *on line*.

[49] In materia di algoritmi tra gli altri si veda M. HILDEBRANDT, *The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era*, in J. Bus (ed.), Digital Enlightenment Yearbook, 2012, 41 ss.; D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in Wash. L. Rev., 89, 2014, 1 ss.; K. CRAWFORD, J. SCHULTZ, *Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms*, in B.C. L. Rev., 55, 2014, 93 ss.; N.M. RICHARDS, J.H. KING, *Big Data Ethics*, in Wake Forest L. Rev., 49, 2014, 393 ss.; M. ANANNY, K. CRAWFORD, *Seeing without Knowing: Limitations of the Transparency Ideal and its Application to Algorithmic Accountability*, in New Media & Soc., 1, 2016; D. R. DESAI, J. A. KROLL, *Trust But Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in Harv. J.L. & Tech., 31, 2017, 1 ss.; J. A. KROLL, J. HUEY, S. BAROCAS, E. W. FELTEN, J. R. REIDENBERG, D. G. ROBINSON, H. YU, *Accountable Algorithms*, in U. Pa. L. Rev, 165, 2017, 633 ss.; P. KIM, *Auditing Algorithms for Discrimination*, in U. Pa. L. Rev. Online, 166, 2017, 189 ss.; W. NICHOLSON PRICE II, *Regulating Black Box Medicine*, in Mich. L. Rev., 116, 2017, 421 ss.; M. BASSINI, L. LIGUORI, O. POLLICINO, *Sistemi di intelligenza artificiale, responsabilità, accountability. Verso nuovi paradigmi?*, in F. PIZZETTI (ed.), Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione, Torino, 2018, 141 ss.; A.I. NICOTRA, V.

ISSN 2036-7821

(articolo 34), ma anche di altre variabili come i sistemi pubblicitari (Considerando 84)[50].

Quanto ai rischi sistemici si identificano quattro ipotesi.

La prima ipotesi è costituita dalla diffusione dei contenuti illegali tramite i servizi erogati, riferendosi a materiale pedopornografico, incitamento all'odio e vendita di prodotti o servizi vietati (Considerando 80).

La seconda ipotesi riguarda gli effetti negativi sull'esercizio dei diritti fondamentali della Carta, richiamando nello specifico la dignità umana (articolo 1 della Carta), il rispetto della vita privata e familiare (articolo 7 della Carta), la tutela dei dati personali (articolo 8 della Carta), la libertà di espressione e informazione (articolo 11 della Carta), la non discriminazione (articolo 21 della Carta), i diritti del minore (articolo 24 della Carta) e l'elevata tutela dei consumatori (articolo 38 della Carta).

La terza ipotesi si riferisce agli effetti negativi sul dibattito civico e sui processi democratici ed elettorali, nonché sulla sicurezza pubblica[51].

Infine, l'ultima ipotesi considera gli effetti negativi sulla violenza di genere, la protezione della salute pubblica e dei minori ed il benessere fisico e mentale della persona, rischi derivanti anche da campagne di disinformazione coordinate (Considerando 83).

Di seguito, le VLOP e i VLOSE dispongono misure di attenuazione ragionevoli, proporzionate ed efficaci, dei rischi sistemici, adeguando, eventualmente, i medesimi fattori che influenzano i rischi sistemici (condizioni generali, moderazione dei

---

VARONE, *L'algoritmo, intelligente ma non troppo*, in Rivista AIC, 4, 2019; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici*, Napoli, 2019; G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in Giustizia-amministrativa.it, 2020; L. VIOLA, *Attività amministrativa e intelligenza artificiale*, in Ciberspazio e Diritto, 1-2, 2019, 65 ss.; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in BioLaw Journal, 1, 2019, 63 ss.; G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in Pol. Dir. 2, 2019; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in Rivista AIC, 1, 2020; R. BIN, *L'algoritmo e l'autonomia privata*, in BioLaw Journal, fasc. 4/2021, 466.

[50] C.A. DE MICHELIS, *Il Digital Services Act: i nuovi obblighi volti a migliorare la lotta alla contraffazione ed i temi aperti*, in Dir. ind., 2022, afferma che "*se il principio guida è che ciò che è illegale off-line è illegale anche online, allora non si vede per quale ragione siano solo le piattaforme, e solo quelle molto grandi, a dover far fronte ad obblighi di analisi e prevenzione del rischio sistemico collegato al loro business model, di implementazione di misure di mitigazione, e ad essere sottoposte ad un penetrante controllo esterno circa l'ottemperanza e l'implementazione dei suddetti obblighi e misure*".

[51] Si confronti E. PARISER, *Il filtro. Quello che Internet ci nasconde*, Milano, 2012; C. CEPERNICH, *Le campagne elettorali al tempo della networked politics*, 2017; G. GORI, *Social media ed elezioni. I limiti del diritto e il rischio di una modulated democracy*, in Informatica e diritto, n. 1-2, 2017, 203 ss.; B. RABAI, *I Big Data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in Amministrare, n. 3, 2017, 407; G. GIACOMINI, *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in Iride, n. 3, 2018, 457-468; E. ASSANTE, *Cosa ci può insegnare il caso Cambridge Analityca*, in Federalismi.it, 25 aprile 2018; E. LONGO, *Dai big data alle "bolle filtro": nuovi rischi per i sistemi democratici*, in Percorsi costituzionali, n. 1, 29-44, 2019; M. BIANCA, *La filter bubble e il problema dell'identità digitale*, in MediaLaws.eu, n. 2, 2019, 39 ss.; O. GRANDINETTI, *La par condicio al tempo dei social, tra problemi "vecchi" e "nuovi" ma, per ora, tutti attuali*, in MediaLaws.eu, n. 3, 2019, 92; P. NORRIS, R. INGLEHART, *Cultural Backlash, Trump, Brexit and Authoritarian Populism*, Cambridge, 2019. A. VENANZONI, *Cyber-costituzionalismo: la società digitale tra silicolonizzazione, capitalismo delle piattaforme e reazioni costituzionali*, in Rivista italiana di Informatica e Diritto, n. 1, 2020, 5 ss..

ISSN 2036-7821

contenuti, sistemi di raccomandazione e di pubblicità)[52]; ad ogni modo, in caso di rischi concreti, previa consultazione pubblica la Commissione può elaborare, in cooperazione con i DSC, orientamenti sull'attenuazione dei predetti rischi (articolo 35, paragrafo 3)[53].

Nel caso di circostanze eccezionali che configurano una minaccia grave alla sicurezza pubblica o alla salute pubblica nell'Unione europea (o in una parte significativa) derivanti da atti di terrorismo, conflitti armati, catastrofi naturali e pandemie, il Regolamento prevede un apposito meccanismo di risposta alla crisi mediante decisione della Commissione europea, su raccomandazione del Comitato, che impone, per un periodo non superiore a tre mesi, una valutazione e/o l'adozione di misure specifiche scelte da VLOP e VLOSE e/o una relazione (articolo 36 e Considerando 91)[54]. Successivamente, la Commissione europea svolge un'attività di monitoraggio circa l'applicazione delle misure specifiche, riferendo sia al Comitato che al Parlamento europeo e al Consiglio[55].

Ai fini della valutazione, tra l'altro, della conformità agli obblighi regolamentari fino ad ora esaminati (Capo III), le VLOP e i VLOSE si sottopongono a revisioni indipendenti che confluiscono nella "*relazione di revisione*" motivata contenente, tra le altre cose, un giudizio di revisione (articolo 37)[56]. A questo proposito, il giudizio può

---

[52] Il Regolamento elenca, a titolo non esaustivo, le misure di attenuazione dei rischi (articolo 35), precisando che il Comitato, in cooperazione con la Commissione europea, pubblica relazioni annuali che elencano i rischi sistemici e le *best practices* relative alle misure di attenuazione.

Ad ogni modo, le VLOP e i VLOSE dovrebbero coinvolgere una serie di *stakeholders* (rappresentanti dei destinatari del servizio ecc.) ai fini della valutazione dei rischi sistemici e dell'adozione delle corrispondenti misure di attenuazione (Considerando 90).

Relativamente ai codici di condotta adottabili nell'ambito delle misure di attenuazione dei rischi in cooperazione con altri fornitori (articolo 35), L. AMMANATI, *Regolatori e supervisori nell'era digitale: ripensare la regolazione*, in Giurisprudenza costituzionale, fasc. 3, 1° giugno 2023, riporta che "*Oltre il regolamento 'Platform to business' una interessante evoluzione del modello è nel Digital Services Act che riserva una maggiore attenzione alla costruzione di codici di condotta attraverso una strategia di "cooperazione" (co-regolazione) finalizzata a definire misure, impegni e successiva misurazione dei risultati*"; in particolare, l'autrice rileva che in caso di rischi sistemici "*significativi*" (articolo 45, paragrafo 2), la Commissione europea "*può allargare la partecipazione alla co-definizione dei codici a piattaforme o motori di ricerca molto grandi, a fornitori di piattaforme online, a prestatori di servizi intermediari nonché ad autorità competenti, ad organizzazioni della società civile e ad altre parti interessate*".

[53] Si veda la comunicazione della Commissione europea recante gli orientamenti per le VLOP e i VLOSE sull'attenuazione dei rischi sistemici per i processi elettorali, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea 26 aprile 2024, Serie C.

[54] In base all'evoluzione della crisi, la Commissione può, a seconda dei casi, prorogare il periodo di ulteriori tre mesi o revocare la decisione. Inoltre, sebbene le misure specifiche siano scelte dalle VLOP e dai VLOSE, qualora si ritenga che le misure adottate non siano proporzionate o efficaci, la Commissione europea, previa consultazione del Comitato, adotta una decisione che richiede il riesame delle stesse.

[55] A titolo di completezza, si precisa che il Regolamento prevede che il Comitato possa raccomandare alla Commissione europea l'avvio dell'elaborazione di protocolli di crisi volontari per fronteggiare situazioni di crisi riferite a circostanze straordinarie relative alla sicurezza pubblica o salute pubblica (articolo 48).

[56] Si veda in proposito il regolamento delegato della Commissione europea 20 ottobre 2023, n. 2024/436/UE, che integra il regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio, stabilendo norme relative all'esecuzione delle revisioni per le VLOP e i VLOSE. V. C. CAUFFMAN, C. GOANTA, *A New Order:The Digital*

ISSN 2036-7821

essere positivo, positivo con osservazioni e negativo, prevedendo, in quest'ultimo caso, raccomandazioni operative sulle misure specifiche da adottare; nella predetta fattispecie, le VLOP e i VLOSE predispongono una "*relazione di attuazione*" che dia conto delle misure specifiche adottate o delle eventuali misure alternative[57].

Inoltre, le VLOP e i VLOSE permettono, entro un determinato termine, alla Commissione europea e al DSC competente, l'accesso ai dati necessari a verificare il rispetto degli obblighi regolamentari (articolo 40)[58]; i dati sono utilizzati dall'ente richiedente al solo fine di valutare la conformità al Regolamento, rispettando comunque le informazioni riservate ed in particolare i segreti commerciali delle VLOP e dei VLOSE.

Al contempo, le VLOP e i VLOSE istituiscono un'apposita funzione di controllo della conformità al Regolamento che, oltre a fornire consulenza sugli obblighi regolamentari, collabora con la Commissione e il DSC competente (articolo 41); il capo della funzione (*compliance officer*), i cui riferimenti sono comunicati alla Commissione europea e al DSC competente, riporta direttamente all'organo di gestione del fornitore che, a sua volta, garantisce risorse sufficienti.

Infine, sulla base dei costi stimati tenendo conto dei costi sostenuti nell'anno precedente, il Regolamento dispone a carico delle VLOP e dei VLOSE un contributo annuale per le attività di vigilanza espletate dalla Commissione europea non superiore allo 0,05% del reddito netto annuo mondiale, proporzionato al numero medio mensile di destinatari attivi nell'Unione europea per ciascun fornitore (articolo 43)[59].

Gli obblighi supplementari attribuiti alle VLOP e ai VLOSE secondo un criterio di proporzionalità, si giustificano in base all'ampio raggio d'azione su una quota significativa della popolazione dell'Unione europea caratterizzante i soggetti obbligati; conseguentemente, i potenziali effetti significativi sull'Unione europea sono controbilanciati dall'attribuzione di specifici obblighi che, oltre a richiedere una valutazione *ex ante*, conferiscono a soggetti interni (*compliance officer*) ed esterni indipendenti l'*audit* sugli obblighi in materia di dovere di diligenza. A quest'ultimo proposito, è fondamentale che il Regolamento abbia inserito la relazione di revisione

---

Services Act and Consumer Protection, in European Journal of Risk Regulation, vol. 12, issue 4, 2021, p. 758 ss., ritiene che "*A reliable framework for "auditing the auditors" is therefore required. [...] However, a specific supervisory framework for the auditors involved seems to be lacking*".

[57] Ad ogni modo, le relazioni dovrebbero essere trasmesse al DSC competente, alla Commissione europea e al Comitato (Considerando 93).

[58] Il DSC competente può altresì chiedere alle VLOP e ai VLOSE l'accesso ai dati ai ricercatori abilitati per ricerche relative all'individuazione dei rischi sistemici e alla valutazione dell'adeguatezza delle misure di attenuazione.

[59] Al riguardo, in conformità con l'articolo 43, paragrafo 4, è stato emanato il Regolamento delegato (UE) 2023/1127 della Commissione europea del 2 marzo 2023 che integra il *digital service act* con le metodologie e le procedure dettagliate relative ai contributi per le attività di vigilanza addebitati ai VLOP e ai VLOSE.

ISSN 2036-7821

(e l'eventuale relazione di attuazione) all'interno degli obblighi di trasparenza, garantendo ai titolari della *governance* di conoscere lo stato dell'arte prima ancora dell'eventuale utilizzo dei poteri di accesso ai dati, ispezione e monitoraggio.

Obblighi a contenuto variabile

Esistono altresì obblighi trasversali ai differenti soggetti il cui contenuto si espande nel passaggio da una categoria all'altra.

In primo luogo, al fine di garantire un adeguato livello di trasparenza, il Regolamento prevede a carico dei prestatori di servizi intermediari l'obbligo di pubblicare relazioni annuali sulle attività di moderazione dei contenuti, precisando, al contempo, se avviate di propria iniziativa o a seguito di segnalazione o reclami o ordini emessi dalle autorità nazionali o con utilizzo di strumenti automatizzati (articolo 15)[60]; il contenuto delle "*relazioni di trasparenza*" si espande, per i fornitori di piattaforme *on line* (articolo 24), con le controversie sottoposte agli organismi di *alternative dispute resolution* e le misure di protezione contro gli abusi e per le VLOP e i VLOSE (articolo 42), con l'indicazione delle risorse umane utilizzate e delle qualifiche, competenze linguistiche e formazione del personale addetto alla moderazione dei contenuti[61].

Si precisa che nell'ambito degli obblighi in materia di trasparenza, le VLOP e i VLOSE trasmettono al DSC competente ed alla Commissione europea la valutazione del rischio, le conseguenti misure di attenuazione, la relazione di revisione e di attuazione, mettendo a disposizione del pubblico l'intero materiale (articolo 42, paragrafo 3).

A proposito di pubblicità presentata dai fornitori di piattaforme *on line* attraverso le interfacce *on line*, oltre alle informazioni sui parametri (e modalità di modifica) utilizzati per individuare i destinatari, essi garantiscono, tra le altre cose, ai destinatari di identificare sia la pubblicità (anche mediante contrassegni visibili) che la persona per la quale è presentata e che paga la pubblicità al fornitore, fornendo comunque ai medesimi destinatari una funzionalità che permette di segnalare eventuali loro comunicazioni commerciali ai fornitori, che rendono edotti gli altri

[60] A quest'ultimo proposito, M. R. ALLEGRI, *Il futuro digitale dell'Unione europea: nuove categorie di intermediari digitali, nuove forme di responsabilità*, cit., afferma che "*la proposta di DSA sembra allinearsi all'opinione, oggi generalmente condivisa, secondo cui il ricorso a filtri di ricerca automatizzati, soprattutto per le piattaforme di grandi dimensioni, sia in concreto l'unico strumento praticabile per garantire, da una parte, una tutela effettiva della vita privata e dei diritti della personalità degli utenti e, dall'altra parte, per non imporre oneri economici straordinari a carico del gestore del servizio, a patto di assicurare un adeguato livello di trasparenza dei parametri di funzionamento degli algoritmi di filtraggio*".

[61] Per le VLOP e i VLOSE le relazioni sono semestrali piuttosto che annuali, aggiungendo al contempo le informazioni sul numero medio mensile di destinatari del servizio per ciascuno Stato membro.

ISSN 2036-7821

destinatari anche mediante contrassegni visibili (articolo 26)[62]. Con riferimento alle VLOP e ai VLOSE, è prevista una maggiore trasparenza della pubblicità *on line* attraverso l'adozione di un registro contenente, tra le altre cose, l'oggetto, la durata e i gruppi destinatari (e i parametri utilizzati), accessibile al pubblico per facilitare la vigilanza su eventuali rischi emergenti dalla distribuzione pubblicitaria (articolo 39 e Considerando 95).

In ultimo, premesso che un sistema di raccomandazione è "*un sistema interamente o parzialmente automatizzato che una piattaforma online utilizza per suggerire informazioni specifiche, tramite la propria interfaccia online, ai destinatari del servizio o mettere in ordine di priorità dette informazioni anche quale risultato di una ricerca avviata dal destinatario del servizio o determinando in altro modo l'ordine relativo o l'importanza delle informazioni visualizzate*" (articolo 3), il Regolamento prevede un obbligo di trasparenza a carico dei fornitori di piattaforme *on line* che specificano nelle condizioni generali sia i parametri utilizzati che le opzioni di modifica a disposizione dei destinatari (articolo 27). Per quanto riguarda, invece, le VLOP e i VLOSE, è assicurata anche un'opzione per la non ricezione (*opt-out*) di suggerimenti sui contenuti basati sulla profilazione accessibile dall'interfaccia *on line* (articolo 38 e Considerando 94)[63].

Si ritiene che i menzionati obblighi a contenuto variabile rivestano un'importanza fondamentale, garantendo un'ampia trasparenza in settori rilevanti come la moderazione dei contenuti, i sistemi di raccomandazione e la stessa pubblicità.

Come sempre la trasparenza è utile agli attori della *govenance* ed agli *stakeholders* per esercitare in modo corretto gli obblighi istituzionali e i diritti garantiti dalla Carta.

4. Competenze e poteri della commissione europea e diritti delle parti.

Competenze

Il Regolamento predispone una struttura di *governance* complessa che prevede la "*stretta cooperazione*" tra Commissione europea e Stati membri in cui sono situati gli stabilimenti principali delle VLOP e dei VLOSE, al fine della vigilanza ed applicazione degli obblighi europei (articoli 56 e 57)[64].

---

[62] A parte gli obblighi di trasparenza rispetto alla pubblicità mirata, il Regolamento prevede anche un divieto di pubblicità ai destinatari basata sulla profilazione che utilizza particolari categorie di dati personali (articolo 26, paragrafo 3). In proposito, si veda D. SBORLINI, *Profilazione elettorale e protezione dei dati personali: prospettive di soluzione in ambito europeo*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica (Il), fasc.6, 1° dicembre 2022, pag. 1173.

[63] V. E.GARZONIO, *L'algoritmo trasparente: obiettivi ed implicazioni della riforma dello Spazio digitale europeo*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 2/2021, valuta positivamente la trasparenza dei sistemi di raccomandazione e il correlato diritto di *opt-out* da parte degli utenti, ritenendo che "*la conoscibilità dell'algoritmo [...] rappresenta un'importante riappropriazione di coscienza e di modalità con cui controbattere alla predeterminazione dei contenuti e dell'informazione con cui entriamo in contatto*".

[64] B. WAGNER, H. JANSSEN, *A First Impression of Regulatory Powers in the Digital Services Act*, in Verfassungsblog, 4 gennaio 2021; P. CARDILLO, *Digital Services Act, ecco chi verifica che venga rispettato*, in Agenda digitale, 28 febbraio 2023, afferma che "*Si delinea ancor più, in questo caso, una specifica e articolata Governance del*

ISSN 2036-7821

In relazione agli obblighi supplementari a carico delle VLOP e dei VLOSE (Capo III, Sezione 5), si prevede una competenza esclusiva della Commissione europea[65].
Per tutti gli altri obblighi regolamentari a carico della medesime categorie soggettive (VLOP e VLOSE), si prevedono poteri di vigilanza ed applicazione della Commissione europea condivisi con gli Stati membri i quali, per il tramite dei DSC, agiscono solo nell'ipotesi in cui l'istituzione europea non abbia avviato procedimenti per la medesima infrazione[66].
E' evidente che una siffatta ripartizione dei poteri necessita di un sistema di condivisione delle informazioni in tempo reale (articolo 85 e Considerando 148) attraverso il quale la Commissione europea e i DSC degli Stati membri si informano reciprocamente circa l'intenzione di esercitare i relativi poteri, evitando duplicazioni sanzionatorie nel rispetto del principio del *ne bis in idem* (Considerando 123 e 125)[67].
Per tutte le altre fattispecie, il Regolamento prevede poteri esclusivi degli Stati membri[68]; in particolare, la competenza è del DSC in cui è situato lo stabilimento del fornitore di servizi intermediari o, in mancanza, del luogo in cui risiede o è stabilito il rappresentante legale[69].

---

mercato dei Servizi Digitali laddove accanto al principio della competenza connessa alla localizzazione territoriale dell'azienda si affianca e prevale il principio della dimensione aziendale correlata al numero di utenti forniti.".

[65] La Commissione europea agisce anche a seguito di richiesta del DSC presentata mediante il sistema di condivisione delle informazioni (articolo 65, paragrafo 2).

[66] D. HOLZNAGEL, *All Member States should contribute to the Supervision of Very Large Online Platforms under the Digital Services Act*, in Verfassungsblog, 27 aprile 2021, afferma che "*the role of the Commission would be crucial to counterbalance the not-so-unrealistic scenario that the country of origin (for most Big Tech companies that is Ireland) fails to fulfill its oversight role for the whole Union and all its citizens*". Ferma restando un'azione di propria iniziativa (ad esempio per violazioni transfrontaliere riguardanti più Stati membri secondo il Considerando 125), la Commissione europea può intervenire quando, per il tramite del sistema di condivisione delle informazioni, il DSC segnala la sospetta "*sistematica*" violazione di una disposizione regolamentare da parte delle VLOP e dei VLOSE con "*gravi ripercussioni*" per i destinatari del servizio all'interno dello Stato membro (articolo 65, paragrafo 2).

Qualora la Commissione europea non abbia avviato un'indagine, il Comitato può richiedere al DSC del luogo di stabilimento di valutare la condotta di un fornitore di servizi intermediari sulla base della richiesta di almeno tre DSC del luogo di destinazione, raccomandando, eventualmente, indagini comuni transfrontaliere (articolo 58 e 60); al riguardo, in caso di omessa risposta nei termini o di disaccordo, il Comitato è altresì titolare di un potere di deferimento alla Commissione europea, che può a sua volta chiedere il riesame della questione (articolo 59).

[67] In proposito, si veda il regolamento di esecuzione della Commissione europea 15 febbraio 2024, n. 2024/607/UE, relativo alle modalità pratiche e operative per il funzionamento del sistema di condivisione delle informazioni, che istituisce il sistema AGORA.

[68] D. HOLZNAGEL, *All Member States should contribute to the Supervision of Very Large Online Platforms under the Digital Services Act*, cit., rileva che il *digital service act* si basa sul *country of origin principle*.

[69] Fermo restando il diritto al risarcimento dei danni (articolo 54), i destinatari del servizio (e associazioni rappresentative) hanno il diritto di presentare un reclamo al DSC dello Stato membro in cui sono situati o stabiliti, al fine di evidenziare una violazione del Regolamento da parte dei fornitori di servizi intermediari (articolo 53); previa valutazione del reclamo, il DSC trasmette, eventualmente, lo stesso al DSC del luogo di stabilimento del fornitore, affiancando, qualora lo ritenga utile, un parere (facoltativo). Premessa la titolarità di poteri di indagine e di esecuzione, anche sanzionatori (articolo 51), i DSC pubblicano una relazione annuale sulle attività svolte, inserendo, tra le altre cose, il numero di reclami ed il relativo seguito, comunicando la stessa alla Commissione

ISSN 2036-7821

In sostanza, con riferimento alle oltre venti VLOP e VLOSE designate, la Commissione europea è l'unica istituzione pubblica competente relativamente agli obblighi supplementari; nulla esclude che la medesima istituzione europea intervenga riguardo agli altri obblighi regolamentari in capo ai medesimi soggetti, sebbene in tal caso gli Stati membri possano esercitare i relativi poteri fino all'intervento della Commissione europea[70].
Non bisogna trascurare che la maggior parte dei soggetti designati ha la propria sede in uno Stato membro (Irlanda); si dubita, pertanto, che un serio *enforcement* sia ipotizzabile ad opera del corrispondente DSC, anche considerato che il medesimo organo è competente per tutte le altre ipotesi regolamentari non connesse alle VLOP e ai VLOSE.
Alla luce delle predette considerazioni, si ritiene rilevante il ruolo attivo della Commissione anche per gli obblighi non supplementari, ipotizzabile solo attraverso un importante supporto alla competente Direzione "Piattaforme" della DG *Connect*.

Poteri
Dopo aver delineato il sistema di *governance* progettato dal Regolamento, si rappresenta che la Commissione, d'ufficio o su richiesta del DSC, si avvale dei poteri di indagine anche prima dell'avvio del procedimento istruttorio (articolo 65); si tratta di una pre istruttoria effettuata dall'istituzione europea, a seguito della quale la Commissione può discrezionalmente decidere di avviare un'indagine formale o adottare misure provvisorie (Considerando 138 e 139).
A tal proposito, quando la Commissione europea, in base alle proprie valutazioni discrezionali, sospetta la violazione del Regolamento ad opera della condotta delle VLOP e dei VLOSE, l'avvio del procedimento istruttorio è notificato, oltre che al fornitore interessato, anche ai DSC e al Comitato per il tramite del sistema di condivisione delle informazioni, evitando potenziali violazioni del principio del *ne bis in idem* (articolo 66)[71].
I poteri di indagine utilizzabili dalla Commissione, anche per il tramite dei DSC interessati, sono le richieste di informazioni, i poteri di audizione, le ispezioni e le

europea ed al Comitato (articolo 55). Con riferimento ai reclami, AGCOM, con delibera n. 41/24/CONS del 14 febbraio 2024, avviava un procedimento istruttorio finalizzato all'adozione delle procedure per la presentazione dei reclami.

[70] Per F. PIZZETTI, *Accordo sul DSA*, in Agenda digitale, 26 aprile 2022, uno degli aspetti più importanti del nuovo pacchetto normativo è l'attribuzione di un potere rilevante alla Commissione chiamata a vigilare direttamente sul rispetto delle nuove regole.

[71] In base ad un comunicato stampa del 14 marzo 2024, si apprende che la Commissione europea ha aperto un procedimento formale nei confronti di AliExpress al fine di verificare la violazione del Regolamento, ed in particolare, delle disposizioni sull'organizzazione e mitigazione dei rischi, la moderazione dei contenuti e il sistema interno di trattamento dei reclami, la trasparenza della pubblicità e i sistemi di raccomandazione, la tracciabilità degli operatori commerciali e l'accesso ai dati per i ricercatori.

ISSN 2036-7821

azioni di monitoraggio, le cui informazioni raccolte sono funzionali "*esclusivamente*" all'applicazione del Regolamento (articolo 66, paragrafo 3 e 79, paragrafo 5)[72].
Riguardo alle richieste di informazioni che devono essere evase "*entro un termine ragionevole*" (articolo 67)[73], la Commissione europea può acquisirle, oltre che dalle VLOP e dai VLOSE interessate, anche da qualsiasi altra persona fisica o giuridica che agisce per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale (ad esempio le organizzazioni che effettuano le revisioni); la Commissione europea, inoltre, dovrebbe poter chiedere informazioni anche a "*qualunque autorità pubblica, organismo o agenzia negli Stati membri*" inclusi i DSC (Considerando 141).
Con riferimento, invece, al potere di audizione (articolo 68), previo consenso la Commissione europea può ascoltare qualsiasi persona fisica o giuridica, registrando al contempo l'audizione. Al pari della richiesta di informazioni, l'obiettivo è la raccolta di informazioni pertinenti alla presunta violazione; tuttavia, nella fattispecie l'ambito soggettivo sembra più ampio, necessitando, altresì, il consenso della persona, motivo per il quale il Regolamento non prevede alcuna sanzione. L'istituto in esame rientra comunque nei poteri di indagine della Commissione europea, differenziandosi strutturalmente dal diritto di essere ascoltati (*right to be heard*) delle parti che se espletato oralmente comporta un'audizione di fronte alla Commissione europea.
In relazione ai poteri di ispezione espletati nei confronti dei medesimi soggetti sottoposti a richieste di informazioni (articolo 69), la Commissione europea può accedere ai locali e sigillarli, esaminare libri e documenti su qualsiasi supporto (estraendo eventualmente copia), accedere al sistema informatico, agli algoritmi e alla gestione dei dati, effettuando al contempo domande al personale con contestuale verbalizzazione[74].
Infine, la Commissione europea può effettuare, anche tramite esperti e revisori esterni, un'azione di monitoraggio dell'attuazione degli obblighi regolamentari da

[72] Anche nella fattispecie, la Commissione europea informa sia il Comitato che il DSC del luogo di stabilimento (articolo 66, paragrafo 4).
[73] Fermo restando il diritto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione europea, l'omessa risposta nei termini o la comunicazione di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti è potenzialmente oggetto di sanzioni pecuniarie (articolo 74) e penalità di mora (articolo 76).
[74] Fermo restando il diritto di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea per il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione europea, il rifiuto di sottoporsi ad un'ispezione è potenzialmente oggetto di sanzioni pecuniarie (articolo 74) e penalità di mora (articolo 76). Si veda inoltre l'articolo 2 ("*Spiegazioni fornite durante le ispezioni*") del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 della Commissione europea del 21 giugno 2023 relativo alle modalità dettagliate di attuazione da parte della Commissione di determinate procedure a norma del *digital service act* (*infra* Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201).

ISSN 2036-7821

parte di VLOP e VLOSE (articolo 72), ordinando, eventualmente, l'accesso a banche dati e algoritmi (e relative spiegazioni) e la conservazione dei documenti necessari[75].
Quanto ai poteri di esecuzione esercitabili a seguito dell'avvio del procedimento, la Commissione europea si avvale dei medesimi poteri attribuiti ai DSC[76].
Preliminarmente, al fine di evitare il "*rischio di danni gravi*" per i destinatari del servizio, la Commissione ha il potere di adottare misure provvisorie senza attendere l'esito del procedimento avviato (articolo 70); le predette misure cautelari sono possibili solo se l'istituzione europea constati *prima facie* la sussistenza di un'infrazione agli obblighi regolamentari da parte della VLOP e del VLOSE (Considerando 142).
Inoltre, la Commissione europea può rendere vincolanti gli impegni offerti dalle VLOP e dai VLOSE, purché garantiscano la conformità alle disposizioni regolamentari (articolo 71); in tal caso, la decisione dell'istituzione europea termina il procedimento avviato a carico delle parti.
Infine, l'avvio del procedimento da parte della Commissione europea in caso di sospetto di violazione regolamentare è collegato, salva eventuale decisione di archiviazione, alla successiva decisione di non conformità (*non-compliance*) con potere di ordinare l'adozione delle misure necessarie (correttive) e/o di irrogare sanzioni pecuniarie non oltre il 6% o l'1% del fatturato annuo (articoli 73 e 74)[77]. Qualora la potenziale violazione riguardi gli obblighi supplementari, l'ordinamento europeo prevede una "*vigilanza rafforzata*" delle misure correttive (articolo 75); in particolare, le VLOP e i VLOSE comunicano un piano di azione dettagliato contenente le misure necessarie ai DSC, al Comitato ed alla Commissione europea. Dopo aver deciso l'idoneità delle misure rispetto alla violazione tenendo in massima considerazione il parere del Comitato, la Commissione europea monitora l'attuazione del piano anche attraverso le relazioni di revisione trasmesse, informando al contempo i DSC ed il Comitato.

[75] Si veda, inoltre, l'articolo 3 del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 sulle azioni di monitoraggio.

[76] La Commissione europea informa il DSC del luogo di stabilimento ed il Comitato qualora adotti misure provvisorie o renda vincolanti gli impegni (articolo 66, paragrafo 4).

[77] Oltre che alle violazioni delle disposizioni regolamentari, la soglia del 6% del fatturato annuo è collegata agli altri poteri decisori della Commissione europea; il riferimento è in particolare sia al non rispetto delle misure provvisorie che alla non conformità agli impegni vincolanti.

Quanto alla soglia dell'1%, si ricollega alla violazione dei poteri di indagine della Commissione europea; il riferimento è nella fattispecie all'omessa, inesatta, incompleta o fuorviante risposta alla richiesta di informazioni, al rifiuto di sottoporsi ad un'ispezione e all'inottemperanza ai provvedimenti adottati nelle azioni di monitoraggio.

ISSN 2036-7821

Al contempo, al fine di imporre alle VLOP e ai VLOSE il rispetto dei poteri decisori, la Commissione europea ha il potere di imporre penalità di mora periodiche non oltre il 5% del reddito giornaliero medio (articolo 76)[78].
Ad ogni modo, in coerenza con l'articolo 261 del TFUE, è previsto un controllo giurisdizionale di merito ad opera della Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti delle decisioni della Commissione europea che irrogano sanzioni pecuniarie e penalità di mora (articolo 81).
Infine, il Regolamento prevede una clausola residuale in base alla quale, qualora una violazione non sia terminata, nonostante i poteri decisori, causando danni gravi, la Commissione europea, previo invito alle parti a presentare osservazioni scritte, domanda al DSC del luogo di stabilimento di chiedere all'autorità giudiziaria una restrizione temporanea dell'accesso al servizio interessato dalla violazione da parte dei destinatari o, in via residuale, all'interfaccia *on line* della VLOP e del VLOSE (articolo 82)[79].
Sull'argomento non si può comunque sottacere la mancanza di coordinamento tra i poteri di indagine e l'obbligo previsto a carico delle VLOP e dei VLOSE di fornire l'accesso ai dati entro un termine ragionevole su richiesta della Commissione europea funzionale alla verifica della conformità regolamentare (articolo 40). Quest'ultima ipotesi contempla altresì la spiegazione dei sistemi algoritmici, come esplicitato sia per le ispezioni che nelle azioni di monitoraggio. Ad ogni modo, si ritiene che l'accesso ai dati costituisca un obbligo supplementare a carico delle VLOP e dei VLOSE la cui violazione comporti una potenziale decisione di non conformità e/o sanzionatoria ad opera della Commissione; al contrario, le altre ipotesi rappresentano un'esplicazione dei poteri di indagine attribuiti dal Regolamento alla Commissione per lo svolgimento dei compiti assegnati.

Diritti delle parti

Si è visto fino ad ora che la Commissione europea è titolare di una serie di poteri che utilizza nell'ambito del procedimento amministrativo avviato in caso di sospetta violazione delle disposizioni regolamentari di relativa competenza, anticipato eventualmente dalla cosiddetta preistruttoria nell'ambito della quale utilizza i poteri di indagine a disposizione.
Ciò premesso, la Commissione europea emana le constatazioni preliminari (*preliminary findings*), punto di partenza per l'eventuale successivo esercizio dei

[78] Nello specifico, l'irrogazione di penalità di mora periodiche tende ad imporre la fornitura di informazioni corrette e complete, la sottoposizione ad ispezioni, la conformità alle misure provvisorie, agli impegni vincolanti e alle *non compliance decisions* della Commissione europea.
[79] Considerato il richiamo all'articolo 51, paragrafo 3, del Regolamento, si ritiene che la fattispecie sia applicabile solo alle violazioni che integrino un reato grave che comporti una minaccia per la vita o la sicurezza delle persone.

ISSN 2036-7821

poteri di adottare decisioni di non conformità, sanzioni o penalità di mora; in sostanza, al pari della *statement of objections* nel diritto della concorrenza, si tratta di un atto formale in cui la Commissione europea prende una posizione preliminare ufficiale, sollevando obiezioni su specifiche questioni.
Oltre ad informare il DSC del luogo di stabilimento ed il Comitato sulle constatazioni preliminari, tenendo in massima considerazione il relativo parere del Comitato nella successiva decisione (articolo 66), la Commissione europea garantisce i diritti di difesa delle parti interessate sia mediante accesso al fascicolo che tramite il diritto di essere ascoltati (articolo 79 e Considerando 146).
Ebbene, la Commissione europea può emanare decisioni legittime solo se le relative obiezioni provenienti dalle constatazioni preliminari siano state garantite da un corretto esercizio del *right to be heard* ad opera delle parti interessate (articolo 79, paragrafo 3).
Propedeutico al *right to be heard* è il diritto di accesso al fascicolo della Commissione europea.
Nel fascicolo confluiscono, oltre ai documenti della Commissione e di altre autorità, anche le informazioni provenienti dall'esercizio dei poteri di indagine nei confronti di VLOP, VLOSE e di qualsiasi altra persona fisica o giuridica che agisce per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale (ad esempio le organizzazioni che effettuano le revisioni).
Sebbene il Regolamento non definisca le "*parti interessate*", dal Considerando 146 si deduce che siano tali le VLOP e i VLOSE e le "*altre persone soggette all'esercizio dei poteri della Commissione i cui interessi possono essere lesi da una decisione*"; in proposito, l'articolo 5 del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 prevede che la Commissione conceda l'accesso al fascicolo all'istante destinatario delle constatazioni preliminari tramite la fornitura di tutti i documenti ivi citati.
In base al Regolamento, il diritto di accesso al fascicolo si svolge secondo una "*divulgazione negoziata*"; tuttavia, in caso di disaccordo tra le parti, la Commissione europea impone la procedura di divulgazione in base ad una decisione (articolo 79, paragrafo 4)[80].
Ad ogni modo, il Regolamento prevede che siano protetti i segreti commerciali (articolo 79, paragrafo 4); in questo senso, il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 dispone che dai documenti citati nelle constatazioni preliminari siano

[80] In base al Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201, la divulgazione di tutti i documenti del fascicolo senza espunzioni "*può essere effettuata per via elettronica o (per alcuni o per tutti i documenti) presso i locali della Commissione*" (articolo 5, paragrafo 3, lettera e). Tuttavia, in circostanze eccezionali, l'istituzione europea effettua un bilanciamento tra i benefici ai fini del diritto di essere ascoltati dell'ostensione di un documento ed il danno potenziale per colui che ha presentato lo stesso; a seguito di tale analisi, è possibile escludere l'accesso a determinati documenti o permettere un accesso parziale (articolo 5, paragrafo 4, del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201).

ISSN 2036-7821

espunti parti connesse alla protezione dei segreti aziendali o altre informazioni riservate (articolo 5, paragrafo 2), come individuate dalle VLOP, dai VLOSE e da qualsiasi altra persona fisica o giuridica che agisce per fini connessi alla propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale, che forniscono, al contempo, una versione non riservata (*non-confidential version*) con descrizione sintetica delle parti espunte (articolo 6).
La Commissione europea può comunque ritenere che eventuali ipotesi non costituiscano segreti commerciali o, sebbene siano ritenute tali, sussista un interesse prevalente alla divulgazione, informando, al riguardo, gli interessati che, in assenza di opposizione, si disporrà l'accesso; al contrario, nel caso di opposizione, la Commissione europea emana una decisione motivata (articolo 6, paragrafo 6).
Infine, il diritto di accesso al fascicolo non include le informazioni riservate e i documenti interni della Commissione europea, del Comitato, dei DSC e di altre autorità pubbliche, inclusa la corrispondenza (articolo 79, paragrafo 4).
Si rammenta, in proposito, che il Regolamento prevede un potere sanzionatorio pecuniario della Commissione europea in caso di violazione ad opera delle parti interessate delle condizioni di accesso al fascicolo (articolo 74, paragrafo 2, lettera f).
Sulla base delle conoscenze acquisite con l'esercizio dell'accesso agli atti, le parti interessate esercitano eventualmente il diritto di essere ascoltati in merito alle constatazioni preliminari della Commissione europea (articolo 79, paragrafo 1 e Considerando 146).
Primariamente, il *right to be heard* consiste nella presentazione di osservazioni scritte (non oltre cinquanta pagine) entro un termine ragionevole (non inferiore a quattordici giorni) stabilito dalla Commissione europea in una delle lingue ufficiali dell'Unione europea (articolo 4 del Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201).
A seguito di un'interpretazione sistematica derivante dalla lettura degli articoli 79 e 83 del Regolamento, si poteva ampliare la nozione del *right to be heard* anche alle audizioni orali come avviene nel campo del diritto europeo della concorrenza; in effetti, da un lato l'articolo 79 parla genericamente di osservazioni, dall'altro l'articolo 83 si riferisce alle "*audizioni previste dall'articolo 79*". Tuttavia, il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1201 emanato dalla Commissione europea si focalizza sulle sole osservazioni scritte, limitando il *right to be heard* rispetto alla potenziale apertura regolamentare. L'eventuale riconoscimento delle osservazioni orali avrebbe garantito, oltre ad una più completa esplicazione del diritto di essere ascoltati per le parti interessate, anche una maggiore possibilità per la Commissione europea di verificare in modo diretto la consistenza delle constatazioni preliminari. Tuttavia, l'istituzione europea avrebbe avuto una posizione parziale in assenza di una figura più indipendente come il consigliere auditore (T*he Hearing Officer*) istituito

ISSN 2036-7821

al di fuori della DG Competition nel diritto della concorrenza europeo in cui si occupa anche di garantire il diritto di accesso al fascicolo e la riservatezza.

5. Conclusioni.

Si è effettuata un'analisi teorica della disciplina regolamentare delineata dal Parlamento europeo e dal Consiglio dei ministri dell'Unione europea che rappresenta l'esito del costituzionalismo digitale e della sovranità digitale nell'Unione europea[81]; in particolare, la regolazione sembra rappresentare un giusto punto intermedio tra il modello privatistico americano (*digital liberalism*) ed il modello pubblicistico ed antidemocratico dei regimi autoritari[82].

La Commissione europea, *dominus* nella *governance* per lo meno sulle VLOP e i VLOSE e titolare di atti delegati[83] e di esecuzione[84], dovrà presentare una relazione, eventualmente corredata di proposte di modifica, agli organi legislativi dell'Unione europea ed al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione delle disposizioni relative, tra le altre, ai rappresentanti legali, al meccanismo di segnalazione e azione, al sistema interno di gestione dei reclami, alla risoluzione extragiudiziale delle controversie, ai VLOP e VLOSE, al contributo per le attività di vigilanza, sull'efficacia dei meccanismi di vigilanza ed applicazione, sul funzionamento del Comitato e sull'impatto nei confronti del diritto alla libertà di espressione e di informazione.

E' evidente, pertanto, che l'applicazione pratica in gran parte espletata a livello decentrato decreterà il successo o meno dell'impianto normativo attuale, motivo per cui la Commissione europea nell'ambito del "*riesame*" si avvale anche delle relazioni

---

[81] G. DE MINICO, *Fundamental rights, european digital regulation and algorithmic challenge*, in Medialaws.ue, 1/2021, p. 21, si sofferma "*on the perspective of the offline constitutional acquis of democratic countries being transported online, in order that a better protection of fundamental rights and liberties be achieved [...]*", precisando poi che "*a binding regulation, although held to a minimum, will be able to draw an algorithm in accordance with the European Constitutional values*".

[82] M. SANTANIELLO, *Sovranità digitale e diritti fondamentali: un modello europeo di Internet governance*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 1/2022, pp. 47-48, parla di "*terza via alla governance di Internet, alternativa tanto al modello di private self-regulation promosso dagli USA quanto al modello statocentrico a guida governativa sostenuto dai regimi autoritari*". In senso contrario T. E. FROSINI, *L'ordine giuridico del digitale*, in Giurisprudenza Costituzionale, fasc.1, 1° febbraio 2023, pag. 377, il quale afferma che "*non è da condividere la scelta della UE, peraltro opposta a quella adottata negli USA, di regolare gli sregolati con un profluvio di norme di dettaglio, alcune delle quali di difficile attuazione e pertanto rimandate alla concreta applicazione da parte dei singoli Stati*".

[83] In conformità all'articolo 290 TFUE, l'articolo 87 del Regolamento prevede il potere di adottare atti delegati (in parte, come visto, esercitato) per gli articoli 24 ("*Obblighi di comunicazione trasparente per i fornitori di piattaforme on line*"), 33 ("*Piattaforme online di dimensioni molto grandi e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi*"), 37 ("*Revisioni indipendenti*"), 40 ("*Accesso ai dati e controllo*") e 43 ("*Contributo per le attività di vigilanza*").

[84] In conformità all'articolo 291 TFUE, il Regolamento prevede atti di esecuzione ad opera della Commissione europea (in parte, come visto, emanati) per gli articoli 15 ("*Obblighi in materia di relazioni di trasparenza per i prestatori di servizi intermediari*"), 24 ("*Obblighi di comunicazione trasparente per i fornitori di piattaforme on line*"), 43 ("*Contributo per le attività di vigilanza*"), 83 ("*Atti di esecuzione relativi all'intervento della Commissione*") e 85 ("*Sistema di condivisione delle informazioni*").

ISSN 2036-7821

annuali dei DSC. Conseguentemente, il prossimo futuro sarà utile a comprendere se la disciplina europea attuale possa fungere da punto di riferimento a livello globale, procedendo, in caso contrario, ad effettuare gli appositi correttivi alla luce delle indicazioni della Commissione europea. Durante la trattazione è emersa comunque l'opportunità di correggere l'articolo 13 del Regolamento nella versione italiana, laddove paventa la facoltà piuttosto che l'obbligo di nomina del rappresentante legale. Al contempo, si potrebbe valutare l'inserimento espresso delle audizioni orali insieme all'istituzione di una figura indipendente che tuteli anche il diritto di accesso e la riservatezza, garantendo con maggiore efficacia il *right to be heard* delle VLOP e dei VLOSE, anche considerate le potenziali sanzioni irrogabili.

Ad ogni modo, l'impianto normativo costituisce una vera e propria rivoluzione nel campo del digitale che regolamenterà nel prossimo futuro i servizi digitali nello spazio europeo[85]. L'Unione europea è intervenuta sul mercato interno dei servizi intermediari attraverso un atto di *hard law* direttamente applicabile, prevedendo una funzionalizzazione del potere privato al perseguimento di un interesse pubblico costituito da un ambiente *on line* fondato sui diritti della Carta[86].

Nella sostanza, è importante comprendere la reale implementazione della clausola del buon samaritano, valutando in termini più generali l'attività di moderazione dei contenuti dei prestatori di servizi intermediari ed in particolare delle piattaforme[87].

Nella fattispecie emerge da un lato un problema di concentrazione delle piattaforme digitali[88], dall'altro un "*power to disseminate*" informazioni assai diffuso rispetto al

[85] In questi termini F. G. MURONE, *Il Digital Service Act e il contrasto ai contenuti illeciti (pt. II)*, in Ius in itinere, 28 febbraio 2022.

[86] Nel senso di una funzionalizzazione del potere privato ad un interesse pubblico diretto alla tutela dei diritti di libertà E. CREMONA, *Le piattaforme digitali come public utilities: perchè non applicare alcuni principi di servizio pubblico*, cit. Quanto ai poteri privati in generale G. DI GASPARE, *Poteri privati e Corporation nella globalizzazione*, 847-869, in Rivista Diritto Pubblico, n. 3/2021; R. PARDOLESI, *Piattaforme digitali, poteri privati e concorrenza*, 941-960, in Rivista Diritto Pubblico, n. 3/2021; M. R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna 2022, 138 ss.; E. CREMONA, *I poteri privati nell'era digitale. Libertà costituzionali, regolazione del mercato*, tutela dei diritti, Napoli 2023. M. Betzu, *Poteri pubblici e poteri privati nel mondo digitale*, in P. Costanzo-P. Magarò -L. Trucco, Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica, Napoli 2022, 39-68.

[87] Secondo L. ALBERTINI, *Sulla responsabilità civile degli internet service provider per i materiali caricati dagli utenti (con qualche considerazione generale sul loro ruolo di gatekeepers della comunicazione*, in MediaLaws, Law and Media Working Paper Series, 2019, n. 4, pp. 1-182, sebbene "t*utti i grandi provider si riservino questa facoltà, probabilmente poi nei fatti non controllano alcunché: a meno che ciò venga in via automatica tramite i filtri oppure dopo denuncia di illecito*".

[88] L. M. KHAN, *Amazon's Antitrust Paradox*, in The Yale Law Journal, 2017, 710 ss.; S. MANNONI, G. STAZI, *Is Competition a Click Away? Sfida al monopolio nell'era digitale*, Napoli 2018; N. SMYRNAIOS, *Internet Oligopoly. The Corporate Takeover of Our Digital World*, Bingley, 2018, spec. 83 ss.; M. MOORE, D. TAMBINI, *Digital Dominance. The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, New York 2018; F. BASSAN, *Innovazione tecnologica e regolazione nell'Unione Europea, I mercati dell'algoritmo tra concorrenza e protezione dei dat*i, in S. DOMINELLI, G. L. GRECO, *I mercati dei servizi fra regolazione e governance*, Torino 2018, 20-21; L. ZINGALES, F. M. LANCIERI, *Committee on Digital Platforms: Policy Brief. Chicago Booth*, 2019, Stigler Center for the Study of the Economics and the State; F. DUCCI, *Natural Monopolies in Digital Platform Markets*, Cambridge 2020, 24 ss.; N. PETIT, *Big Tech and the Digital*

ISSN 2036-7821

passato[89]. Ciò significa che pochi soggetti dovranno moderare una moltitudine di informazioni, senza considerare che la stessa individuazione dei contenuti illegali sarà problematica per piattaforme che operano all'interno di plurimi Stati con potenziali differenti ordinamenti giuridici.

In tale ambito, oltre all'iniziativa dei fornitori di servizi intermediari, sarà fondamentale il ruolo svolto dai cittadini che se attivi nell'esercizio dei propri diritti tramite il meccanismo di segnalazione e gli altri istituti potranno dare un forte impulso all'implementazione della Carta e della legalità; grazie anche ad una maggiore trasparenza all'interno delle condizioni generali, l'iniziativa dei destinatari sarà altresì utile per contrastare i processi di selezione delle informazioni ad opera delle piattaforme nei sistemi di raccomandazione.

In proposito, saranno utili le relazioni di trasparenza con le decisioni adottate, sia di iniziativa, che a seguito di segnalazioni/reclami, dai fornitori di servizi intermediari nell'attività di moderazione dei contenuti, nonché i provvedimenti adottati dagli attori istituzionali nazionali ed europei coinvolti nella *governance* del *digital service act* e gli eventuali correlati contenziosi giurisdizionali instaurati.

Con specifico riferimento alle VLOP e ai VLOSE, sarà utile verificare l'applicazione della valutazione dei rischi sistemici e delle conseguenti misure di attenuazione riguardanti qualsiasi sistema algoritmico anche nella moderazione dei contenuti[90]; non è infatti casuale che a parte un potere di accesso ai dati necessari a verificare la conformità regolamentare (articolo 40), la Commissione europea, sia nell'ambito del potere di effettuare ispezioni (articolo 69) che nelle azioni di monitoraggio (articolo 72), possa accedere e richiedere chiarimenti/spiegazioni sugli algoritmi[91].

Economy: The Moligopoly Scenario, Oxford 2020; A MANGANELLI, *Il regolamento Eu per i mercati digitali: ratio, criticità e prospettive di evoluzione*, in Mercato Concorrenza Regole fasc. 3/2021, 473-500.

[89] I. A. HARTMANN, *A new framework for online content moderation*, Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, in https://doi.org/10.1016/j.clsr.2019.105376, precisa che "*There is far less concentration in the power to disseminate information. Whereas before there was a very small number of people capable of making judgement calls on the circulation of specific instances of information that would reach a wide audience, now billions of people make decisions on what to share, forward or give visibility to on a daily basis*", aggiungendo poi che "*if problems with the quality of speech arise as a collateral damage of the Internet, we should not hurry to blame it on the fact that access to media is more democratic.*". L. FABIANO, *Le potenzialità manipolative della democrazia digitale fra interessi pubblici e poteri privati*, cit., ritiene che "*le tecnologie informatiche della comunicazione (ICT) presentano delle evidenti differenze con i media tradizionali in primo luogo con riguardo al c.d. "modello comunicativo" giacché i media precedenti (tanto la stampa quanto radio e televisione) erano improntati ad un modello c.d. "one to many" ed orientati ad una comunicazione unidirezionale (ove è ben distinto il ruolo di coloro che esprimono il messaggio e di coloro che lo ricevono); diversamente le ICT sono strumenti di comunicazione c.d. "many to many" e si caratterizzano per il fatto che tutti gli utenti che li utilizzano sono allo stesso tempo produttori e riceventi dell'informazione*".

[90] In proposito, D. DESAI, J. KROLL, *Trust but Verify: A Guide to Algorithms and the Law*, in Harward Journal of Law and Technology, 2017; M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, in Stanford Technology Law Review, 2016. Si riferisce agli obblighi di trasparenza algoritmica O. POLLICINO, *Contraddizioni americane, europee e la ricerca di un terreno comune*, in Medialaws.eu, 17 giugno 2021.

[91] Secondo F. PASQUALE, *The black box society*, 2015, considerato che "*The Power to include, exclude, and rank is the power to ensure which public impressions become permanent and which remain fleeting*", è tempo "*for us as citizens to*

ISSN 2036-7821

In proposito, è opportuno rilevare che l'attuale sistema di *governance* per le VLOP e i VLOSE basato su poteri esclusivi della Commissione e poteri condivisi con gli Stati membri sulla base del principio del paese d'origine suscita perplessità.
Anche considerata l'attuale dislocazione geografica degli stabilimenti delle VLOP e dei VLOSE, si concentra l'intero sistema di vigilanza su uno o pochi altri Stati membri e sulla Commissione europea; pertanto, il ruolo futuro della Commissione europea ed in particolare dell'ufficio europeo per l'intelligenza artificiale all'interno della DG Connect sarà fondamentale per compensare le difficoltà dei DSC degli Stati membri coinvolti dal principio del paese d'origine.
Nel caso in cui il sistema non regga sarà utile considerare eventuali alternative quali il coinvolgimento, oltre alla Commissione, di altri Stati membri estranei al perimetro del principio del paese d'origine, come avviene attualmente, ai sensi dell'articolo 56, paragrafo 7, del Regolamento, per le ipotesi in cui un fornitore di servizi intermediari, non avendo uno stabilimento nell'Unione europea, abbia omesso di nominare un rappresentante legale.

demand that important decisions about our financial and communication infrastructures be made intelligible, soon, to independent reviewers— and that, over the years and the decades to come, they be made part of a public record available to us all". Sul tema della creazione di una agenzia si veda anche A. TUTT, *An FDA for Algorithms,* in Administrative Law Review, 2017.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il futuro del regionalismo differenziato: tra sfide complesse e opportunità di innovazione per l'Italia

di Francesco Conte

(Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata – Facoltà di Giurisprudenza)

Sommario

1. Introduzione. - 2. Il percorso verso un regionalismo "asimmetrico". - 3. Il "disegno" di legge per l'attuazione dell'autonomia differenziata. - 4. Cosa sono i LEP e come cambiano con la legge di bilancio 2023. - 5. La necessità di "equilibrio" tra autonomia e armonizzazione del federalismo fiscale. - 6. Le "modalità" di finanziamento dell'autonomia differenziata. - 7. Considerazioni conclusive: sfide complesse o opportunità di innovazione.

Abstract

This paper examines Italy's differentiated regionalism, focusing on the Calderoli Law and Essential Levels of Performance (LEP). It explores legal and financial challenges, assessing their impact on national unity, interregional solidarity, and fundamental rights. Attention is given to territorial disparities, financing mechanisms, and constitutional coherence, questioning whether the reform fosters innovation or risks structural fragmentation, while addressing the balance between regional autonomy and national cohesion.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Le autonomie territoriali, autentici pilastri dell'assetto costituzionale italiano, hanno assunto un rilievo significativo sin dalle prime fasi dei lavori dell'Assemblea costituente, riflettendo la loro cruciale importanza nel panorama politico e istituzionale dell'epoca. Tale "aspirazione" verso un assetto autonomistico, si è manifestata come una "norma guida"[1], derivante dalla consapevolezza dei limiti dell'accentramento istituzionale ed amministrativo dei periodi storici precedenti, sia di matrice liberale che fascista.[2]

Nel corso degli anni, è dunque emersa con sempre maggiore evidenza la necessità di trovare un equilibrio tra l'unità e l'indivisibilità dello Stato e il riconoscimento delle autonomie locali all'interno del sistema giuridico italiano. Questa esigenza ha implicato (o istigato) [3] la ricerca di una sintesi armoniosa tra le disposizioni della Costituzione e il fenomeno del decentramento, comunemente designato con il termine "regionalismo". [4]

Il cosiddetto "regionalismo differenziato", sebbene abbia visto alcune timide e iniziali iniziative «prontamente abbandonate in concomitanza del dibattito sul federalismo fiscale e dell'adozione della legge n. 42 del 2009»[5], è stato formalmente introdotto nella Carta costituzionale con la riforma del Titolo V, operata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, la quale ha aggiunto il comma 3 all'articolo 116.[6]

In particolare, questo intervento legislativo ha reso possibile per le Regioni a statuto ordinario l'ottenimento di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, previa richiesta e accordo con lo Stato centrale.

Tale innovazione normativa è stata in gran parte sollecitata (seppur con percorsi differenti)[7] dal dinamismo e dalla determinazione manifestati dalle Regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto.[8]

---

[1] G. BERTI, *Art. 5*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanchelli-Foro Italiano, 1975, 277.

[2] E. GIARDINO, *La costituzione dimenticata, il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Fasc. n. 1/2021, 89.

[3] B. CROCE, in *Atti dell'Assemblea Costituente*, 11 marzo 1947, 2008.

[4] F. ALBIONE, *I nuovi equilibri giuridici tra ambiente e paesaggio sullo sfondo della transizione ecologica*, in Rivista Giuridica dell'Edilizia, Fasc. n. 4/2023, 231.

[5] Legge 5 maggio 2009 n° 42, *Delega al governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione*; così inoltre in A. NAPOLITANO, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 2/2023, 67; ID., *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in Federalismi.it, Fasc. n. 21/2018, 3.

[6] D. CODUTI, *La differenziazione nella Repubblica delle autonomie*, Torino, 2022, 1.

[7] Per un maggior approfondimento sul tema si veda A. NAPOLITANO, *Il regionalismo differenziato alla luce delle recenti evoluzioni. Natura giuridica ed effetti della legge ad autonomia negoziata*, in Federalismi.it, Fasc. n. 21/2018, 26.

[8] A. NAPOLITANO, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata,* in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 2/2023, 67.

ISSN 2036-7821

Nonostante la scelta di alcune Regioni dell'Italia centrosettentrionale di avanzare richieste di una maggiore autonomia rispetto a quella attuale, fenomeno noto come "secessione dell'efficienza"[9], l'effettiva realizzazione e attuazione di tali principi ha incontrato molteplici ostacoli e ritardi significativi.

Il primo tentativo di formalizzare una maggiore autonomia regionale, noto come "*devolution*", fu introdotto tramite un'iniziativa legislativa del Senato nel dicembre del 2002. Sebbene il trasferimento completo e incondizionato di alcune competenze legislative, amministrative e fiscali alle Regioni, pur mantenendo la sovranità in capo allo Stato centrale[10], rappresentasse indubbiamente un salto di qualità nel processo di riforma istituzionale, tale prospettiva non trovò mai piena attuazione all'interno del quadro normativo nazionale.[11] La legge n. 131 del 2003, comunemente nota come "legge La Loggia", pur intervenendo su numerosi aspetti del rapporto tra Stato e Regioni, non fornì indicazioni precise circa le modalità di attuazione dell'autonomia differenziata prevista dall'art. 116, comma 3, della Costituzione, lasciando di fatto un evidente vuoto normativo, che per lungo tempo non venne colmato.[12]

Successivamente a una prima fase di elaborazione preliminare, il percorso dell'autonomia differenziata ha intrapreso un complesso e prolungato iter negoziale tra il Governo centrale e le Regioni richiedenti, scandito da diverse fasi intermedie di fondamentale importanza.

Tra i più rilevanti si annoverano le riforme costituzionali del 2005 e del 2016, entrambe sottoposte a referendum popolare, ed entrambe respinte dalla volontà popolare.[13] Solo nel 2017 si verificò una svolta significativa, con i referendum nelle Regioni Veneto e Lombardia, che ottennero un ampio consenso popolare a favore dell'autonomia differenziata. A seguito di queste consultazioni, la Regione Emilia-

[9] N. ROSSI, *Prefazione*, in A. GIOVANARDI, D. STEVANATO (a cura di), *Autonomia, differenziazione, responsabilità*, in Marsilio, 2020, 13; in particolare, secondo l'argomentazione avanzata da Andrea Giovanardi e Dario Stevanato, si delineerebbe un tentativo obbligato di perseguire la disintermediazione statale, sfruttando gli strumenti legislativi disponibili, a partire dall'articolo 116, comma 3 della Costituzione, al fine di ottenere ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in ambiti individuati dalla medesima disposizione costituzionale. Questo approccio riflette la convinzione di poter agire in maniera più efficace ed efficiente, sia per il proprio interesse che per il bene dell'intera comunità di appartenenza. Al riguardo, si veda D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. Tentativi di attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. e limiti di sistema*, Torino, 2019, 36; D. GRANARA, *Il principio autonomistico nella Costituzione*, Torino, 2019, 116; G. MACCIOTTA, *Il mezzogiorno e il regionalismo differenziato: sviluppo ed equità*, in G. COCO, C. DE VINCENTI (a cura di), *Una questione nazionale. Il Mezzogiorno da «problema» a «opportunità»*, Bologna, 2020, 187.

[10] S. CASSESE, *Il nuovo titolo V della Costituzione Stato/Regioni e Diritto del lavoro*, in Lavoro nelle p.a., fasc. 5/ 2002, 677.

[11] F. FABRIZZI, A. POGGI, G. M. SALERNO (a cura di), *Ripensare il Titolo V a vent'anni dalla riforma del 2001*, in Federalismi.it, Fasc. n. 20/2022, vi.

[12] S. AGOSTA, *L'infanzia 'difficile' del nuovo art. 116, comma 3, Cost.*, in E. BETTINELLI, F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2004.

[13] D. CASANOVA, *Il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato*, in Convegno Gruppo di Pisa, 18-19 settembre 2020, 1; M. BOCCACCIO, *L'attuazione dell'art. 116 della Costituzione: il regionalismo differenziato*, in Assonime, Fasc. n. 6/2020.

ISSN 2036-7821

Romagna avviò anch'essa il procedimento previsto dall'art. 116, comma 3, e, nel febbraio 2018, furono sottoscritte le prime pre-intese con il Governo Gentiloni, che prevedevano il trasferimento di competenze in numerose materie, tra cui istruzione, tutela della salute e protezione civile.[14] Il processo è stato caratterizzato da un progressivo affinamento delle istanze regionali e delle risposte normative statali, culminando nella necessaria riflessione sull'equilibrio tra l'unità nazionale e il riconoscimento di forme di autonomia sempre più ampie.[15] La riflessione ha raggiunto una svolta decisiva con l'approvazione della legge n. 86 del 26 giugno 2024, conosciuta come legge Calderoli, la quale ha sollevato numerosi interrogativi, delineando un vero e proprio "rebus giuridico" [16] e generando un intenso dibattito dottrinale.[17]

L'introduzione di nuove modalità per l'attuazione delle prerogative regionali ha reso questa legge un punto cruciale nella riorganizzazione dei rapporti tra Stato e autonomie territoriali, mirando a bilanciare l'autonomia delle Regioni con l'unità della Repubblica e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini. Gli obiettivi principali riguardano la definizione delle funzioni degli enti locali, il riassetto delle forme associative e degli enti minori, nonché l'attuazione del principio di federalismo fiscale, richiedendo una valutazione attenta delle ripercussioni sull'assetto costituzionale complessivo, nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dalla Carta costituzionale.[18]

Il presente contributo intende offrire un'analisi critica e articolata delle implicazioni giuridiche, finanziarie e amministrative del regionalismo differenziato, concentrandosi sulle recenti evoluzioni normative e sul dibattito dottrinale che

[14] M. COSULICH (a cura di), *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Napoli, 2021.

[15] Sull'argomento si sottolineano E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 16 comma 3 Cost: profili problematici di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in www.osservatoriosullefonti.it , Fasc. n. 2/2018; R. BIN, *Regionalismo differenziato e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in Istituzioni del Federalismo, 2008, 9; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali questioni ancora aperte?*, in www.forumcostituzionale.it , Fasc. n. 11/2018; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 452; L. ANTONINI, *L'assetto finanziario delle autonomie speciali tra pseudo vincoli di sistema, opzioni politiche e prospettive*, in Giur. cost., 2015, 2358; G. DELLA CANANEA, *Autonomie e perequazione nell'art. 119 della Costituzione*, in Istituzioni del Federalismo, 2005, 127; G. CEREA, *Regionalismi del passato e federalismo futuro: cosa insegna l'esperienza delle autonomie speciali*, in Le Regioni, 2009, 453; G. C. DE MARTIN, *Contraddizioni e incoerenze nella riforma costituzionale in materia di autonomie territoriali*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, 2015, 19; G. C. POLA, *La finanza degli enti territoriali*, in Amministrare, 2016, 239; E. ROTELLI, *Autonomie e territori nei progetti formativi dei professori di scienze amministrative (1976-1993)*, in Amministrare, 2016, 271.

[16] D. CODUTI, *La differenziazione nella Repubblica delle autonomie*, Torino, 2022, 2.

[17] A tal proposito, tra i più recenti contributi, si veda F. PIZZETTI, *Prime osservazioni sul ddl "Disposizioni per l'autonomia differenziata delle regioni a statuto ordinario*, in Astrid, 2023; G. LAURI, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, Osservatorio AIC, Fasc. n. 3/2023; S. VALAGUZZA, *Il diritto delle città e il dibattito sull'autonomia differenziata*, Federalismi, 19/2019; M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, Osservatorio AIC, Fasc. n. 5/2023.

[18] A. FERRARA, *L'autonomia differenziata alla prova dell'attuazione*, in Federalismi.it, 2023, 2.

ISSN 2036-7821

accompagna questa riforma strutturale. Particolare attenzione è dedicata ai principali ostacoli normativi e alle tensioni politiche emerse che hanno segnato questo processo, attraverso una ricostruzione storico-normativa e un approfondimento della giurisprudenza costituzionale rilevante.
Segue un approfondimento sulle modalità di attuazione dell'autonomia differenziata, con un'analisi della legge Calderoli e delle sue implicazioni istituzionali. In particolare, vengono esaminati i meccanismi di stipula delle intese Stato-Regioni, la loro durata e i sistemi di verifica del rispetto dei Livelli Essenziali di Prestazione (LEP), identificati come elemento cardine per assicurare l'equità territoriale nell'accesso ai diritti fondamentali.
La riflessione si estende poi al delicato equilibrio tra l'autonomia finanziaria regionale e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica, considerando le tensioni derivanti dal principio di solidarietà interregionale e dal rispetto del Principio costituzionale del "Pareggio" di bilancio. In questo contesto, vengono analizzati i sistemi di compartecipazione ai tributi erariali, il superamento del criterio della spesa storica e l'introduzione dei fabbisogni standard, strumenti volti a favorire una più equa distribuzione delle risorse e una maggiore efficienza nella gestione pubblica.
Infine, il contributo propone una riflessione sistemica sulle opportunità e le criticità che caratterizzano l'attuazione dell'autonomia differenziata, tenendo conto del contesto politico e istituzionale italiano. La recente sentenza della Corte costituzionale n. 192 del 2024, che ha individuato importanti profili di illegittimità nella disciplina vigente, offre un ulteriore spunto per analizzare le implicazioni della riforma e il suo impatto sul modello di governance territoriale.
L'obiettivo è contribuire a un dibattito informato su una delle questioni più rilevanti per la modernizzazione istituzionale del Paese, valutandone sia le potenzialità sia i rischi per la coesione e l'efficienza del sistema pubblico.

2. Il percorso verso un regionalismo "asimmetrico"

La legge 26 giugno 2024, n. 86 rappresenta un punto di svolta nel processo di riforma del regionalismo italiano, introducendo un quadro legislativo di natura "incrementale" che consente alle Regioni a statuto ordinario di espandere le proprie competenze negli ambiti stabiliti dal terzo comma dell'articolo 116 e in altre tre materie che normalmente sono assegnate in competenza esclusiva allo Stato.[19]

[19] M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in Osservatorio AIC, Fasc. n. 5/2023, 32; le materie su cui è possibile trasferire maggiori autonomie alle Regioni a statuto ordinario sono in totale ventitré. Di queste, venti rientrano nella categoria della "legislazione concorrente", mentre tre sono di competenza esclusiva dello Stato ma possono essere trasferite alle Regioni sulla base dell'articolo 116 della Costituzione, che prevede condizioni particolari di

ISSN 2036-7821

La riforma non solo promuove l'accesso a maggiori competenze legislative, ma introduce una forma di regionalismo "asimmetrico", la cui natura discrimina e differenzia le Regioni sulla base delle loro esigenze specifiche e della volontà politica di ciascuna, profilando immediatamente un regime di deroga rispetto agli standard giuridici.[20] Questo approccio ha il potenziale di generare un significativo impatto istituzionale, accentuando le differenze esistenti tra le varie Regioni e, di conseguenza, rafforzando la frammentazione del potere a livello subnazionale.
La differenziazione e l'asimmetria, sebbene apparentemente in contraddizione con il principio di uniformità giuridica dello Stato, rappresentano, in realtà, una risposta dinamica alle esigenze di governance territoriale più efficienti e in linea con le diverse realtà regionali.[21] Tuttavia, è altrettanto importante riconoscere che la configurazione di un sistema asimmetrico porta con sé delle sfide considerevoli, soprattutto in termini di equilibrio tra autonomia locale e coesione nazionale. In questo contesto, il dibattito sull'autonomia differenziata pone l'Italia di fronte a un interrogativo di rilievo su come bilanciare, da una parte, il rafforzamento delle autonomie regionali e, dall'altra, il mantenimento di una solidarietà interregionale e dell'unità della Nazione. [22]
La "clausola" di asimmetria emerge dunque come elemento di notevole rilevanza (e complessità) nel contesto trattato, poiché costituisce uno strumento volto alla

autonomia. Tali materie comprendono l'organizzazione della giustizia di pace, le norme generali sull'istruzione, nonché la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

[20] In tema si veda G. ROLLA, *Alcune considerazioni in merito a fondamento costituzionale del regionalismo speciale. L'apporto del diritto comparato*, in Federalismi, Fasc. n. 2/2015, 333.

[21] B. BALDI, *Asimmetria e differenziazione regionale delle politiche: approfondimenti per un'agenda di ricerca*, in Istituzioni del Federalismo, 2020, 873; nello specifico, il concetto di asimmetria emerge in modo significativo negli studi sul federalismo, a partire dall'analisi pionieristica di C. Tarlton (1965), che distingue tra asimmetrie *de facto* e asimmetrie *de jure*. Le asimmetrie de facto si riferiscono a differenze sostanziali esistenti tra le unità regionali, come quelle legate allo sviluppo economico, demografico e culturale. Queste disuguaglianze riflettono disparità reali e non formalizzate, ma che influenzano profondamente il funzionamento delle diverse entità territoriali. D'altro canto, le asimmetrie *de jure* derivano da differenze formalmente riconosciute nelle competenze o nello status giuridico delle regioni, sancite dal quadro costituzionale o legislativo. Questa distinzione risulta cruciale per comprendere la variabilità nell'esercizio dell'autonomia e del self-rule in uno Stato caratterizzato da pluralità territoriali. L'asimmetria *de facto* include aspetti come le differenti capacità politico-amministrative delle regioni, tema particolarmente rilevante durante la gestione della pandemia di Covid-19. In quel contesto, la diversa capacità di risposta delle strutture sanitarie regionali ha messo in luce disuguaglianze non solo economiche, ma anche istituzionali, evidenziando come tali asimmetrie possano avere effetti diretti sulla governance territoriale. L'asimmetria *de jure*, invece, riflette scelte deliberative che riconoscono a determinate regioni livelli di autonomia più elevati per rispondere a specifiche esigenze socio-economiche o culturali. Un esempio paradigmatico è rappresentato dalle Regioni a Statuto Speciale, le quali godono di maggiori competenze rispetto a quelle a Statuto Ordinario, configurando un modello di governance differenziata all'interno dello stesso ordinamento. Per un approfondimento sulla fondamentale distinzione tra asimmetria *de jure* e *de facto*, si veda R. WATTS, *Comparing federal systems*, Kingston, 3° ed. 2008, 43.

[22] Cfr. F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, in Le Istituzioni del Federalismo, Fasc. n. 2/2018, 255; A. MASTROMARINO, *Il federalismo disaggregativo. Un percorso costituzionale negli Stati multinazionali*, Milano, 2010.

ISSN 2036-7821

"rivitalizzazione" di un regionalismo attenuato, configurandosi come un'opportunità per il "rilancio" dello Stato regionale.[23] Tuttavia, la sua applicazione concreta pone una serie di dilemmi interpretativi e normativi, quali l'estensione di tali nuove forme di autonomia alle Regioni a statuto speciale e l'effettivo contenuto del principio di solidarietà, che dovrebbe guidare l'evoluzione delle relazioni interregionali. Risulta pertanto necessario chiarire i limiti e le modalità di applicazione del principio di asimmetria, al fine di evitare che esso diventi uno strumento di disuguaglianza strutturale piuttosto che un'opportunità per una governance territoriale più equa.
L'evoluzione del regionalismo italiano, sviluppatasi attraverso l'utilizzo di una configurazione "ibrida" [24] tra il federalismo simmetrico applicato alle Regioni ordinarie e il regionalismo asimmetrico di ispirazione "spagnola"[25] adottato per le Regioni a statuto speciale, richiede pertanto una riflessione più approfondita sulla natura del "compromesso"[26] istituzionale che si sta delineando con l'obiettivo di

[23] A. FERRARA, *I criteri e le materie dell'asimmetria*, in Italian Papers on Federalism, 2021, 4.

[24] M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in Federalismi.it, 2019, 9. Il regionalismo italiano, nella sua formulazione originaria sancita dalla Costituzione del 1948, si configura come un modello ibrido che coniuga il federalismo simmetrico, applicato alle Regioni a statuto ordinario, con il regionalismo asimmetrico, di ispirazione spagnola, riservato alle Regioni a statuto speciale. In questo contesto, il Costituente ha valutato attentamente l'opportunità di prevedere una specialità statutaria, demandando tuttavia l'attuazione concreta delle specificità regionali all'adozione di leggi costituzionali, in grado di garantire un adattamento flessibile della struttura istituzionale alle particolari esigenze delle diverse realtà territoriali.

[25] Nello specifico, la costituzione spagnola prevede che un numero limitato di competenze sia attribuito in via esclusiva allo Stato, mentre tutte le altre possano essere esercitate dalle regioni, le cosiddette Comunità autonome, previa richiesta al governo centrale di trasferire tali funzioni e le risorse necessarie al loro finanziamento. Le Comunità autonome possono inoltre assumere anche alcune delle competenze esclusive dello Stato nei limiti previsti dalla legge statale. Si tratta quindi di un federalismo alla carta dove, è possibile identificare tre differenti categorie di comunità autonome, distinte in base al grado di decentramento delle funzioni. Dal punto di vista del finanziamento, le 17 comunità autonome possono dividersi in altri due grandi gruppi, ovvero le comunità forali e quelle appartenenti al regime comune. Le prime godono di una certa autonomia finanziaria, in quanto hanno la possibilità di riscuotere ed amministrare direttamente una buona parte delle imposte che generalmente vengono gestite dal governo, versando allo Stato una quota minima del gettito riscosso per il finanziamento delle loro funzioni. Le altre regioni invece appartengono al regime comune, che disciplinano, amministrano e riscuotono direttamente le imposte sulla ricchezza, godendo altresì di una certa capacità normativa per gestire la quota da devolvere di tali imposte. Anche in Spagna, sono previsti dei fondi perequativi per ridurre le disparità di entrate. Per un maggior approfondimento sul tema si v. G. ARACHI, L. SALVADORI, *Regionalismo differenziato e risorse finanziarie*, Policy Paper, Regione Lombardia Consiglio Regionale, 2017, 10; M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in Federalismi.it, 2019, 9.

[26] A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u.c. cost.)*, Osservatorio AIC, Fasc. n. 4/2020, 313; una delle prime questioni emerse, all'epoca, riguardava la compatibilità tra l'inversione dell'elenco delle competenze legislative e il mantenimento delle autonomie speciali, poiché si temeva che tale riforma avrebbe potuto svuotare di significato le autonomie regionali speciali sancite dalla Costituzione. Il timore era che le entità dotate di autonomie costituzionali potessero essere limitate dall'elencazione delle competenze, specialmente considerando che le Regioni ordinarie avevano la possibilità di esercitare competenze residuali. Tuttavia, tale ipotesi non ha mai trovato reale sostegno. La persistenza delle autonomie per le Regioni a statuto speciale, e in particolare i privilegi finanziari loro attribuiti, entrava in conflitto con le Regioni ordinarie caratterizzate da elevati redditi pro-capite, come ad esempio il Veneto, che contribuiva in modo significativo alla spesa pubblica

ISSN 2036-7821

assicurare un bilanciamento equo tra l'autonomia regionale e la coesione nazionale.[27] Parte del problema, tuttavia, risiede nell'incapacità di distinguere tra un'asimmetria basata sul principio di solidarietà e una che si piega a una dinamica puramente competitiva. Questa difficoltà riflette una mancata comprensione della differenza valoriale tra un'organizzazione asimmetrica che mira al buon governo e un'asimmetria che, al contrario, rivendica il diritto di alcune aree del Paese di utilizzare e distribuire risorse scarse in modo differenziato, mantenendo o addirittura accentuando le disuguaglianze socio-economiche di partenza.[28]

Con la riforma del titolo V della Costituzione, il regionalismo italiano è diventato – di fatto – "quasi simmetrico", poiché ha avvicinato, e in alcuni casi persino superato, il modello "competenziale" delle Regioni ordinarie rispetto a quello delle Regioni a statuto speciale, giustificando così la previsione contenuta nell'art. 10 della legge costituzionale n. 3/2001. [29]

Alla luce delle riflessioni svolte, emerge con chiarezza come il dibattito sull'autonomia differenziata rifletta la complessità delle dinamiche legislative e politiche italiane, caratterizzate da una crescente tensione tra la valorizzazione dello sviluppo regionale e la salvaguardia dell'unità nazionale. [30] Tale tensione, già presente nell'epoca post-unitaria, ha favorito l'affermarsi di un regionalismo a "geometria variabile" [31], il quale richiederebbe oggi non tanto l'introduzione di nuove forme di autonomia, quanto piuttosto una revisione critica di quelle esistenti, considerando che alcune di esse potrebbero aver perso la loro originaria legittimazione storica.[32] Resta pertanto da comprendere se l'applicazione dell'autonomia differenziata costituisca una reale opportunità di innovazione

---

senza beneficiarne appieno. Al fine di affrontare queste problematiche, si è sviluppata la cosiddetta clausola di "asimmetria".

[27] Per un maggior approfondimento sul tema si veda P. GIANGASPERO, *La nascita delle Regioni speciali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *Il regionalismo italiano dall'Unità alla Costituzione e alla sua riforma*, Milano 2012, 119.

[28] E. GROSSO, *Intervento introduttivo* in C. BERTOLINO, A. MORELLI, G. SOBRINO (a cura di), *Regionalismo differenziato e specificità regionale: problemi e prospettive. Atti del IV Convegno annuale della rivista Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, in Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Fasc. n. 17/2020, 32; in particolare, l'Autore sottolinea che la premessa non risiede nell'esistenza di specifiche ragioni organizzative che giustifichino modalità peculiari di esercizio del potere governativo, connesse alle caratteristiche particolari di un territorio (montano, insulare, di confine, ecc.), e quindi con una funzione "compensativa". Piuttosto, emerge un principio più ampio e strutturale, secondo il quale l'uguaglianza formale di ogni cittadino della Repubblica di fronte al potere pubblico non è più considerata di per sé un valore assoluto e inderogabile.

[29] L. DELL'ATTI, *Intergovernmental relations e attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. Considerazioni prospettiche sull'evoluzione delle forme di governo*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 2/2023, 18.

[30] A. GIOVANARDI, D. STEVANATO (a cura di), *Autonomia, differenziazione, responsabilità*, in Marsilio, 2020, 21; la letteratura sul punto è ovviamente amplissima. Sul tema, in particolare, si richiama E. FELICE, *Perché il sud è rimasto indietro?*, Bologna, 2013, 17.

[31] P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, Torino, 2019, 34.

[32] E. GIARDINO, *La costituzione dimenticata, il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Fasc. n. 1/2021, 89.

ISSN 2036-7821

istituzionale per l'Italia oppure un "quadro complesso" [33] di difficile interpretazione in cui si alternano, da un lato, una prospettiva che rafforza il potere "riservato" [34] delle Regioni e, dall'altro, un orientamento che privilegia un "dialogo" [35] più stretto con l'esecutivo nazionale.

3. Il "disegno" di legge per l'attuazione dell'autonomia differenziata

Il provvedimento trae origine da un disegno di legge di iniziativa governativa (AS. 615), collegato alla legge di bilancio per gli anni 2023-2025, specificamente all'articolo 1 commi 791-801, il cui esame in sede referente presso la I Commissione Affari Costituzionali del Senato della Repubblica è iniziato il 3 maggio 2023, dove sono stati abbinati altri due progetti di legge di iniziativa parlamentare (AS 273 e 62) e una petizione popolare.[36] Tutte queste disposizioni mirano esplicitamente a dare attuazione a quanto previsto dall'articolo 116, comma 3, della Costituzione, sebbene sia stato un percorso "lento e singhiozzante"[37], attribuibile in gran parte anche a eventi contingenti quali l'emergenza pandemica e le situazioni di conflitto bellico.[38]

---

[33] Cfr. A. MORELLI, *Regionalismo differenziato e autonomia speciale: un quadro complesso*, in Diritti regionali, Fasc. n. 3/2019, 2; nonché ID., *Fonti e procedimenti dell'asimmetria*, in Federalismi.it, Fasc. n. 5/2020, 80; D. GALLIANI, *All'interno del Titolo V: le «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» di cui all'art. 116.3 Cost. riguardano anche le Regioni a Statuto speciale?*, in Le Regioni, Fasc. n. 2-3/2003, 419; ID., *Brevi osservazioni su due concetti apparentemente opposti ma probabilmente speculari: specialità e regionalismo differenziato*, in Le Istituzioni del Federalismo, Fasc. n. 2/2003, 221; R. TONIATTI, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in Le Regioni, Fasc. n. 4/2017, 646.

[34] A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116 u.c. cost.)*, Osservatorio AIC, Fasc. n. 4/2020, 318.

[35] E. GIANFRANCESCO, *L'attuazione dell'articolo 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in Consulta OnLine (www.giurcost.org), Fasc. n. 1/2020, 43.

[36] Servizio Studi presso la Camera dei Deputati, *Le Regioni e l'autonomia differenziata*, in www.camera.it, 2024, 4; M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in Osservatorio costituzionale AIC, Fasc. n. 5/2023, 34.

[37] R. DI MARIA, *La procedura per l'attuazione del c.d. "regionalismo differenziato": dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 1/2023, 30.

[38] Il presente provvedimento legislativo, non partendo da un'iniziativa governativa, rappresenta la fase iniziale di un processo che ha avuto origine nel 2017, quando Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna hanno avanzato richieste specifiche di autonomia, dopo il naufragio della riforma costituzionale che includeva la clausola di supremazia statale. Tale tematica è tornata in evidenza in seguito ai referendum regionali di Lombardia e Veneto e all'adozione di un documento di indirizzo da parte della Giunta Regionale dell'Emilia-Romagna. Ciò ha condotto alla stipula degli Accordi preliminari, noti come Accordi Bressa, previsti dall'articolo 116, terzo comma della Costituzione. In seguito, il tema dell'autonomia differenziata ha attraversato diverse fasi caratterizzate da frequenti cambiamenti e interruzioni, principalmente a causa delle variazioni nella maggioranza governativa e dell'evolversi dell'emergenza legata alla pandemia da Sars-Cov-2. Da quando è stato formato il governo Conte I, ad eccezione del periodo guidato dal governo Draghi, ogni esecutivo ha presentato la propria proposta di legge sulla differenziazione o di accordo. Recentemente, con l'insediamento del governo Meloni, è emerso un testo elaborato dal ministro per gli Affari Regionali e le Autonomie, Roberto Calderoli (noto come bozza), che è stato successivamente incorporato, con modifiche, nel disegno di legge attualmente in esame al Parlamento. Per un approfondimento ulteriore su questa tematica, si rimanda ai contributi di F. G. CUTTAIA, *L'autonomia regionale differenziata è approdata in Parlamento: punti fermi e nodi da sciogliere*, in Astrid Rassegna, Fasc. n. 8/2023, 2, e di G.

ISSN 2036-7821

L'emergenza sanitaria sembra aver accentuato una tendenza che caratterizza le dinamiche istituzionali sin dall'inizio dell'esperienza regionalista italiana: una visione "congiunturale"[39] delle autonomie; questa prospettiva ha spinto le classi dirigenti a considerare l'autonomia come un "valore da esaltare" o una "diseconomia", a seconda dell'utilità politica che essa potesse garantire nelle diverse situazioni contingenti.[40]

Il disegno di legge in questione, strutturato in undici articoli, affronta tre nodi problematici di primaria importanza, con l'obiettivo di definire un quadro normativo che consenta il rispetto dell'unità nazionale e l'eliminazione delle discriminazioni nell'accesso ai servizi essenziali.

In primo luogo, il fine ultimo del disegno di legge è istituire una procedura per le intese territoriali che, rispondendo alle specifiche esigenze delle singole regioni, favorisca la semplificazione dei processi autonomistici e assicuri una distribuzione equilibrata delle competenze, conformemente ai principi di sussidiarietà e differenziazione.[41] La finalità dell'intervento si concretizza attraverso una serie di disposizioni che regolano la procedura per l'ottenimento delle forme di autonomia, la regolamentazione della durata delle intese stipulate, la determinazione delle clausole finanziarie, nonché l'istituzione di misure perequative e di promozione dello sviluppo economico e della coesione sociale.[42]

In secondo luogo, il disegno di legge affronta la cruciale determinazione dei Livelli Essenziali di Prestazione (LEP), come previsto dall'articolo 117, primo comma, lettera m) della Costituzione, riformato nel 2001 con la revisione del Titolo V. La normativa affida al Governo il compito di definire i LEP entro un termine iniziale di 24 mesi, prorogabile in considerazione della complessità tecnica e politica del processo. La definizione dei LEP è subordinata all'adozione di provvedimenti legislativi finalizzati a garantire le risorse finanziarie necessarie, assicurando così che le prestazioni essenziali possano essere erogate in modo uniforme su tutto il territorio

---

LAURI, *Le "proposte Calderoli" sull'autonomia differenziata (e una controproposta)*, in Osservatorio costituzionale, Fasc. n. 3/2023, 8.

[39] Cfr. A. RUGGERI, *Il federalismo all'italiana e l'uso «congiunturale» della Costituzione*, in Forum di Quad. cost., 9 luglio 2001; E. BALBONI, *Uso congiunturale della Costituzione: le proposte di riforma dell'art. 79*, in Quad. cost., Fasc. n. 1/2003, 147; A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 2, della Costituzione*, in Federalismo fiscale, Fasc. n. 1/2007, 140; C. IANNELLO, *Asimmetria regionale e rottura dell'unità nazionale*, in Rass. Dir. Pubbl. eur., Fasc. n. 2/2019, 18; A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in Rass. Dir. Pubbl. eur., Fasc. n. 2/2019, 29.

[40] A. MORELLI, *L'incerta attuazione del regionalismo differenziato*, in ID. (a cura di), *La differenziazione nella Repubblica delle autonomie*, Torino, 2022, 102.

[41] C. BUZZACCHI, *Audizione Commissione Affari costituzionali del Senato, in relazione ai disegni di legge n. 615 e connessi*, Università Milano Bicocca, 2023.

[42] M. GORLANI, *Regionalismo differenziato e materie oggetto di trasferimento: valutazioni politiche e criticità tecniche, organizzative e finanziarie*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 1/2023, 47.

ISSN 2036-7821

nazionale. Questo passaggio è fondamentale per evitare che l'autonomia delle Regioni si traduca in disparità nell'accesso ai servizi essenziali.
I LEP riguardano ambiti strategici quali istruzione, sanità e sicurezza sociale, settori in cui la garanzia di standard minimi di prestazione è indispensabile per tutelare i diritti fondamentali dei cittadini. Tuttavia, la loro effettiva definizione e implementazione è stata storicamente caratterizzata da ritardi significativi, con il risultato di accentuare le disomogeneità tra le Regioni, specie tra quelle economicamente più forti e quelle con minore capacità fiscale. Queste differenze hanno generato un dualismo nel Paese, compromettendo l'uniformità del sistema di welfare e minando il principio costituzionale di uguaglianza sostanziale. Pertanto, la definizione dei LEP rappresenta non solo una priorità normativa, ma anche un imprescindibile strumento per ridurre i divari territoriali e garantire la coesione sociale. La questione della loro "definizione", applicazione e "copertura" finanziaria sarà oggetto di ulteriori approfondimenti nei capitoli successivi.
Infine, il disegno di legge disciplina l'approvazione delle "intese", richieste dalle regioni ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, al fine di ottenere "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia". Le disposizioni stabiliscono che l'iniziativa per tali intese spetta alla regione interessata, previa consultazione degli enti locali, nel rispetto delle proprie competenze statutarie.
L'approvazione della legge di differenziazione è articolata dunque in "tre fasi distinte"[43], e prevede una serie di adempimenti procedurali, la cui ratifica (o eventuale cessazione anticipata)[44] è sottoposta al vaglio delle due Camere, le quali devono esprimersi favorevolmente con la maggioranza assoluta dei rispettivi componenti.

[43] Inizialmente, il Presidente della Regione avanzerebbe una richiesta di attribuzione di ulteriori forme di autonomia al Consiglio dei Ministri e al Ministro competente per gli affari regionali. Subito dopo, entro un termine di sessanta giorni, si procederebbe a una valutazione ministeriale delle risorse finanziarie necessarie, coinvolgendo i Ministri competenti nonché il Ministro dell'Economia e delle Finanze, al fine di assegnare tali risorse conformemente alla legge n. 42/2009. Qualora, trascorsi trenta giorni, la valutazione ministeriale non fosse espressa, si aprirebbe la possibilità di avviare il negoziato tra lo Stato e la Regione interessata. Successivamente, una volta trascorsi i sessanta giorni, avrebbe luogo la terza e ultima fase, durante la quale sarebbero avviati i negoziati per definire le materie da riferire ai Livelli Essenziali di Prestazione (LEP). Al termine di questo processo, si procederebbe alla redazione di uno schema di intesa preliminare, il quale, entro novanta giorni, sarebbe sottoposto all'approvazione delle Camere tramite un atto di indirizzo. L'iter si concluderebbe con la predisposizione di uno schema di intesa definitivo, il quale sarebbe sottoscritto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Presidente della Giunta Regionale.

[44] Al raggiungimento della scadenza naturale dell'accordo, a meno che non vi sia un diverso accordo da parte dello Stato, l'intesa si presume rinnovata automaticamente per lo stesso periodo di durata. Riguardo al rinnovo tacito, il disegno di legge prevede che la decisione di non proseguire con l'accordo possa essere comunicata anche unilateralmente da una delle due parti. Inoltre, il Senato ha introdotto la possibilità di cessazione dell'accordo, sempre a maggioranza assoluta dei membri delle Camere, nel caso in cui lo Stato eserciti il potere sostitutivo per motivi di coesione e solidarietà sociale, dovuti alla mancata osservanza da parte della regione degli obblighi relativi ai Livelli Essenziali di Prestazione.

ISSN 2036-7821

La durata massima delle intese è fissata a dieci anni, e il disegno di legge prevede meccanismi di verifica del rispetto dei livelli essenziali di prestazione, i quali saranno monitorati da organismi quali la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Economia e delle Finanze o la regione stessa. Al fine di promuovere tali obiettivi, il provvedimento prevede l'istituzione di una Cabina di Regia, supportata dal Comitato tecnico per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (CLEP)[45], volta a facilitare il processo di negoziazione governativa e a delineare i Livelli Essenziali di Prestazione (LEP) entro un periodo di 12 mesi dall'entrata in vigore della normativa.[46]

Nell'ambito della riforma sull'autonomia differenziata nazionale italiana, emerge inoltre un'importante interconnessione tra i Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP) e i Livelli Essenziali di Assistenza (LEA). I LEP rappresentano il livello minimo di servizio garantito su tutto il territorio nazionale al fine di assicurare un'equa distribuzione delle risorse e superare le disparità territoriali nell'accesso ai diritti civili e sociali. D'altra parte, i LEA[47], già disciplinati dal decreto legislativo n. 502/1992 e dal DPCM del 12 gennaio 2017, definiscono il quadro delle prestazioni sanitarie garantite a tutti i cittadini, stabilendo i servizi essenziali che il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) deve erogare in maniera uniforme sul territorio. [48]

---

[45] Si tratta di un organo, istituito Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 23 marzo 2023, il cui compito è quello di fornire dei contributi se richiesti dalla Cabina di regia riguardanti la ricognizione del quadro normativo e delle funzioni nelle materie oggetto di autonomia, la ricostruzione della spesa sostenuta sia a livello statale che regionale, l'individuazione di materie o ambiti di materie riferibili ai LEP, la fissazione dei LEP per la loro determinazione tramite i DPCM e l'individuazione dei costi e dei fabbisogni standard. Il CLEP è presieduto dal Giudice emerito della Corte costituzionale, Sabino Cassese, e comprende alcuni dei massimi esperti della comunità scientifica e istituzionale. Il CLEP avrà il compito di determinare concretamente i costi e i fabbisogni standard di ciascun servizio pubblico, operando in supporto alla Cabina di Regia guidata dal Presidente del Consiglio. I componenti del CLEP sono organizzati in dieci gruppi di lavoro, ciascuno dedicato a una specifica area di competenza.

[46] Il ruolo della Cabina di Regia include diverse competenze, quali la ricognizione della normativa statale e delle funzioni di Stato e Regioni ordinarie, in conformità all'articolo 116, comma 2, la identificazione delle materie riferibili ai Livelli Essenziali di Prestazione (LEP), e la loro determinazione, secondo quanto stabilito dall'articolo 17 della legge n.196/2009. Inoltre, una commissione tecnica trasmette alla Cabina di Regia le proposte tecniche relative ai costi e ai fabbisogni per le materie indicate nell'articolo 116, comma 3. Sul tema si veda in particolare G. CASILLI, *Verso la necessaria determinazione dei LEP: la Cabina di regia governativa, tra "pre-intese" e DDL "Calderoli"*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 2/2023, 123.

[47] Senza alcuna pretesa di esaustività, sull'argomento si rinvia a M. ATRIPALDI, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in Federalismi.it, Osservatorio di Diritto Sanitario, 2017, 2 ss.

[48] Cfr. R. ARCANO, I. MAROCCIA, G. TURATI, Cosa *insegna l'esperienza dei LEA per l'autonomia differenziata*, Osservatorio CPI, 2023, 2-3; F. G. CUTTAIA, *I limiti dell'autonomia regionale differenziata da osservare in materia di tutela della salute*, in Federalismi.it, Fasc. n. 26/2023, 45. Sull'evoluzione storico-normativo dei LEA si rinvia a F. S. FLORIO, *L'evoluzione dei LEA tra i recenti interventi normativi e le prospettive di riforma*, in C. BOTTARI (a cura di), *I livelli essenziali delle prestazioni sociali e sanitarie*, Santarcangelo di Romagna, 2014, 53; in particolare, il Decreto legislativo numero 502 del 1992, in ottemperanza al dettato costituzionale, sancisce il diritto fondamentale alla salute quale interesse individuale e collettivo, assicurandone la tutela attraverso il Servizio Sanitario Nazionale e garantendone l'implementazione in aderenza ai principi costituzionali. I Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), con una struttura distintiva e articolata rispetto ad altri Livelli Essenziali di Prestazione (LEP), costituiscono

ISSN 2036-7821

Il testo normativo così delineato mette in risalto tre principi fondamentali: l'iniziativa spetta alla regione, che esprime la sua richiesta motivata di acquisizione di funzioni e compiti previa "consultazione" degli enti locali; segue un negoziato "bilaterale"[49] (*rectius*: patto politico)[50] tra il governo e la regione interessata, che culmina nella stipula di "un'intesa" quale «strumento cui è demandata abitualmente la regolazione dei rapporti tra i diversi livelli territoriali che compongono la Repubblica»[51]; infine, l'intesa deve essere approvata dal Parlamento con maggioranza assoluta, mediante una legge rinforzata. L'*iter* procedurale così descritto consentirebbe alle regioni italiane di acquisire una sfera di competenza amministrativa e legislativa autonoma,

---

un'articolazione cruciale di tale diritto, fornendo prestazioni sanitarie imprescindibili per la realizzazione del diritto alla salute dei cittadini. In particolare, la normativa del 1992 imponeva alle regioni e alle province autonome di adottare il Piano sanitario nazionale, un documento triennale elaborato dal Governo che delineava le aree prioritarie di intervento per affrontare le disparità nell'offerta dei servizi sanitari tra le diverse regioni. Nel 1996, con il Decreto Ministeriale del 22 luglio, venne definito un elenco di prestazioni specialistiche accessibili mediante il pagamento del solo ticket. Nel 1998, venne introdotto il diritto all'accesso gratuito a specifiche prestazioni sanitarie per i pazienti affetti da determinate patologie, configurando così un primo elenco di prestazioni minime garantite a livello statale, sebbene non ancora formalmente identificate come LEA. Il riconoscimento ufficiale dei LEA avvenne nel 1999, con il Decreto legislativo numero 229, che stabiliva i livelli essenziali e uniformi di assistenza definiti dal Piano sanitario nazionale e prescriveva che l'individuazione di tali livelli dovesse avvenire contestualmente all'allocazione delle risorse finanziarie. Il Decreto legislativo numero 56 del 2000 introdusse l'utilizzo dei LEA come indicatori di monitoraggio, rispondendo alla necessità di valutare sistematicamente la qualità e la quantità delle prestazioni sanitarie erogate. Con la legge di riforma costituzionale numero 3 del 2001 e le relative modifiche al Titolo V, fu introdotta la nozione di "Livelli Essenziali delle Prestazioni", riguardanti i diritti civili e sociali. Nello stesso anno, con i Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 novembre e del 12 dicembre, vennero istituiti gli indicatori LEA per il monitoraggio del rispetto degli standard sanitari in ciascuna regione del territorio nazionale. All'interno del panorama sanitario, emerge la prospettiva di un futuro quadro normativo che contempli intese tra l'autorità centrale e le entità regionali, delineando così ulteriori margini di autonomia. Tuttavia, le valutazioni sull'efficacia dell'autonomia differenziata nel settore sanitario mostrano una netta divergenza di opinioni. Da un lato, vi è chi propugna che la delega di tali prerogative alle istituzioni locali possa conferire maggiore incisività alle politiche sanitarie, mentre dall'altro si sollevano interrogativi riguardo alla sua efficacia senza una uniforme applicazione su tutto il territorio nazionale. Tale dibattito sottolinea l'importanza di un approccio ponderato e attentamente calibrato nell'articolare le dinamiche di autonomia nel contesto sanitario, considerando sia gli obiettivi di efficienza ed efficacia nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, sia la necessità di garantire un equilibrato accesso ai servizi da parte dei cittadini su tutto il territorio nazionale.

[49] A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116, comma 3 della Costituzione*, in Federalismo fiscale, Fasc. n. 1/2007, 159.

[50] A. RUGGERI, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, cit., in Consulta Online, Fasc. n. 3/2019, 602.

[51] F. GALLARATI, *Il ruolo del Parlamento nell'attuazione del regionalismo differenziato*, in DPCE Online, Fasc. n. 1/2019, 80; per un maggior approfondimento sul concetto di intesa nei rapporti tra Stato e Regioni si veda S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano, 2008, e ID., *Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in Federalismi.it, Fasc. n. 6/2004, 10; A. D'ATENA, *Sulle pretese differenze tra intese «deboli» e pareri, nei rapporti tra Stato e Regioni*, in Giur. cost., 1991, 3908; G. RIZZA, *Le intese costituzionali tra enti territoriali: tipologia, orientamenti della Corte e spunti ricostruttivi*, in Scritti sulle fonti normative e altri temi di vario diritto in onore di V. Crisafulli, Padova, 1985, 705.

ISSN 2036-7821

definendo un quadro normativo in cui la centralità statale si integra armoniosamente con una più ampia "autonomia" territoriale.

Tuttavia, tale innovazione costituzionale ha sollevato numerosi interrogativi riguardo la sua formulazione, in particolare in relazione al ruolo istituzionale (e ai poteri effettivi) del Parlamento nel procedimento di adozione della legge di differenziazione.[52] Si evidenziano altresì le implicazioni derivanti dalla "natura" dell'adozione della legge (quadro) ordinaria come strumento normativo utilizzato nonché la sua legittimazione a disciplinare il "rapporto-intesa" tra Stato e Regioni.[53] Infatti, essendo tale legge capace di derogare agli ambiti materiali costituzionalmente previsti per la ripartizione delle competenze, la sua attuazione potrebbe essere interpretata come una potenziale "lesione" dei principi di unità statale, uguaglianza e solidarietà.[54]

---

[52] In particolare, il procedimento di attuazione del regionalismo differenziato in Italia comporta diverse implicazioni di rilievo giuridico e istituzionale che meritano un'analisi approfondita: i) in primo luogo, tale procedura sollecita una riflessione approfondita sulla natura giuridica e sull'efficacia delle intese regionali rispetto alla normativa nazionale. La possibilità per le Regioni di ottenere ulteriori forme di autonomia mediante specifiche intese solleva complesse questioni interpretative riguardanti la gerarchia delle fonti del diritto e il principio di legalità. Si tratta di stabilire in che misura le intese possano derogare alle norme nazionali e quale sia il loro valore giuridico rispetto a queste ultime, soprattutto in un contesto in cui la Costituzione italiana prevede un rigido sistema di ripartizione delle competenze; ii) inoltre, l'influenza di tali intese potrebbe incidere profondamente sulla struttura del governo della Repubblica, determinando una trasformazione del modello di governance da centralizzato a maggiormente decentrato. Questo spostamento di competenze e risorse potrebbe ridisegnare l'equilibrio dei poteri tra Stato e Regioni, con implicazioni significative per la funzionalità e l'efficienza amministrativa. La riorganizzazione delle competenze potrebbe comportare una maggiore autonomia regionale, ma anche la necessità di nuovi meccanismi di coordinamento e controllo per evitare disomogeneità nell'erogazione dei servizi pubblici; iii) infine, la salvaguardia dei diritti costituzionali potrebbe essere messa in discussione qualora le intese regionali introducano disparità nel godimento dei diritti fondamentali. Per un maggior approfondimento sul tema, si veda A. NAPOLITANO, *L'irrinunciabile funzione del Parlamento per una equilibrata e funzionale attuazione del procedimento di autonomia differenziata*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 2/2023, 70; A. MORELLI, *Art. 116*, in F. CLEMENTI, L. CUOCCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo. II Parte, Ordinamento della Repubblica (Art. 55-139) e Disposizioni transitorie e finali*, Bologna, 2018, 325.

[53] Sul tema F. G. CUTTAIA, *L'ampliamento dell'autonomia regionale e il rispetto dei profili unitari, formali e sostanziali: le basi poste dal disegno di legge quadro approvato dal Consiglio dei ministri*, Italian Papers on Federalismi, Fasc. n. 1/2023, 18; in particolare, «la dottrina si è articolata in due principali orientamenti riguardo all'interpretazione dell'intesa tra Stato e Regione in materia di autonomia differenziata. L'orientamento maggioritario sostiene una lettura rigorosa della legge costituzionale, enfatizzando la bilateralità della determinazione del contenuto dell'intesa. In contrasto, una posizione minoritaria argomenta che il ruolo del Parlamento, incaricato di decidere sull'aumento dell'autonomia regionale tramite una procedura di voto rinforzato, risulterebbe ridotto se limitato a una semplice approvazione o disapprovazione. Sebbene, il disegno di legge sembri implicitamente escludere la possibilità di emendare l'intesa, alcune opinioni dottrinali suggeriscono che gli organi legislativi potrebbero esaminare preliminarmente lo schema dell'intesa. L'articolo 2, comma 6, stabilisce infatti che «Con lo schema di intesa definitivo, il Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per gli affari regionali e le autonomie, delibera un disegno di legge di approvazione dell'intesa, che vi è allegata. Pertanto, l'intesa viene allegata al disegno di legge, senza essere inclusa nel testo stesso, impedendo di fatto qualsiasi modifica del suo contenuto».

[54] Sul tema, in particolare, si veda M. PODETTA, *Il tentativo di attuazione dell'autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di Bilancio per il 2023*, Consulta Online, Fasc. n. 2/2023, 355; V. BALDINI, *Il regionalismo differenziato: un pericolo per l'unità dello Stato? Profili teoretici e di diritto positivo*, in A.G. ARABIA, A. IACOVIELLO, G.M.

ISSN 2036-7821

La dottrina costituzionalistica, in tal senso, ha cercato di fornire una "duplice" interpretazione in senso meramente formale[55] e sostanziale[56], tuttavia, in assenza di una costituzionalizzazione dell'iter procedurale e di una consolidata prassi applicativa, la portata effettiva della disposizione resta (tuttora) incerta.

Alla luce delle considerazioni precedentemente esposte, emerge chiaramente che le regioni si troveranno di fronte a sfide burocratiche di notevole portata, che non si limitano alla mera "procedimentalizzazione (ed emendabilità)"[57] dell'intesta tra Stato e Regioni, ma che si estendono anche alla complessa attività di definizione delle materie su cui effettivamente (o inopportunamente)[58] le Regioni avranno la competenza assoluta.[59]

La previsione di autonomie differenziate deve essere dunque attentamente bilanciata con il principio di uguaglianza e con il dovere dello Stato di garantire uniformità nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale, come sancito dall'art. 117 della Costituzione. Il rischio è che una differenziazione eccessiva delle autonomie regionali possa portare a una frammentazione dei diritti e delle garanzie costituzionali, compromettendo il principio di solidarietà e coesione nazionale.

Un compito altrettanto cruciale è rappresentato dalla gestione appropriata (e dal coordinamento) tra differenziazione e risorse finanziarie statali, al fine di agevolare

---

NAPOLITANO, *Differenziazione e asimmetria nel regionalismo italiano*, Milano, 2020, 87; G. M. SALERNO, *L'autonomia differenziata: problema o prospettiva costituzionale?*, in Federalismi, Fasc. n. 19/2023, 5.

[55] Cfr. N. ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, Giuffrè, Milano, 2001, 57; F. FURLAN, *Il regionalismo asimmetrico a pochi passi dalla meta: quali le questioni ancora aperte?*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2018; P. GIANGASPERO, *Ancora sul processo di differenziazione dell'autonomia regionale ordinaria: le prospettive di applicazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra principio negoziale, vincoli procedurali ed impatto sul sistema delle fonti del diritto*, in Le Regioni, Fasc. n. 2/2018, 167-168.

[56] G. COSTA, *Affermare la centralità delle Camere nelle vicende dell'autonomia differenziata. Ipotesi per il dibattito sull'attuazione dell'art. 116, c. 3, Cost. nella XIX Legislatura*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 2/2023, 3; in particolare, «nella fase inaugurale del regionalismo differenziato (2017-2019), emerse una prospettiva di interpretazione di tipo formale, con l'intento di limitare il coinvolgimento parlamentare a una mera approvazione o respingimento del contenuto negoziato dagli organi esecutivi regionali e statali. Tale impostazione attingeva ispirazione dall'articolo 8, comma 3 della Costituzione, che regola i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche. Successivamente, con il cambio di Governo (2019-2023), si manifestò un'inclinazione interpretativa di tipo sostanziale, con l'introduzione di una legge quadro attuativa dell'articolo 116, comma 3 della Costituzione. Questo atto normativo mira a rafforzare il ruolo del Parlamento delineando i principi generali del procedimento, le modalità della fase negoziale per la stipulazione dell'intesa, la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP), e le procedure di trasferimento delle funzioni, nel rispetto dei principi di leale collaborazione tra le istituzioni».

[57] F. G. CUTTAIA, *L'ampliamento dell'autonomia regionale e il rispetto dei profili unitari, formali e sostanziali: le basi poste dal disegno di legge quadro approvato dal Consiglio dei ministri*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 1/2023, 17.

[58] R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in Rivista AIC, Fasc. n. 4/2019, 261.

[59] P. ADAMI, *Autonomia differenziata, il percorso del Ddl Calderoli*, in www.cittànuova.it, 2024.

ISSN 2036-7821

alle regioni più "virtuose" [60] l'attuazione di specifici progetti in settori nei quali è stata richiesta l'autonomia; tema destinato ad essere oggetto di ulteriori dibattiti e approfondimenti nei capitoli successivi.
In conclusione, la proposta di riforma ha suscitato dibattiti e controversie concernenti il potenziale rischio di accentuare le disparità interregionali, specialmente alla luce dell'implementazione, ancora in corso, del federalismo finanziario e dei livelli essenziali di prestazione. Il dibattito riflette dunque due prospettive divergenti: da un lato, alcune regioni esprimono preoccupazione per un possibile indebolimento del sistema di solidarietà nazionale[61], mentre dall'altro, altre vedono nell'autonomia differenziata un'opportunità per promuovere lo sviluppo economico e sociale dei propri territori.
La previsione di autonomie differenziate deve essere quindi attentamente bilanciata con il principio di uguaglianza e con il dovere dello Stato di garantire uniformità nei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale, come sancito dall'art. 117 della Costituzione, evitando il rischio che una differenziazione eccessiva delle autonomie regionali possa condurre a una frammentazione dei diritti e delle garanzie costituzionali.

4. Cosa sono i LEP e come cambiano con la legge di bilancio 2023

Alla luce di quanto appena esposto, occorre dare una definizione specifica di LEP, ovvero i livelli essenziali delle prestazioni, e di come sono stati regolati all'interno della legge di Bilancio 2023.
Nel panorama costituzionale contemporaneo, i Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP) rappresentano uno strumento cruciale per garantire l'uniformità dei diritti fondamentali (civili e sociali) su tutto il territorio nazionale, contribuendo altresì a svolgere una funzione centrale nella promozione di un'equilibrata perequazione economica e finanziaria, attraverso la definizione di standard minimi di prestazioni e servizi che le amministrazioni pubbliche devono assicurare senza disparità.[62]
Sebbene si sia assistito a una definizione organica dei livelli essenziali nel settore sanitario (LEA), in altre aree, come quella dell'assistenza sociale, si sono verificate

[60] E. JORIO, A. F. URICCHIO, *Regionalismo differenziato: gli adempimenti preparatori delle Regioni*, in Astrid Rassegna, Fasc. n. 5/2023, 3; S. MANGIAMELI, *Appunti a margine dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in Le regioni, 665; G.C. DE MARTIN, *Stato e prospettive della specialità regionale*, in L. VANDELLI (a cura di), *Il Governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, Bologna, 2012, 255.

[61] M. LUCIANI, *Le Regioni a statuto speciale nella trasformazione del regionalismo italiano (con alcune considerazioni sulle proposte di revisione dello Statuto della Regione Trentino-Alto Adige)*, in Riv. dir. cost., 1999, 222; G. MOBILIO, *Differenziazione e specialità nella incerta evoluzione del regionalismo differenziato*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" su Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni, 18-19 settembre 2020, 3.

[62] M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in Osservatorio costituzionale AIC, Fasc. n. 5/2023, 34.

ISSN 2036-7821

diverse proposte nel corso del tempo. Tali proposte, tuttavia, spesso hanno mancato di una chiara identificazione ed attuazione delle prestazioni da assicurare sul territorio, generando una frammentazione eterogenea del quadro normativo, in gran parte dovuta alla mancanza di una "definizione" chiara e univoca, impedendo così una regolare applicazione degli standard previsti e compromettendo l'effettiva realizzazione di un sistema di welfare equo e omogeneo. Questo scenario, unitamente al coinvolgimento del Parlamento e all'utilizzo dei Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) per definire e aggiornare con maggior dettaglio i LEA[63], ha rappresentato non solo un ostacolo per la piena attuazione dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali, ma anche per il superamento delle disparità territoriali nell'accesso alle prestazioni sociali.[64]

In aggiunta, la traduzione dei diritti civili e sociali in indicatori e livelli di prestazioni misurabili costituisce un processo intricato, richiedente una valutazione accurata dei servizi erogati, dei relativi costi e dei fabbisogni standard.

Una svolta significativa si è avuta con le leggi di bilancio del 2022 e del 2023, che hanno permesso una definizione più precisa e articolata dei Livelli Essenziali delle Prestazioni Sociali (LEPS), segnando un passo avanti rilevante verso l'armonizzazione e l'uniformità delle prestazioni sociali su scala nazionale, tuttavia, sussistono ancora ambiguità interpretative riguardanti la precisa determinazione di alcuni di tali livelli.

La legge di bilancio 2022 ha introdotto disposizioni volte a istituire un quadro normativo più chiaro e coerente per i LEPS, stabilendo criteri e linee guida per la loro determinazione e gestione. Questa legislazione ha mirato a facilitare un "dialogo istituzionale" tra le autorità centrali e le amministrazioni territoriali al fine di garantirne un'applicazione uniforme su tutto il territorio nazionale, superando le ambiguità interpretative e le disparità territoriali riscontrate in passato. In particolare, la legge ha definito i LEPS come una categoria specifica dei Livelli

[63] Nello specifico il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) del 12 gennaio 2017 stabilisce i nuovi Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), ovvero le prestazioni e i servizi che il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) deve garantire a tutti i cittadini utilizzando le risorse pubbliche. Questo decreto sostituisce il precedente del 2001 e ridefinisce in modo dettagliato le prestazioni sanitarie, aggiornando gli elenchi delle malattie rare e croniche che danno diritto all'esenzione dal ticket e introducendo nuove prestazioni tecnologiche. Il DPCM delinea tre grandi aree di assistenza: i) Prevenzione collettiva e sanità pubblica: si occupa della tutela della salute pubblica attraverso la prevenzione di malattie infettive, la sicurezza sul lavoro, la salute degli animali, la sicurezza alimentare e la promozione di stili di vita sani; ii) Assistenza distrettuale: comprende attività e servizi sanitari sul territorio, come l'assistenza di base, farmaceutica, specialistica, domiciliare, e residenziale; iii) Assistenza ospedaliera: include il pronto soccorso, ricoveri per acuti, riabilitazione, day hospital, attività trasfusionali e trapianti. Le Regioni possono fornire servizi aggiuntivi rispetto ai LEA usando risorse proprie. Per l'aggiornamento dei LEA è stata istituita la Commissione nazionale per l'aggiornamento dei LEA, mentre il Comitato LEA verifica che le prestazioni siano erogate in maniera appropriata ed efficiente.

[64] F. G. CUTTAIA, *L'ampliamento dell'autonomia regionale e il rispetto dei profili unitari, formali e sostanziali: le basi poste dal disegno di legge quadro approvato dal Consiglio dei ministri*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 1/2023, 20.

ISSN 2036-7821

Essenziali delle Prestazioni (LEP), assimilandoli ai Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), e ha fornito indicazioni "dettagliate" sulle modalità di gestione e monitoraggio da parte degli Ambiti Territoriali Sociali (ATS). I dettagli operativi sono stati definiti attraverso i decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) e del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali. Questa disposizione conferisce dunque un ruolo cruciale ai DPCM nella definizione e nell'attuazione dei LEPS, ponendoli come strumenti fondamentali per garantire un coinvolgimento e una partecipazione più attiva delle istituzioni locali nel processo decisionale.[65]

La legge di bilancio 2023 ha ulteriormente rafforzato il contesto normativo riguardante i Livelli Essenziali delle Prestazioni Sociali (LEPS), istituendo una procedura accelerata per la determinazione di tali livelli nelle materie rilevanti per l'attribuzione di forme di autonomia differenziata. Tuttavia, questa legge non si addentra nei dettagli relativi al reperimento delle risorse finanziarie e alla loro suddivisione tra Stato e Regioni.

La definizione tecnica dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP), con la sua complessità e le molteplici interpretazioni giurisprudenziali, richiede dunque un preciso coordinamento tra le risorse disponibili e i livelli di prestazioni da garantire su scala nazionale, in conformità con quanto delineato dalla legge delega sul federalismo fiscale. È dunque essenziale armonizzare il processo di determinazione dei LEP e dei relativi fabbisogni, promuovendo una sinergia tra le strutture tecniche e gli organi politici. Le prime devono sviluppare metodologie di calcolo fondamentate sulle peculiarità delle prestazioni, mentre i secondi devono ponderare tali valutazioni nella definizione delle priorità e dei livelli dei fabbisogni.

La garanzia di un adeguato livello di servizi è essenziale; oltre alla definizione delle suddette soglie, lo Stato deve vigilare sull'adeguatezza delle risorse a disposizione degli enti territoriali e, ove necessario, provvedere al loro incremento. L'introduzione dei LEP è pertanto cruciale per assicurare un'offerta di servizi consona.

Nel quadro costituzionale italiano, si osserva una costante tensione tra il principio di autonomia regionale e le richieste di autonomia differenziata, le quali contribuiscono ad accentuare le disparità socio-economiche tra le varie regioni, in assenza di un efficace meccanismo di perequazione economica e strutturale.[66] Si ravvisa pertanto

[65] Rivolgendoci al DPCM datato 12 gennaio 2017, si riscontra la previsione di ulteriori Livelli Essenziali per affrontare specifiche tematiche, noti come "Nuovi Livelli Essenziali di Assistenza" (LEPTA), quali la disabilità, la non autosufficienza e la tutela dell'ambiente. Questi nuovi LEA rappresentano un ulteriore passo nella definizione e nell'espansione dei LEPS per garantire un'assistenza completa e inclusiva ai cittadini. Tuttavia, va evidenziato che, pur essendo stati delineati, essi rimangono ancora in attesa di sviluppi attuativi, sottolineando la complessità e l'iter procedurale necessario per la loro piena attuazione.

[66] In riferimento alle criticità ivi esposte si prendano in considerazione i seguenti contributi, L. DI MAJO, *Regionalismo differenziato: una questione di metodo, prima ancora del merito*, Rivista AIC, Fasc. n. 1/2020, 233; R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, in Rivista AIC , Fasc. n. 4/2019, 261 ss.; R. CARIDA', *Notazioni sulla portata applicativa dell'art. 116 della Costituzione e funzioni amministrative*, in Dirittifondamentali.it, Fasc. n. 2/2019, 2;

ISSN 2036-7821

una disallineamento tra il concetto costituzionale dei LEP, mirante a garantire uniformità nei diritti fondamentali, e la loro interpretazione prevalentemente di natura tecnico-amministrativa e finanziaria.[67] Il processo ivi esposto, ha così determinato una riconsiderazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP), i quali sono ora interpretati come una mera "soglia di spesa costituzionalmente necessaria" per assicurare l'esercizio effettivo dei diritti ad essi correlati. Questo nuovo paradigma, delineato nella sentenza della Corte costituzionale n. 220 del 2021, riflette una sorta di "nucleo invalicabile" dei LEP, sottolineando il loro ruolo primario nell'assicurare l'accesso ai diritti fondamentali.

Alla luce delle considerazioni ivi effettuate, si può affermare che il regionalismo italiano ha incontrato significative difficoltà dovute alla carenza di un consenso politico ampio e alla persistente predominanza del centralismo rispetto ai processi di decentralizzazione. Tale situazione ha generato incertezze sul futuro del sistema regionale, ostacolando l'effettiva attuazione della riforma costituzionale del 2001, in particolare per quanto concerne l'implementazione del federalismo fiscale e il pieno riconoscimento dell'autonomia finanziaria degli enti locali.

La complessità della materia impone una riflessione approfondita sullo stato di attuazione dell'art. 119 della Costituzione, in combinato disposto con l'art. 117, comma 2, lettera m), con particolare riferimento all'ultima "Relazione semestrale sull'attuazione della legge delega 5 marzo 2009, n. 42, sul federalismo fiscale" della Commissione parlamentare bicamerale.[68]

In conclusione, per garantire un'effettiva attuazione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP), risulterà imprescindibile focalizzarsi su tre aspetti fondamentali: la perequazione infrastrutturale[69], l'istituzione di un sistema di monitoraggio

---

M. CARLI, *Il regionalismo differenziato come sostituto del principio di sussidiarietà*, in Federalismi.it, 21/2019, 2; A. LUCARELLI, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in DPE Rassegna online, speciale Fasc. n. 2/2019, 2; A MORELLI, *Dinamiche del regionalismo differenziato e declinazioni congiunturali dell'autonomia territoriale*, in DPE Rassegna online, speciale Fasc. n. 2/2019, 18; A. PATRONI GRIFFI, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in DPE Rassegna online, speciale Fasc. n. 2/2019, 29; E. CATELANI, *Nuove richieste di autonomia differenziata ex art. 116 comma 3 Cost.: profili procedimentali di dubbia legittimità e possibile violazione dei diritti*, in Osservatorio sulle Fonti, Fascicolo n. 2/2018, 2; D. GIROTTO, *L'autonomia differenziata delle Regioni ordinarie: possibilità e limiti*, in Federalismi.it, Fasc. n. 7/2018, 336.

[67] M. CALAMO SPECCHIA, *L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, Osservatorio AIC, Fasc. n. 5/2023, 35.

[68] R. DI MARIA, *La procedura per l'attuazione del c.d. "regionalismo differenziato": dalla marginalizzazione delle assemblee elettive e degli Enti locali, alla perplessa definizione dei l.e.p.*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n. 1/2023, 37.

[69] La perequazione infrastrutturale, inizialmente prevista dalla legge 42/2009 e ripresa dal Decreto-legge 121/2021, ha subito ritardi significativi, comportando una drastica riduzione dei finanziamenti disponibili. È necessario riattivare le iniziative avviate dal Decreto-legge 121/2021, che propone un approccio basato su indicatori oggettivi anziché su quote negoziali, garantendo così una correzione più efficace delle disparità infrastrutturali, evidenziate soprattutto nel Mezzogiorno del Paese.

ISSN 2036-7821

adeguato[70] e l'adozione di misure correttive e sanzionatorie nei confronti degli enti inadempienti. [71] Sarà inoltre di primaria rilevanza rafforzare il coordinamento tra i diversi livelli di governo coinvolti nell'erogazione dei servizi, attraverso una chiara definizione delle competenze rispettive e l'implementazione di appropriati meccanismi di rendicontazione e armonizzazione contabile-finanziaria, temi che saranno oggetto di approfondita analisi nei capitoli successivi.

5. La necessità di "equilibrio" tra autonomia e armonizzazione del federalismo fiscale

Una delle questioni più complesse e dibattute nell'ambito del regionalismo differenziato riguarda il difficile equilibrio tra l'autonomia finanziaria delle singole regioni e la necessità di coordinare (e preservare) la coesione economica e sociale del Paese. I processi di riforma della finanza pubblica, avviati agli inizi degli anni 2000, e culminati con la legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, che ha introdotto il Principio del Pareggio (*rectius*: equilibrio)[72] di bilancio nella Carta costituzionale, hanno segnato un passaggio cruciale verso un modello di "regionalismo responsabile".[73]

---

[70] Le lacune infrastrutturali hanno un impatto diretto sul settore sanitario, influenzando l'erogazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) e promuovendo la mobilità sanitaria dei cittadini, con conseguenze sociali e finanziarie. È fondamentale accompagnare la definizione e il finanziamento dei LEP con un rigoroso monitoraggio e interventi correttivi tempestivi per garantirne l'effettiva erogazione. È necessario migliorare i meccanismi di monitoraggio attuali per valutare con precisione l'adeguatezza dei servizi erogati.

[71] L'istituzione di correttivi per gli Enti non conformi, come indicato nella Sentenza 71/2023 della Corte costituzionale, rappresenta un'innovazione importante. Tuttavia, affinché tali correttivi siano efficaci, è essenziale evitare una dispersione eccessiva degli Enti non conformi e garantire un chiaro delineamento delle competenze tra i diversi livelli di governo. Solo attraverso un coordinamento stretto e una chiara definizione delle responsabilità sarà possibile superare le attuali criticità e garantire un'efficace erogazione dei servizi su tutto il territorio nazionale.

[72] Cfr. G. DELLA CANANEA, *Dal pareggio del bilancio all'equilibrio della finanza pubblica*, in *Corte costituzionale. Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria*, Milano, 2019, 241; M. MACCHIA, *Amministrare la democrazia*, Napoli, 2021, 158; A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di)*, in Enc. Dir., Annali VII, 2014, 167; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, ivi, 89; R. PEREZ, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in Giorn. Dir. Amm., 2012, 929; G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in Rivista AIC, 3/2012, 10; ID., *L'equilibrio di bilancio: dalla riforma costituzionale alla giustiziabilità*, in Rivista AIC, 3/2016, 27; S. CIMINI, *Gli equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, Relazione dell'Autore nel seminario "Ordinamento giuridico e finanza pubblica" on-line, Spisa, il 15 maggio 2020, 12.

[73] La riforma costituzionale del 2001 aveva inizialmente collocato la materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici tra le competenze concorrenti tra Stato e Regioni. Tuttavia, con la legge costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1, tale materia è stata trasferita tra quelle di competenza esclusiva dello Stato. Questa riforma ha segnato un cambiamento sostanziale, introducendo per la prima volta il principio dell'equilibrio di bilancio a livello costituzionale, in luogo del "pareggio" di bilancio, termine che, significativamente, non compare nel testo della normativa. In questo nuovo contesto, l'art. 117, secondo comma, lett. e), attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di "sistema tributario e contabile dello Stato", mentre il terzo comma affida alle Regioni una competenza concorrente in relazione al coordinamento della finanza pubblica. Parallelamente, l'articolo 119 è stato riformato per sancire l'obbligo per le amministrazioni territoriali di adottare misure di bilancio in linea con il principio dell'equilibrio finanziario. Questo cambiamento ha evidenziato la rinnovata

ISSN 2036-7821

La piena valorizzazione dell'autonomia finanziaria e tributaria, caratteristica dell'assetto policentrico della "Repubblica delle Autonomie" [74], si accompagna all'affermazione di imprescindibili esigenze unitarie, che pervadono la Carta costituzionale sia sul piano istituzionale sia su quello funzionale.[75] Queste esigenze attribuiscono al principio del coordinamento della finanza pubblica un ruolo fondamentale, rendendolo un pilastro dell'architettura finanziaria delineata dal Titolo V della Costituzione.[76]

Tuttavia, l'evoluzione normativa e giurisprudenziale su tali questioni ha seguito un percorso complesso e, in alcuni momenti, intrinsecamente contraddittorio, sollevando sfide inedite riguardo al delicato bilanciamento tra i principi di autonomia e le necessità di armonizzazione (e gestione) del federalismo fiscale.[77] Il federalismo fiscale costituisce pertanto la "chiave di volta dei sistemi decentrati", poiché rappresenta il "nervus rerum" delle strutture sostanziali all'interno dello Stato.[78]

In Italia il sistema di distribuzione delle competenze finanziarie tra lo Stato centrale e le Regioni è stato progettato per favorire una maggiore autonomia gestionale delle Regioni, consentendo loro di amministrare in modo più efficace le risorse pubbliche in base alle specifiche necessità dei rispettivi territori. Fondato sul principio di decentralizzazione fiscale, il modello permette alle Regioni di amministrare una parte delle entrate e delle spese pubbliche, adattandole alle esigenze specifiche dei rispettivi territori. Tale approccio consente alle Regioni di elaborare politiche fiscali e

attenzione del legislatore verso la disciplina della finanza pubblica, che si è concretizzata in una serie di riforme legislative mirate alla revisione del sistema contabile e del bilancio pubblico, in risposta anche alle nuove regole dell'Unione Europea sul coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri. Negli anni successivi, numerosi interventi legislativi hanno ridefinito le procedure finanziarie e il bilancio pubblico, adottando un approccio sempre più orientato all'armonizzazione e alla trasparenza contabile, sia a livello nazionale sia a livello locale. Per un approfondimento sul rinnovato assetto del sistema contabile e sul bilancio dello Stato, si rimanda a M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Il bilancio dello Stato*, in AA.VV., *Contabilità di stato e degli enti pubblici*, Torino, 2015, 83; ID., *Il bilancio dello Stato tra ordinamento nazionale e vincoli europei*, Torino, 2017.

[74] Cfr. A. PIOGGIA, L. VANDELLI (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, 2007; F. PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, in Le Regioni, 2005, 49; V. CERULLI IRELLI, C. PINELLI (a cura di), *Verso il federalismo. Normazione e amministrazione nella riforma del Titolo V della Costituzione*, Bologna, 2004.

[75] G. RIVOSECCHI, *Il federalismo fiscale tra giurisprudenza costituzionale e legge n. 42/2009, ovvero: del mancato coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*, in Riv. dir. trib., Fasc. n. 1/2010, 49.

[76] G. M. SALERNO, *Alcune riflessioni sulla nuova costituzione finanziaria della Repubblica*, in Federalismo fiscale, Fasc. n. 1/2007, 119.

[77] L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della Repubblica*, in Nomos, Fasc. n. 3/2017, 1.

[78] F. SAITTO, *La legge delega sul "Federalismo Fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in Giur. cost., Fasc. n. 3/2010, 2817.

ISSN 2036-7821

di spesa maggiormente rispondenti alle proprie caratteristiche socio-economiche e culturali, promuovendo al contempo lo sviluppo locale e la coesione territoriale.[79]
Il processo di federalismo fiscale in Italia ha origine con la riforma del Titolo V della Costituzione nel 2001, che ha ridisegnato il rapporto tra Stato e Regioni, introducendo l'articolo 119 quale "architrave"[80] per la disciplina dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali. Questo articolo sancisce l'importanza di un sistema tributario che garantisca autonomia di entrata e di spesa agli enti locali, in equilibrio con i principi di solidarietà e perequazione tra i territori.[81]
Successivamente, la Legge delega 5 maggio 2009, n. 42, e il relativo decreto attuativo, il D.Lgs. n. 68/2011, hanno tracciato un percorso operativo, includendo strumenti come i livelli essenziali delle prestazioni (LEP) e i fabbisogni standard.[82]
Il contesto storico evidenzia come il federalismo fiscale rappresenti una sfida complessa, ma imprescindibile, per modernizzare il sistema amministrativo e tributario del paese, garantendo una gestione più efficiente delle risorse.[83]
Una delle principali sfide nell'attuazione concreta dell'autonomia finanziaria regionale ha riguardato la gestione della duplice dimensione del coordinamento (e dell'armonizzazione) della finanza pubblica, intesa sia nella sua forma statica, riferendosi alla determinazione delle tipologie di entrata e degli ambiti di spesa delle autonomie territoriali, sia nella sua forma dinamica, caratterizzato per la sua natura transitoria e contingente, consentendo allo Stato di introdurre misure normative volte a fronteggiare situazioni emergenziali o esigenze di riequilibrio di finanza pubblica.[84] Tale coordinamento, inizialmente concepito come uno strumento per

[79] Per un approfondimento sul concetto di federalismo fiscale, si rinvia a F. GALLO, *Voce Federalismo fiscale (diritto tributario)"*, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1996 e M. BERTOLISSI, *Federalismo fiscale: una nozione giuridica*, in Federalismo fiscale, Fasc. n. 1/2007, 9, il quale, pur sollevando interrogativi sull'effettiva utilità di "chiarire quale sia la nozione giuridica di federalismo fiscale", ne ricostruisce il significato e la funzione nell'ordinamento italiano, evidenziando che esso rappresenta soprattutto un "criterio di distribuzione - tra i diversi livelli di governo - non accentrato, non uniforme, non dogmatico, non illiberale, non giacobino del potere di reperire le risorse necessarie ad una collettività che è ordinamento".

[80] A. CONTRINO, S. BORTOLINI, *L'attuazione del federalismo fiscale regionale tra riforma del sistema tributario e PNRR*, in Rivista Telematica di Diritto Tributario, 2022, 2; P. GIARDA, *Le regole del federalismo fiscale nell'articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in Le Regioni, Fasc. n. 6/2001, 1425.

[81] A. CARINCI, *Autonomia tributaria delle Regioni e vincoli del Trattato dell'Unione europea*, in Rass. trib., Fasc. n. 4/2004, 1201.

[82] M. BASILAVECCHIA, L. DEL FEDERICO, F. OSCULATI, *Il finanziamento delle regioni a statuto ordinario mediante tributi propri e compartecipazioni: basi teoriche ed evidenza empirica nella difficile attuazione dell'art. 119 della Costituzione*, in Le istituzioni del federalismo, Fasc. n. 5/2006, 670; sui vari aspetti della l. n. 42 del 2009, si veda C. TUCCIARELLI, *Federalismo fiscale, ma non solo: la l. n. 42 del 2009*, in www.federalismi.it, Fasc. n. 10/2010.

[83] F. BASSANINI, *Una riforma difficile [ma necessaria]: il federalismo fiscale alla prova della sua attuazione*, in www.astrid-online.it, 2010, 1.

[84] A. FILIPPETTI, F. TUZI, *La finanza regionale e il lento percorso verso l'autonomia*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n.1/2020, 2. Per un'opportuna distinzione tra le regole statiche e le regole dinamiche del coordinamento della finanza delle autonomie territoriali si veda A. BRANCASI, *I due scrutini sul funzionamento dinamico del*

ISSN 2036-7821

definire i principi fondamentali e regolare in modo coerente i rapporti finanziari tra Stato e Regioni, ha progressivamente assunto un carattere di rivendicazione delle prerogative normative e amministrative, piuttosto che promuovere un dialogo costruttivo sugli interessi pubblici in gioco. Ne è scaturita una disputa sui confini delle rispettive competenze, anziché un confronto sulle modalità più efficaci per perseguire gli interessi comuni.[85] Si è, così, passati da un modello teoricamente "partecipativo", in cui Stato e Regioni avrebbero dovuto collaborare alla definizione dei principi di coordinamento, ad un modello "accentratore", in cui lo Stato esercita una funzione di controllo diretto e stringente sui bilanci regionali.

In tale contesto, la giurisprudenza della Corte costituzionale è intervenuta ripetutamente nel precisare il significato e la portata dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e delineare i contorni del coordinamento finanziario tra Stato ed enti locali. Una delle questioni più rilevanti è stata quella relativa alla definizione degli ambiti di intervento del legislatore statale sulla contabilità degli enti locali, e se tali interventi potessero ledere l'autonomia contabile sancita dall'articolo 119 della Costituzione.

La Corte costituzionale, fin dall'inizio, ha sostenuto che l'autonomia finanziaria deve essere bilanciata con l'esigenza di coordinamento della finanza pubblica. Ciò implica che, pur nell'ambito della "libertà di azione" [86] riconosciuta alle Regioni per il raggiungimento degli obiettivi, lo Stato non può imporre "vincoli specifici" [87] che limitino l'autonomia regionale, richiedendo piuttosto un approccio "cooperativo"[88] basato su obiettivi condivisi e sul rispetto dei principi di proporzionalità e virtuosità.[89]

Successivamente, ulteriori pronunce giurisprudenziali hanno chiarito con maggiore precisione che le norme di coordinamento della finanza pubblica non solo possono, ma devono necessariamente limitare l'autonomia delle Regioni, qualora tale limitazione risulti indispensabile per garantire la sostenibilità del debito pubblico e il contenimento della spesa pubblica, principi che sono stati qualificati di "ordine superiore" rispetto all'autonomia regionale.[90]

Le sentenze della Corte evidenziano, in tal senso, una tendenza marcata a privilegiare le esigenze unitarie dello Stato, soprattutto in un contesto di crisi economica, sottolineando come il bilancio degli enti territoriali non possa essere considerato un mero strumento tecnico per garantire coerenza e affidabilità nel

---

federalismo fiscale: autonomia finanziaria ed obbligo di copertura degli oneri posti a carico di altri enti del settore pubblico, in Giurisprudenza costituzionale, 2006, 1425.

[85] A. CAROSI, *Inquadramento sistematico della sentenza n. 80 del 2021 nei più recenti orientamenti della Consulta in tema di finanza pubblica allargata*, in Giurisprudenza costituzionale, Fasc. n. 3/2021, 1431.

[86] Corte costituzionale, sentenze nn. 95/2007 e 449/2005.

[87] Corte costituzionale, sentenze nn. 36/2004 e 417/2005.

[88] Corte costituzionale, sentenze nn. 272/2015 e 65/2016.

[89] F. GALLO, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, Fasc. n. 10/2018, 4.

[90] Corte costituzionale, sentenze n. 179/2007, n. 184/2016 e n. 80/2017.

ISSN 2036-7821

quadro complessivo della finanza pubblica. Al contrario, esso rappresenta la massima espressione del "bene pubblico", configurandosi quale strumento fondamentale per garantire l'uniformità, la trasparenza e la responsabilità dei pubblici decisori, vincolandoli al rispetto dei parametri di bilancio in conformità con gli obiettivi di governance economico-finanziaria stabiliti dal legislatore europeo.[91]
Nonostante l'intervento della Corte sia stato frequentemente orientato a garantire la necessaria affidabilità economica del Paese, le sue decisioni hanno suscitato numerose critiche, principalmente per il loro impatto negativo sulle capacità operative delle Regioni, lasciando irrisolta la questione relativa alla concreta estensione dell'autonomia regionale nell'attuale contesto costituzionale. In particolare, la dottrina ha osservato come l'invadenza delle disposizioni statali rischi di svuotare di significato la riforma del Titolo V della Costituzione, la quale avrebbe dovuto mirare al rafforzamento del principio di sussidiarietà e a una valorizzazione effettiva delle autonomie territoriali.[92] Questo complesso scenario, intrecciandosi con il persistente "disallineamento" tra le funzioni assegnate alle Regioni e le risorse effettivamente disponibili per svolgerle, ha imposto un quadro stringente, che si è tradotto in tagli significativi (*spending review*) alle risorse destinate alle regioni e agli enti locali, accompagnato da un rafforzamento delle funzioni centralizzate dello Stato.[93]
Alle criticità sopra menzionate si aggiungono inoltre le sfide connesse all'adozione di un linguaggio contabile uniforme per la gestione delle finanze pubbliche, attraverso l'introduzione del sistema di contabilità *accrual*[94], il quale risulterà necessario per agevolare il raccordo tra i dati contabili e quelli statistici secondo le norme del Sistema Europeo dei Conti (SEC 2010) e della L. n. 196/2009 (legge di contabilità e

[91] F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Napoli, 2022, 25; così poi anche le sentenze n. 184/2016, n. 80/2017, n. 228/2017, n. 247/2017, n. 49/2018 e l'ordinanza n. 17/2019. Il bilancio è da considerarsi un bene pubblico non solo perché coinvolge la gestione delle risorse comuni, ma anche per la sua funzione di garantire il benessere collettivo. La Corte costituzionale italiana, ad esempio, ha sancito l'importanza di vincolare l'azione dei decisori pubblici al rispetto dei parametri di bilancio come un obbligo che va oltre l'interesse nazionale e si inserisce nel contesto della protezione di beni comuni fondamentali. Tale visione riconosce che il bilancio è essenziale per il corretto funzionamento delle istituzioni democratiche e rappresenta una risorsa cruciale che deve essere tutelata per garantire stabilità e fiducia nel sistema economico. Per un maggior approfondimento sul tema si v. L. ANTONINI, *La Corte costituzionale a difesa dell'autonomia finanziaria: il bilancio è un bene pubblico e l'equilibrio di bilancio non si persegue con tecnicismi contabili espropriativi*, in Rivista AIC, Fasc. n. 1/2018; C. A. CIARALLI, *Il Bilancio quale "bene pubblico" e l'esercizio "condizionato" del mandato elettivo. Riflessioni sulla nuova fase della democrazia rappresentativa*, in Costituzionalismo.it, Fasc. n. 2/2018, 126.

[92] L. SAMBUCCI, *Corte costituzionale e armonizzazione dei bilanci pubblici: il difficile bilanciamento dei principi di autonomia e delle esigenze di unitarietà della Repubblica*, in Nomos, Fasc. n. 3/2017, 45.

[93] A. FILIPPETTI, F. TUZI, *La finanza regionale e il lento percorso verso l'autonomia*, in Italian Papers on Federalism, Fasc. n.1/2020, 6.

[94] Il principio *accrual* è il principio, della contabilità economico-patrimoniale, secondo il quale le transazioni e gli altri eventi economici sono rilevati in bilancio quando essi si verificano indipendentemente dal momento in cui si manifestano le relative transazioni finanziarie e/o di cassa. Pertanto, le transazioni e gli eventi contabili sono rilevati nei bilanci dei periodi ai quali questi si riferiscono.

ISSN 2036-7821

finanza pubblica) che ne indica gli strumenti e la corretta modalità di "copertura".[95] In particolare, sebbene l'adozione di un sistema contabile unico per il settore pubblico sia ritenuta essenziale per migliorare il monitoraggio delle finanze pubbliche e acquisire una visione integrata dell'aspetto "tridimensionale"[96] dell'equilibrio di bilancio, tale riforma si confronta con significative difficoltà operative riconducibili all'adattamento di un modello gestionale-contabile sviluppato per il settore privato al contesto complesso e variegato delle amministrazioni pubbliche.[97]

In conclusione, il coordinamento della finanza pubblica, quale espressione del "potere"[98] unilaterale della Repubblica Italiana, finalizzato a garantire la stabilità finanziaria e il rispetto degli obblighi europei, impone dunque una riflessione approfondita sui fattori evolutivi e culturali che hanno influenzato — e continuano a influenzare — il sistema amministrativo italiano e la configurazione della nuova

[95] La Corte costituzionale, nella sentenza n. 279 del 2016, ha chiarito che gli articoli 17 e 19 non introducono una modifica sostanziale al principio della copertura finanziaria, ma rappresentano piuttosto una puntualizzazione tecnica ispirata dalla crescente complessità della finanza pubblica.

[96] Corte dei Conti - Sezione Regionale di controllo per il Veneto - Relazione per il giudizio di parificazione sul rendiconto generale della regione Veneto esercizio 2018, p. 25.

[97] E. CINQUE, R. CIVITILLO, P. RICCI, *La riforma accrual nei sistemi di contabilità pubblica*, in *Bilancio comunità e persona*, Fasc. n. 1/2024, 2; E. D'ARISTOTILE, *La riforma contabile "accrual" prevista nel PNRR: presupposti normativi e possibili impatti sul sistema della contabilità pubblica italiana*, in Bilancio Comunità Persona, 2023, 1; E. D'ARISTOTILE, *La riforma della contabilità pubblica nel PNRR: brevi considerazioni dopo la pubblicazione in consultazione del "quadro concettuale"*, in Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli enti pubblici, 2022; per una ricostruzione storica si veda anche F. CONTE, *L'evoluzione dei principi contabili nazionali nella prospettiva di riforma del PNRR*, in *Federalismi.it*, Fasc. n. 20/2021, 21; nello specifico, l'attuale sistema di contabilità pubblica in Italia, come delineato dai D. Lgs. n. 91/2011 e D. Lgs. n. 118/2011 (modificato successivamente dal decreto legislativo n. 126 del 2014), è principalmente di natura finanziaria e si basa sulla metodologia della partita semplice per la registrazione degli eventi di gestione. La contabilità economico-patrimoniale, seppur presente, è utilizzata prevalentemente a fini conoscitivi ed è condizionata dalle regole della contabilità finanziaria potenziata. Questo sistema determina che gli eventi di gestione delle amministrazioni pubbliche siano rilevati esclusivamente nella loro componente finanziaria, relegando l'aspetto economico-patrimoniale a una funzione informativa secondaria. Inoltre, vi sono notevoli discrepanze tra i sistemi contabili adottati dalle diverse amministrazioni, che si avvalgono di sistemi informatici eterogenei. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) intende risolvere tali problematiche dotando le pubbliche amministrazioni di un sistema unico di contabilità economico-patrimoniale, ispirato ai Principi Contabili Internazionali per il Settore Pubblico (IPSAS) e ai Principi Contabili Europei per il Settore Pubblico (EPSAS). Questo nuovo sistema contabile farà uso del metodo della partita doppia per la contabilizzazione degli eventi di gestione, indipendentemente dalle transazioni di cassa. L'elaborazione dei nuovi principi contabili è affidata allo *Standard Setter Board*, un organo tecnico indipendente composto da 15 esperti, istituito presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato. A supporto di questo nuovo sistema contabile, il PNRR prevede l'implementazione di un sistema informativo basato su un'architettura ERP (*Enterprise Resource Planning*), strutturato su moduli interconnessi che consentano la registrazione univoca di un evento gestionale sotto i profili finanziario, economico-patrimoniale e analitico. Questo progetto ha portato all'introduzione (e all'utilizzo) di un nuovo sistema denominato Inlt, che sostituirà gradualmente le varie applicazioni attualmente in uso presso le amministrazioni centrali, creando un unico sistema integrato per supportare i processi contabili.

[98] R. C. PERIN, *I principi costituzionali e il potere di coordinamento della finanza pubblica come potere unilaterale della Repubblica italiana*, in Diritto Amministrativo, Fasc. n. 4/2015, 639.

ISSN 2036-7821

"cultura del controllo".[99] Tale cultura si fonda su un insieme di principi e strumenti di programmazione che mirano non soltanto a razionalizzare le risorse pubbliche, ma anche a perseguire una gestione coordinata e trasparente delle grandezze economiche e di bilancio; tuttavia, l'efficacia di questi strumenti dipende da un adeguato sistema di monitoraggio e coordinamento articolato su tre livelli di controllo: in primo luogo, vi è il controllo di natura "politica"[100], che si inserisce nel contesto del perimetro "democratico e rappresentativo"[101]; in secondo luogo, vi è il controllo di "neutralità finanziaria" [102] affidato alla Ragioneria Generale dello Stato, la quale, operando secondo "i principi" contenuti nell'art. 81 della Costituzione e secondo le disposizioni "di dettaglio" [103] di cui agli articoli 17 e 19 della legge

[99] E. D'ALTERIO, *La cultura del controllo nel sistema amministrativo italiano*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Fasc. n. 1/2024, 3.

[100] La letteratura relativa al rapporto tra politica e amministrazione nell'ordinamento italiano è talmente vasta da rendere impossibile un richiamo esaustivo, anche limitandosi alle opere più significative. Tuttavia, è utile segnalare alcuni contributi fondamentali sul tema. Tra i principali, si annoverano M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; M.S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in Amm. civ. (1961), pubblicato in S. CASSESE (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, 1976; A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1966, 752; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; A. CERRI, *Imparzialità e indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1975; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1975; S. CASSESE, *Grandezza e miserie dell'alta burocrazia in Italia*, in Pol. dir., 1981, 219; M. D'ALBERTI, *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994; tra gli altri G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; A. PATRONI GRIFFI, *Dimensione costituzionale e modelli legislativi della dirigenza pubblica*, Jovene, Napoli, 2002; F. MERLONI, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa*, Bologna, 2006; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1/2012, 39.

[101] Cfr. E. CAVASINO, *Principio di costituzionalità e diritto del bilancio*, in Liber Amicorum per Pasquale Costanzo, 23 marzo 2020.

[102] Cfr. Dossier XIX Legislatura – documentazione dei servizi e degli uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati – *Quantificazione e copertura delle leggi di spesa*, del 31 ottobre 2022, pp. 16 ss.; in particolare, la clausola di neutralità, nota anche come "clausola di invarianza" o "clausola di non onerosità", prevede che dall'attuazione di una disposizione normativa non debbano derivare conseguenze finanziarie aggiuntive per la finanza pubblica. La sua formulazione tipica, ormai consolidata nell'uso, recita: "Dall'attuazione della presente legge [o del presente articolo/decreto] non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Le amministrazioni interessate provvedono agli adempimenti previsti dalla presente legge [o altro riferimento normativo] con l'utilizzo delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente." Tale formulazione può essere richiesta dalla V Commissione, in sede consultiva, anche in termini di condizione ai sensi dell'art. 81 della Costituzione, qualora sia necessario chiarire che la normativa oggetto del parere deve essere applicata senza oneri aggiuntivi per il bilancio pubblico. In passato, la prassi parlamentare si concentrava sulla verifica del rispetto dell'obbligo di copertura relativamente agli effetti prodotti dalle nuove norme sul bilancio dello Stato, in particolare sul saldo netto da finanziare. Tuttavia, con l'evoluzione normativa e in considerazione degli obblighi di conformità alla disciplina europea di bilancio e al Patto di Stabilità e Crescita, le relazioni tecniche hanno progressivamente esteso il loro focus, includendo l'analisi dell'impatto delle disposizioni sui saldi rilevanti ai fini del rispetto dei vincoli europei. Ciò ha portato a un controllo non più limitato alla tradizionale "copertura finanziaria", ma ampliato alla valutazione dell'equilibrio finanziario complessivo, includendo la compensazione rispetto agli effetti sui saldi di fabbisogno e indebitamento netto, garantendo così una maggiore conformità con gli obblighi europei.

[103] Corte costituzionale sentenza n. 26 del 2013.

ISSN 2036-7821

196/2009, assicura la corretta copertura e gestione delle risorse pubbliche[104]; infine, vi è il controllo "giudico", il quale, alla luce degli artt. 100 e 103 della Costituzione, deve essere assicurato dalla Corte dei Conti, quale organismo preposto alla verifica della conformità giuridica e costituzionale degli atti finanziari.[105]

L'implementazione (e la sperimentazione)[106] delle nuove regole di armonizzazione contabile, in ottemperanza alla Direttiva 2011/85/UE (modificata dal Patto di Stabilità

[104] E. D'ALTERIO, *La funzione di controllo e l'equilibrio tra i poteri pubblici: "dove nascono i problemi"*, in Riv. trim. dir. pubbl., Fasc. n. 3/2019, 681; F. CONTE, *La Direttiva sui requisiti per i Quadri di bilancio,* in Giornale di Diritto Amministrativo, Fasc. n. 5/2024, 615; in particolare, tra le numerose e rilevanti funzioni attribuite alla Ragioneria Generale dello Stato, spicca il compito della cosiddetta "bollinatura" che rappresenta l'espressione del "potere tecnico e discrezionale" dell'amministrazione. Questo potere è finalizzato a certificare e garantire che i provvedimenti legislativi e normativi in materia di spesa, adottati dal governo centrale, non compromettano l'equilibrio economico-finanziario del Paese. La Ragioneria Generale dello Stato, in tal senso, assume una funzione strategica nell'evitare disallineamenti tra le previsioni di spesa e le effettive disponibilità finanziarie, assicurando in tal modo una gestione oculata e una programmazione rigorosa delle risorse pubbliche, elementi essenziali per mantenere la sostenibilità e la stabilità economica. Per un maggior approfondimento sull'Istituto della "bollinatura", si ricorda, tra i contributi più recenti sul punto, R. PEREZ, *Il controllo dei conti pubblici. Storia della Ragioneria Generale dello Stato*, il Mulino, Bologna, 2021, 65; E. D'ALTERIO, *L'evoluzione delle funzioni della Ragioneria Generale dello Stato nel sistema amministrativo italiano*, in *Le Carte e la Storia*, 2/2020, 27; ID., *Finanza pubblica e amministrazione: verifiche e bollino della Ragioneria Generale dello Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2016, 1009.

[105] F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio nella costituzione italiana,* Napoli, 2022, 23.

[106] La sperimentazione del nuovo sistema contabile pubblico basato sul principio accrual, inserita nel quadro della Riforma 1.15 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), costituisce un elemento cardine nel processo di modernizzazione della gestione finanziaria delle amministrazioni pubbliche italiane. Questo progetto, ufficializzato il 26 novembre 2024 attraverso una determinazione a firma del Ragioniere Generale dello Stato, Daria Perrotta, sarà avviato nel 2025, coinvolgendo un ampio numero di enti pubblici in conformità a quanto disposto dall'art. 10 del Decreto-legge 113/2024, successivamente convertito nella legge n. 143/2024. A differenza della sperimentazione relativa al bilancio armonizzato, condotta tra il 2012 e il 2014 e caratterizzata da una partecipazione volontaria di un numero limitato di enti, questa nuova iniziativa si distingue per la sua portata sistemica e obbligatoria. Essa rappresenta una trasformazione profonda che richiede agli enti partecipanti una gestione diretta delle responsabilità operative. Tale approccio mira a favorire una transizione più efficace, ma al contempo implica sfide significative legate alla complessità del cambiamento. La transizione al principio accrual non potrà essere affrontata senza un'adeguata preparazione normativa e tecnica. In tal senso, risulterà cruciale l'imminente emanazione dei decreti attuativi da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), i quali forniranno le istruzioni indispensabili per garantire l'allineamento tra le nuove regole contabili e le prassi esistenti. Tali decreti, nello specifico, definiranno: i) Il raccordo tra il nuovo piano dei conti e i modelli contabili vigenti, con particolare attenzione alla coerenza tra gli schemi preesistenti e le nuove metodologie di contabilizzazione; ii) La riclassificazione dei bilanci e l'applicazione dei criteri di valorizzazione e rilevazione contabile, che rappresentano il cuore del principio accrual, basato sul riconoscimento delle transazioni economiche nel momento in cui avvengono, indipendentemente dai flussi di cassa; iii) Le modalità di erogazione della formazione di base, essenziale per garantire che il personale amministrativo degli enti coinvolti acquisisca le competenze necessarie per utilizzare efficacemente i nuovi strumenti contabili; iv) Le specifiche tecniche per la trasmissione telematica degli schemi di bilancio, indispensabili per standardizzare e semplificare i processi di rendicontazione a livello nazionale. L'ambiziosità del progetto risiede non solo nella portata dei cambiamenti previsti, ma anche nella necessità di integrare strumenti operativi avanzati e di implementare un sistema di formazione capillare. Solo attraverso un'attenta pianificazione e il coordinamento tra i vari livelli istituzionali sarà possibile garantire una transizione ordinata e il raggiungimento degli obiettivi di trasparenza, efficienza e accountability che la riforma si propone di conseguire.

ISSN 2036-7821

e Crescita)[107], sarà cruciale per ottimizzare il sistema di monitoraggio e garantire una maggiore trasparenza nell'analisi e nella formulazione delle politiche pubbliche, migliorando la qualità delle informazioni finanziarie e promuovendo una visione articolata e coerente della sostenibilità complessiva delle finanze pubbliche.[108]

6. Le "modalità" di finanziamento dell'autonomia differenziata

La riforma del federalismo fiscale, delineata dalla legge delega in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, ha rappresentato un passaggio cruciale nell'evoluzione del sistema di finanziamento degli enti locali in Italia, introducendo una distinzione tra funzioni fondamentali, finanziate integralmente dallo Stato, e altre funzioni di natura più autonoma da esercitare nel rispetto dei principi di equilibrio di bilancio e di neutralità perequativa.[109] Questo modello aveva l'obiettivo di assicurare una distribuzione razionale delle risorse, garantendo uniformità nelle funzioni essenziali e valorizzando al contempo le specificità regionali.

La riforma, concepita con l'obiettivo di razionalizzare il sistema finanziario regionale, ha incontrato ostacoli significativi che ne hanno rallentato l'attuazione e ridotto l'efficacia complessiva.[110]

Tra i nodi più rilevanti si segnala la significativa limitazione dell'autonomia fiscale regionale, dovuta a interventi statali come la deducibilità del costo del lavoro dall'IRAP e il blocco delle aliquote IRPEF.[111] Tali misure, pur tese a garantire maggiore uniformità fiscale, hanno ridotto la capacità delle Regioni di rispondere

[107] Per ulteriori approfondimenti riguardanti la modifica alla Direttiva 2011/85/UE sui Quadri di Bilancio nazionali, si veda F. CONTE, *La Direttiva sui requisiti per i Quadri di bilancio: analisi e prospettive di riforma nell'Unione Europea*, in Giornale di Diritto Amministrativo, Fasc. n. 5/2024; per un inquadramento generale sulla riforma del Patto di Stabilità e Crescita, si veda R. PEREZ, *Il Patto di stabilità e crescita e le nuove regole fiscali dell'Unione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, Fasc. n. 5/2024, 594.

[108] Cfr. F. CONTE, *La Direttiva sui requisiti per i Quadri di bilancio*, cit., 611; in particolare, tra gli strumenti di governance economica europea di maggiore rilievo si distingue il "Piano Strutturale di Bilancio", che rappresenta il fulcro della programmazione economica pluriennale. Questo documento programmatico, allineato alle disposizioni del "Braccio preventivo" del Patto di Stabilità e Crescita (PSC), guida gli investimenti e le riforme strutturali necessarie per ridurre il rapporto debito/PIL e mantenere il rapporto deficit/PIL entro la soglia del 3%. La durata del Piano, coincidente con quella della legislatura nazionale, unitamente alla previsione di un percorso di aggiustamento quadriennale estendibile fino a sette anni per investimenti di rilevante importanza a livello nazionale, evidenzia la sua natura dinamica e flessibile. Tale approccio si discosta dalle precedenti disposizioni che imponevano regole uniformi per tutti gli Stati membri, garantendo ora un più elevato grado di titolarità nazionale (ownership), una maggiore semplicità, meccanismi di applicazione più efficaci e una più stretta integrazione tra politiche di bilancio e politiche strutturali. Per ulteriori approfondimenti si rinvia al contributo di A. VILLA, *Il regolamento sul braccio preventivo: questioni antiche e recenti aperture*, in Giornale di Diritto Amministrativo, Fasc. n. 5/2024, 602.

[109] R. BIFULCO, *I limiti del regionalismo differenziato*, Rivista AIC, Fasc. n. 4/2019, 274; F. GALLO, I *limiti del regionalismo differenziato*, in www.astridrassegna.it , Fasc. n. 2/2019, 4.

[110] C. BUCCICO, *Alcuni spunti di riflessione sull'attuazione del federalismo fiscale*, in Rass. trib., Fasc. n. 5/2009, 1301.

[111] A. CONTRINO, S. BORTOLINI, *L'attuazione del federalismo fiscale regionale tra riforma del sistema tributario e PNRR*, in Rivista Telematica di Diritto Tributario, 2022, 7.

ISSN 2036-7821

efficacemente alle esigenze locali, generando un'accentuata tensione tra centralismo e autonomia.

Un ulteriore problema è rappresentato dalle disparità tra Regioni a statuto ordinario e speciale, emerse dalla disciplina sulla rideterminazione dell'addizionale IRPEF. La mancata considerazione delle specificità territoriali rischia di compromettere il principio di equità interregionale, sottolineando l'esigenza di una riforma che consenta agli enti territoriali di disporre di risorse adeguatamente correlate alle funzioni da svolgere e, contestualmente, di uno spazio di autonomia impositiva in relazione alla quale esplicare politiche pubbliche proprie.[112]

La persistente assenza di una chiara definizione dei Livelli Essenziali di Prestazione (LEP) ha ulteriormente ostacolato l'implementazione di un sistema perequativo basato su fabbisogni standard, indebolendo così la trasparenza e la coerenza del sistema finanziario regionale e aggravando i divari territoriali già esistenti.[113]

Infine, il modello di compartecipazione IVA fondato sul principio di territorialità rimane incompleto, a causa di difficoltà operative e rigidità amministrative che richiedono un approccio più sistematico per evitare ulteriori disuguaglianze e garantire una distribuzione più uniforme e inclusiva delle risorse.[114]

La legge Calderoli ha cercato di affrontare queste problematiche, attraverso una maggiore devoluzione di competenze alle Regioni, ma senza chiarire in modo definitivo quale modello di finanziamento verrà adottato per sostenere tali competenze.[115]

Tra le possibili modalità di finanziamento delle funzioni aggiuntive, la legge Calderoli prevede la compartecipazione ai tributi erariali (Irpef e/o IVA), con l'intenzione di coprire sia le funzioni di Tipo I (relative ai Livelli Essenziali delle Prestazioni - LEP) che quelle di Tipo II (non-LEP). Ciò nonostante, non vengono fornite indicazioni dettagliate sulle aliquote o sulle tempistiche di queste compartecipazioni, lasciando aperte molte questioni su come garantire l'equilibrio e la perequazione tra le Regioni più ricche e quelle meno abbienti nel lungo periodo.

Il concetto di compartecipazione si basa sull'attribuzione di una parte del gettito fiscale prodotto sul territorio regionale alle Regioni stesse, garantendo così loro una maggiore capacità di pianificazione e intervento nelle politiche locali. Tuttavia, la sua

---

[112] A. CONTRINO, S. BORTOLINI, *L'attuazione del federalismo fiscale, cit.*, 3; F. GALLO, *I capisaldi del federalismo fiscale*, in Dir. prat. trib., Fasc. n. 2/2009, 219.

[113] C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra sussidiarietà e collaborazione*, in Le Regioni, Fasc. n. 4/2010, 941.

[114] A. URICCHIO, *Tributi regionali propri e impropri alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione e della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Finanza locale, Fasc. n. 6/2006, 21.

[115] In particolare, le norme previste non specificano se ci si atterrà al sistema attuale di finanziamento simmetrico, sancito dalla legge n. 42/2009 sul federalismo fiscale, o se si opterà per un nuovo modello, basato esclusivamente sulle compartecipazioni al gettito di tributi erariali regionali. Questa ambiguità rappresenta un rischio per la stabilità e la trasparenza del sistema finanziario regionale, poiché l'assenza di un modello ben definito apre lo spazio a incertezze sulle modalità di distribuzione delle risorse.

ISSN 2036-7821

applicazione richiede un'attenta valutazione degli effetti redistributivi e delle potenziali distorsioni economiche in quanto una Regione con un'economia più solida potrebbe beneficiare di maggiori entrate (e risorse in eccesso), ampliando ulteriormente le disuguaglianze territoriali già esistenti, destinandole a migliorare ulteriormente i servizi, mentre le Regioni con una capacità fiscale inferiore potrebbero trovarsi in difficoltà nel mantenere livelli adeguati di servizi pubblici. Questo divario potrebbe accentuare il già esistente *gap* tra le diverse aree del Paese, rendendo necessarie politiche di perequazione più efficaci per evitare l'acuirsi delle disuguaglianze territoriali.

Uno dei meccanismi che potrebbe mitigare queste problematiche è l'adozione di un fondo perequativo, come previsto dall'articolo 119 della Costituzione, che redistribuisca una parte del surplus di gettito dalle Regioni più forti a quelle più deboli. Questo fondo avrebbe lo scopo di garantire una maggiore equità e sostenere le Regioni con minore capacità fiscale, promuovendo così un equilibrio tra le diverse aree del Paese.[116] I programmi perequativi possono essere sia orizzontali, coinvolgendo trasferimenti tra Stato e amministrazioni a livelli diversi, sia verticali, coinvolgendo trasferimenti tra governi dello stesso livello. Sebbene l'articolo 119, comma 5 della Costituzione qualifichi il fondo perequativo come verticale, non fornisce una definizione chiara, lasciando tale compito al legislatore. [117] La

[116] Nel contesto del finanziamento del regionalismo differenziato è opportuno effettuare la distinzione tra "perequazione" e "compartecipazione": 1) la "compartecipazione" rappresenta un meccanismo tramite cui le Regioni trattengono una parte del gettito fiscale prodotto sul loro territorio. In altre parole, una quota delle entrate fiscali statali viene destinata direttamente alle Regioni, in proporzione alla capacità fiscale del territorio stesso. Questo meccanismo consente alle Regioni di disporre di risorse maggiori se l'economia locale è forte e genera un elevato gettito fiscale. Tuttavia, ciò comporta inevitabilmente una differenziazione delle risorse disponibili, che può contribuire ad accentuare le disuguaglianze territoriali tra Regioni più ricche e Regioni meno avvantaggiate dal punto di vista economico; 2) la "perequazione", al contrario, è uno strumento volto a correggere le disuguaglianze nella distribuzione delle risorse tra le diverse Regioni, al fine di garantire che tutte abbiano accesso a un livello adeguato di servizi e infrastrutture, indipendentemente dalla loro capacità fiscale (in modo da sostenere le Regioni economicamente più deboli). A differenza della compartecipazione, che aumenta la disponibilità di risorse per le Regioni che generano più entrate, la perequazione è pensata per ridurre il divario tra le diverse aree del Paese, assicurando che anche le Regioni con minore capacità fiscale possano garantire un adeguato livello di prestazioni ai propri cittadini. In sintesi, mentre la compartecipazione si basa sul principio di trattenere una parte del gettito generato a livello locale, la perequazione interviene per ridurre le disuguaglianze e garantire equità nella distribuzione delle risorse. Entrambi i meccanismi sono fondamentali per il funzionamento del regionalismo differenziato, ma devono essere bilanciati con attenzione per evitare che le disparità tra Regioni si amplifichino invece di ridursi.

[117] M. BERGO, *A vent'anni dalla riforma del Titolo V. L'autonomia finanziaria regionale e locale, tra Costituzione, legge n. 42 del 2009 e prassi*, in Federalismi.it, 406; in particolare, l'Autore nel panorama finanziario locale, mette in evidenza la distinzione tra la natura "verticale" e "orizzontale" del fondo perequativo previsto dall'articolo 119, comma 3 della Costituzione. Nello specifico: i) Il fondo perequativo verticale è caratterizzato dall'intervento diretto dello Stato per colmare le differenze di capacità fiscale tra i vari enti locali. In questo modello, lo Stato trasferisce risorse aggiuntive ai Comuni con minore capacità fiscale per garantire l'erogazione di servizi essenziali in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale. La logica del fondo verticale è quella di riequilibrare le disparità tra enti, assicurando che anche le aree meno sviluppate possano avere accesso a risorse sufficienti per

ISSN 2036-7821

perequazione, dunque, mira a compensare le differenze tra le spese per l'assolvimento delle funzioni pubbliche e le entrate fiscali di ciascuna regione, in linea con i suddetti principi costituzionali.[118]

Un ulteriore aspetto fondamentale da prendere in considerazione nel processo di riforma del federalismo fiscale riguarda il "possibile" aumento della spesa pubblica complessiva, specialmente in assenza di adeguati strumenti di controllo e coordinamento. Sebbene la legge Calderoli, assicuri il principio della "neutralità finanziaria" per garantire che il trasferimento delle competenze non comporti oneri aggiuntivi per la finanza pubblica, il rischio di aumento dei costi rimane concreto, in particolare se le Regioni che ottengono nuove competenze non riescono a gestirle in modo efficiente compromettendo così gli obiettivi di sostenibilità finanziaria.

Per mitigare tale rischio si rende necessario il superamento del criterio della spesa storica a favore di un approccio più razionale e orientato al principio del "risultato" [119], introducendo principi di efficienza e qualità nella gestione dei servizi pubblici. In tale prospettiva, nell'ambito del sistema perequativo, viene introdotto il concetto di fabbisogno standard, un indicatore finalizzato a stimare la necessità finanziaria di un ente territoriale basandosi su dati statistici relativi alle caratteristiche territoriali, sociali e demografiche della popolazione residente, nonché alle specifiche esigenze dei servizi offerti. Tale indicatore, esprime dunque il peso specifico di ogni ente locale in termini di fabbisogno finanziario, sintetizzando i fattori di domanda e offerta, estranei alle scelte discrezionali degli amministratori locali, che meglio

---

l'esercizio delle loro funzioni fondamentali. Questo meccanismo era stato previsto per rafforzare l'autonomia finanziaria e ridurre le disuguaglianze territoriali, ma negli ultimi anni l'attuazione di questa componente è stata ridotta, lasciando gli enti locali in difficoltà. Il fondo perequativo orizzontale, invece, prevede che le risorse vengano redistribuite tra gli stessi enti locali. Questo significa che una parte delle entrate derivanti da tributi locali, come l'IMU, viene trattenuta e redistribuita tra i Comuni in base alla loro capacità fiscale. La componente orizzontale si basa quindi sulla solidarietà intercomunale, dove i Comuni con maggiore capacità contributiva contribuiscono a finanziare quelli con minori risorse.

[118] Sebbene inizialmente, il Fondo perequativo fosse stato concepito come un fondo misto, comprendente sia la componente verticale, finanziata dallo Stato, che la componente orizzontale, finanziata dai Comuni stessi, l'evoluzione normativa e i ripetuti tagli ai trasferimenti statali hanno ridotto significativamente la componente verticale, trasformando il Fondo perequativo di fatto in una struttura prevalentemente orizzontale, portando a una progressiva erosione dell'autonomia tributaria dei Comuni.

[119] Sulle nozioni concernenti l'amministrazione di risultato si veda V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in Dir. amm., 2000, 617; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2002, 127; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in Dir. proc. amm. , 1998, 299; ID., *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003, 3; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, 813; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003, 102; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, 107; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 172.

ISSN 2036-7821

spiegano i differenziali di costo e di bisogno lungo il territorio.[120] La metodologia utilizzata per il calcolo dei fabbisogni standard si basa sull'approccio RCA (*Regression Cost Base Approach*), una tecnica econometrica che sfrutta la regressione multipla lineare per stimare la funzione di costo o di spesa. Tale approccio è utilizzato in molti Paesi, come la Gran Bretagna e l'Australia, e permette di tenere conto delle variabili indipendenti che influenzano il costo dei servizi pubblici, come il numero di utenti o le caratteristiche demografiche.[121] Il processo di determinazione dei fabbisogni standard è stato supervisionato dalla Commissione tecnica paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale (COPAFF) e realizzato in collaborazione con vari enti, tra cui la SOSE (Soluzioni per il Sistema Economico S.p.A.) e l'Istituto per la Finanza e l'Economia Locale (IFEL).[122] Attraverso la sua implementazione, si mira a garantire

[120] S. PARLATO, *Metodologia di stima e determinazione dei fabbisogni standard nei comuni*, in Lavoro nelle p.a., Fasc. n. 1/2013, 117; sebbene il principale riferimento normativo sia la legge delega n. 42 del 5 maggio 2009, che ha gettato le fondamenta per l'introduzione del federalismo fiscale, è stato il decreto legislativo n. 216 del 2010 a definirne successivamente le modalità attuative, introducendo strumenti quali questionari e modelli organizzativi per la raccolta dei dati necessari. La metodologia adottata si fonda su un approccio bottom-up, che prevede la costruzione di dataset dettagliati volti a stimare i fabbisogni standard sulla base di dati empirici. Tale metodologia si articola in tre categorie principali: 1) servizi con output misurabili, come gli asili nido e il trasporto pubblico; 2) servizi con output non direttamente misurabili ma correlabili a prodotti intermedi, quali le funzioni anagrafiche; 3) servizi privi di output misurabili o correlabili, come la polizia locale, per i quali vengono utilizzati indicatori indiretti. Questa classificazione riflette la varietà dei servizi pubblici e la necessità di modelli di stima adattati alle caratteristiche specifiche di ciascuna funzione.

[121] G. BRUNELLO, F. PORCELLI, M. STRADIOTTO, *I fabbisogni standard dei comuni e delle province: un nuovo patrimonio informativo per stimolare maggiore efficienza e responsabilità nei governi locali*, in Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Fasc. n. 2/2015, 199.

[122] Il SOSE, acronimo di *Soluzioni per il Sistema Economico*, è una società partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e dalla Banca d'Italia. Essa svolge un ruolo cruciale nello studio e nell'analisi dei costi e dei fabbisogni standard degli enti territoriali, posizionandosi come un attore centrale nell'evoluzione del federalismo fiscale, con particolare riferimento al regionalismo differenziato. La missione principale di SOSE consiste nell'analizzare la realtà finanziaria e strutturale degli Enti Locali al fine di fornire strumenti utili per una distribuzione equa delle risorse, garantendo l'efficienza dei servizi su tutto il territorio nazionale, nonostante le marcate eterogeneità territoriali. In merito al tema dell'autonomia differenziata, la legge di Bilancio 2023, ai sensi dei commi 793 e 794 dell'articolo 1, ha affidato a SOSE il compito di predisporre le metodologie a supporto della Commissione Tecnica per i Fabbisogni Standard (CTFS) nella definizione dei Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP) nelle materie inerenti ai diritti sociali e civili. In particolare, il comma 793 prevede che la Cabina di Regia determini i LEP sulla base delle ipotesi tecniche elaborate dal CTFS, il quale si avvale del supporto di SOSE, dell'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), della struttura tecnica di supporto della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome, nonché del Centro Interregionale di Studi e Documentazione (CINSEDO). Tra le attività principali di SOSE si annovera la mappatura nazionale dei servizi e delle prestazioni connesse alle materie dell'autonomia differenziata. Tale operazione prevede un monitoraggio delle spese sostenute dallo Stato nelle diverse aree di interesse, con l'obiettivo di confrontarle con i livelli di servizio effettivamente erogati. Questa analisi permette di delineare un quadro complessivo utile a stabilire se i livelli di spesa e di servizio possano ritenersi adeguati. Va sottolineato che i LEP devono essere individuati esclusivamente in riferimento ai diritti sociali e civili dei cittadini. In qualità di organismo tecnico del Ministero dell'Economia e delle Finanze, SOSE ha ricoperto un ruolo strategico nella promozione del riequilibrio dei divari territoriali, fornendo dati e competenze fondamentali per lo sviluppo di politiche complesse. In particolare, l'approccio consolidato da SOSE per la determinazione dei fabbisogni e dei costi standard ha rappresentato una base conoscitiva essenziale, sia per la

ISSN 2036-7821

un livello omogeneo di prestazioni su tutto il territorio nazionale, attenuando le differenze che storicamente hanno caratterizzato il finanziamento tra diverse aree del Paese.[123]

Alla luce delle considerazioni delineate, vengono individuati due modelli possibili di finanziamento, ciascuno caratterizzato da pregi e criticità: il primo è un modello "autonomistico" che prevede una compartecipazione con aliquota fissa, volto a incentivare l'efficienza locale, ma avente il rischio di ampliare le disuguaglianze territoriali, poiché le Regioni più ricche potrebbero beneficiare maggiormente delle risorse rispetto a quelle meno dotate; il secondo è un modello "cooperativo" che prevede una revisione periodica delle compartecipazioni per garantire una corrispondenza costante tra risorse disponibili e fabbisogni standard, il quale, sebbene più equo nella redistribuzione delle risorse, potrebbe ridurre l'incentivo per le Regioni a migliorare la gestione delle proprie risorse.[124]

Sia la perequazione che gli standard di fabbisogno costituiscono dunque strumenti fondamentali per garantire una distribuzione equa delle risorse e monitorare l'efficacia dei servizi erogati. Per questo motivo è importante che il sistema di compartecipazione e perequazione sia attentamente monitorato e bilanciato al fine di evitare effetti distorsivi e di scongiurare l'uso strumentale del meccanismo a vantaggio di alcune Regioni a scapito di altre. Tuttavia, il rischio di una "secessione dei ricchi", ovvero la resistenza delle Regioni più ricche a contribuire alla redistribuzione, rappresenta tutt'oggi un ostacolo significativo alla coesione territoriale e alla solidarietà nazionale.[125]

7. Considerazioni conclusive: sfide complesse o opportunità di innovazione

In conclusione, la recente riforma, concepita per rafforzare l'autonomia finanziaria e decisionale degli enti territoriali, evidenzia criticità significative legate al principio di sussidiarietà, al ruolo del Parlamento e al delicato equilibrio tra autonomia regionale e principi supremi, aspetti centrali nella definizione del futuro assetto istituzionale del Paese.

---

definizione degli obiettivi annuali di servizio sia per la distribuzione delle risorse aggiuntive previste dalla normativa vigente.

[123] P. MASTROGIUSEPPE, C. VIGNOCCHI, *Standard: un connubio che può funzionare*, in Lavoro nelle p.a., Fasc. n. 3-4/2012, 549; in particolare, l'introduzione dei fabbisogni standard nelle PA è stata presentata come una soluzione per rendere più trasparente e giusta l'allocazione delle risorse, sulla base delle necessità reali dei territori e delle diverse amministrazioni. Il calcolo dei fabbisogni standard, tuttavia, è reso complesso dalla natura eterogenea delle amministrazioni pubbliche e dalle diversità territoriali richiedendo un *yardstick competition* ovvero il confronto tra amministrazioni simili per promuovere l'adozione delle migliori pratiche gestionali. Misurare i fabbisogni in maniera standardizzata implicherà quindi non solo una conoscenza approfondita delle peculiarità locali, ma anche la capacità di adattare i modelli generali di *performance* a contesti specifici, garantendo equità e sostenibilità.

[124] S. PIPERNO, *Soluzioni diverse per il finanziamento dell'autonomia differenziata: le ambiguità del disegno di legge Calderoli*, Il Piemonte delle Autonomie, Fasc. n. 2/2023, 8.

[125] G. VIESTI, *Verso la secessione dei ricchi*, Roma-Bari, 2019.

ISSN 2036-7821

La sentenza n. 192 del 2024 della Corte Costituzionale italiana offre un'occasione unica per analizzare in profondità le implicazioni giuridiche e politiche legate all'attuazione dell'autonomia differenziata. Pur non avendo dichiarato l'incostituzionalità dell'intero impianto normativo, la Corte ha evidenziato l'illegittimità di alcune disposizioni di rilievo, determinando un significativo ridimensionamento del progetto legislativo e ponendo in evidenza le complessità insite nel processo di riforma.

Al centro del binomio "pluralismo-unità" si colloca il Parlamento, l'unico organo in grado di ricomporre la complessità sociale ed economica, tramite la gestione delle materie trasversali di competenza statale e attraverso un sistema di perequazione finanziaria a favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante. Ciò pone le basi per un regionalismo cooperativo, fondato sulla leale collaborazione tra Stato ed enti territoriali, il cui indebolimento «può sfociare nella stessa crisi della democrazia».[126]

Il principio di leale collaborazione, sancito dagli articoli 5 e 120 della Costituzione, costituisce un fondamento imprescindibile per assicurare un equilibrio corretto nei rapporti tra Stato e Regioni. Grazie alla sua elasticità e alla capacità di adattarsi alle peculiarità delle diverse situazioni, esso è destinato a permeare ogni fase del procedimento legislativo che coinvolga o incida sulle autonomie regionali.

La giurisprudenza costituzionale ha ampiamente valorizzato tale principio, individuandolo come una chiave interpretativa fondamentale per delineare il quadro delle attribuzioni nei frequenti casi di intersezione e sovrapposizione tra le competenze statali e quelle regionali. In particolare, il principio di leale collaborazione si è affermato come uno strumento cruciale per attenuare i dualismi, favorendo una dinamica di confronto tra i diversi livelli di governo.[127]

La legge n. 86 del 2024, tuttavia, attribuisce alla Conferenza Stato-Regioni e alla Conferenza Unificata un ruolo meramente consultivo, privo di poteri vincolanti. Tale configurazione si pone in evidente contrasto con i consolidati orientamenti della Corte costituzionale, che ha ribadito la necessità di garantire procedure idonee a promuovere un confronto effettivo e reiterato tra Stato e Regioni, soprattutto nelle materie che incidono profondamente sulle loro competenze.[128] Questa impostazione giurisprudenziale sottolinea come il principio di leale collaborazione richieda non solo la mera consultazione, ma anche il coinvolgimento attivo e paritario, laddove si tratti di decisioni capaci di influenzare significativamente le prerogative regionali.

---

[126] I. A. NICOTRA, *I rilievi della Consulta che però ritiene infondata l'incostituzionalità generale della legge Calderoli*, in Quotidiano di Sicilia, 12 dicembre 2024.

[127] Servizio Studi della Camera dei Deputati, *Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V – I confini nella materie di competenza legislativa concorrente come delineati dalla giurisprudenza costituzionale*, 2018, 14.

[128] *Ibid*.

ISSN 2036-7821

La differenziazione, lungi dal rappresentare un'eccezione, si configura come uno strumento per espandere le potenzialità del regionalismo, contribuendo a garantire i diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale e a realizzare il principio di sussidiarietà. Tuttavia, la Corte ha ribadito un principio fondamentale, secondo cui il trasferimento di competenze alle regioni deve riguardare "singole funzioni", in conformità con l'articolo 116, comma 3, della Costituzione, e non l'intera materia di riferimento. L'adeguatezza di tale attribuzione deve essere sempre motivata in modo rigoroso e valutata in base ai criteri di efficacia, efficienza, equità e responsabilità dell'autorità pubblica. In questo contesto, la Corte osserva che alcune funzioni – come il commercio con l'estero, la distribuzione dell'energia, la gestione dei porti e aeroporti civili, le grandi reti di trasporto e le normative generali sull'istruzione – presentano significative difficoltà nel loro trasferimento alle Regioni, sebbene non venga esclusa in via assoluta tale possibilità.[129]

Per quanto riguarda invece i Livelli Essenziali delle Prestazioni (LEP), essi emergono come strumenti indispensabili per assicurare uniformità nei diritti fondamentali. La loro definizione e il finanziamento sono prerequisiti indispensabili per scongiurare il rischio che l'autonomia differenziata generi disparità tra cittadini di diverse regioni; tale processo non può essere delegato esclusivamente al Governo mediante decreti legislativi, ma richiede necessariamente il coinvolgimento diretto del Parlamento, al fine di assicurare un controllo democratico pieno e trasparente. La definizione dei LEP, inoltre, deve essere accompagnata da una strategia di monitoraggio e revisione periodica, che oggi risulta lacunosa. Al riguardo, a seguito della recente approvazione del decreto milleproroghe, è stato assegnato al Dipartimento per gli Affari regionali della Presidenza del Consiglio l'attività istruttoria per la determinazione dei LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard fino al 31 dicembre 2025, a decorrere dal 5 dicembre 2024.

Sotto il profilo finanziario, invece, la riforma mette in luce la mancanza di un quadro normativo organico per la distribuzione delle risorse evidenziando l'urgenza di superare il criterio della spesa storica a favore di quello basato sui fabbisogni standard, al fine di promuovere una maggiore equità e ridurre le disparità territoriali. L'istituzione di una Commissione paritetica Stato-Regione rappresenta un'iniziativa preliminare, ma le persistenti disuguaglianze regionali richiedono soluzioni più strutturate.

In questo contesto, la Corte costituzionale ha svolto un ruolo essenziale. La sua dichiarazione di illegittimità dell'utilizzo di decreti legislativi per la modifica delle aliquote di compartecipazione ai tributi erariali sottolinea l'importanza di rispettare il quadro costituzionale e i limiti di delega legislativa. Questo richiamo alla correttezza procedurale appare cruciale per prevenire interventi unilaterali che

[129] I. A. NICOTRA, *I rilievi della Consulta , cit.*, 12 dicembre 2024.

ISSN 2036-7821

possano alterare l'equilibrio tra Stato e Regioni. Analogamente, la Corte ha evidenziato l'obbligatorietà del contributo di tutte le Regioni, comprese quelle con maggiore autonomia, al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica, ribadendo la necessità di una responsabilità condivisa nell'interesse collettivo.
Un ulteriore chiarimento di rilievo è stato fornito in merito alle Regioni a statuto speciale, per le quali la Corte ha escluso l'applicabilità delle procedure individuate dalla legge 86 del 2024, imponendo che tali Regioni operino esclusivamente nel rispetto dei propri statuti e delle disposizioni costituzionali loro dedicate.
Infine, sebbene la clausola di invarianza finanziaria imponga di considerare il quadro generale della finanza pubblica, l'andamento del ciclo economico e il rispetto degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, essa risulta di difficile attuazione pratica. È infatti evidente che il trasferimento di nuove funzioni alle Regioni comporta inevitabilmente un incremento dei costi per il bilancio pubblico, rendendo poco realistico il presupposto di un impatto finanziario neutrale.
Il bilancio pubblico, elemento centrale della gestione finanziaria, rappresenta infatti un fondamentale strumento di realizzazione del principio autonomistico.[130] La sua duplice natura, contabile e programmatica, lo configura come uno strumento essenziale per la tutela di "interessi finanziari adespoti"[131], nonché per il rafforzamento del controllo "giurisdizionale"[132] sull'impiego delle risorse pubbliche, in maniera tale da garantire "l'inderogabile principio di continuità tra gli esercizi finanziari".[133]
La mancata considerazione di questi aspetti potrebbe tradursi in una crisi di sostenibilità per alcune amministrazioni regionali.
L'impianto normativo, quindi, introduce una nuova dimensione o "metodo di governo", che non solo contribuisce a potenziare il patrimonio di competenze tecniche del Paese in materia di quantificazione degli oneri e individuazione delle

[130] La giurisprudenza costituzionale ha avuto un ruolo determinante nell'affermare il principio di autonomia finanziaria degli enti territoriali come strumento di rafforzamento della democrazia. Pronunce come la sentenza n. 247 del 2017 e la n. 101 del 2018 hanno chiarito che l'autonomia finanziaria non può essere limitata in modo arbitrario da norme contabili o statistiche di origine sovranazionale, se tali limitazioni violano i principi costituzionali italiani. La Corte ha, infatti, ribadito che l'autonomia degli enti territoriali deve essere tutelata anche quando si applicano regole europee sull'equilibrio di bilancio.

[131] F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio nella costituzione italiana*, Napoli, 2022, 158.

[132] F. SUCAMELI, *Il giudice del bilancio, cit.*, 157; l'Autore sottolinea che il giudizio sul bilancio, disciplinato dal d.l. n. 174/2012, si concentra sull'impatto delle eventuali illegittimità registrate nei documenti contabili, valutandone gli effetti sui saldi di bilancio in base al principio di continuità. La giurisdizione del giudice del bilancio si configura come un accertamento della conformità del bilancio alle fonti normative e costituzionali, conducendo a un giudizio dicotomico (Corte costituzionale, sentenze n. 39 e n. 40 del 2014) sui saldi a una data specifica. In caso di saldo non conforme, si impone la rimodulazione, accompagnata dall'adeguamento delle scritture contabili e dall'adozione di misure correttive. Questo iter, rigorosamente sillogistico, è vincolato dai limiti fissati nella relazione di deferimento del giudice istruttore, garantendo così un controllo tecnico e giuridico coerente con i principi di equilibrio e sostenibilità finanziaria.

[133] Corte cost. nn. 274/2017 e 105/2019.

ISSN 2036-7821

modalità di copertura finanziaria "secondo le regole dell'esperienza e della pratica contabile"[134], ma al tempo stesso promuove anche una ridefinizione dei connotati della funzione di controllo.[135]

Un ulteriore passo verso la revisione dell'autonomia differenziata è stato compiuto di recente dalla Corte di cassazione, la quale, attraverso una dettagliata ordinanza di trenta pagine, ha approvato il 12 dicembre 2024 il referendum per l'abrogazione integrale della riforma che ridefinisce le competenze regionali.

La risoluzione di questo nodo spetterà alla Corte Costituzionale, che a gennaio sarà chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario. La sua decisione avrà implicazioni decisive, sia per il futuro della riforma sia per il dibattito più ampio sull'equilibrio tra centralismo e autonomia nel sistema italiano.

Alla luce di tali considerazioni, la Corte costituzionale emerge come il principale protagonista nel processo di definizione delle competenze regionali, non solo per il suo compito di "custode"[136] della Costituzione nel senso più ampio del termine, assicurando che leggi, regolamenti e atti autoritativi rispettino i principi fondamentali sanciti nella Carta costituzionale, ma anche per la sua capacità di orientare e "arbitrare"[137] i conflitti tra i diversi poteri dello Stato. Il ruolo della Consulta si apprezza, dunque, in una duplice prospettiva: storica, considerando che la Corte e l'ordinamento regionale rappresentano alcune delle più significative "innovazioni"[138] introdotte dalla Costituzione repubblicana; e dinamica, poiché i rapporti tra Stato e Regioni trovano negli articoli 134 e 127 della Costituzione i principali strumenti di definizione (e risoluzione) degli eventuali contrasti.[139]

La pronuncia della Cassazione ha quindi riacceso il dibattito politico e giuridico, su una riforma che continua a rappresentare un elemento di forte divisione (e polarizzazione) sia all'interno del Parlamento sia nel più ampio contesto del Paese.

Solo il tempo e un'attenta attuazione (e valutazione) delle disposizioni legislative potranno chiarire se la riforma raggiungerà tali ambiziosi obiettivi.

---

[134] Corte dei Conti – Sezione regionale di controllo per il Lazio – Relazione sulle tecniche di quantificazione degli oneri e coperture finanziarie nelle leggi di spesa approvate dalla regione Lazio, 2024, pp. 1-3; Corte cost., sentenze n. 115 e n. 119 del 2012.

[135] F. M. LONGEVITA, *I nuovi connotati della funzione di controllo*, in Bilancio Comunità Persona, Fasc. n. 2/2019, 45.

[136] M. RUOTOLO, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?*, in Federalismi.it, Fasc. n. 4/2022, 833.

[137] T. CERRUTI, *La Corte Costituzionale, arbitro del contenzioso Stato-Regioni, fra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela dell'autonomia regionale*, in Federalismi.it, Fasc. n. 20/2013, 37.

[138] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in Giurisprudenza costituzionale, 1976, 1694, secondo cui le maggiori novità introdotte dai costituenti sono la Corte costituzionale, il referendum e l'ordinamento regionale.

[139] A. FONZI, *La Giurisprudenza della Corte costituzionale sui conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni nel triennio 2018-2020: le dinamiche dei rapporti intersoggettivi*, in Giurisprudenza costituzionale, Fasc. n. 4/2021, 1881.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Analisi dello sviluppo sostenibile all'interno della filiera vitivinicola

di Carmine Filicetti

(Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Messina)

Sommario

1. La disciplina del vino: cenni storici e normativi – 2. La sostenibilità vitivinicola – 4. Le declinazioni della sostenibilità vitivinicola – 4. La sostenibilità vitivinicola ambientale – 5. La sostenibilità vitivinicola sociale - 6. La sostenibilità vitivinicola economica – 7. Il sistema delle certificazioni vitivinicole sostenibili – 8. Osservazioni conclusive.

Abstract

The strong European pressures have given rise to models guided by environmental principles. These principles, also reflected in the wine supply chain, intersect in an integrated approach to administrative green transition. This essay analyzes the central role of sustainable development in a wine-making perspective.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

1. La disciplina del vino: cenni storici e normativi.

Bel paese (o belpaese) è termine spesso usato come sinonimo d'Italia, l'appellativo fu attribuito alla penisola per ricordo dei noti versi di Dante[1] e del Petrarca[2]. Il merito di tale epiteto è riconducibile a diverse qualità riconosciute al territorio italiano: clima mite, paesaggi naturali, cultura e storia.

Se ci soffermiamo a riflettere su tale contesto risulta davvero arduo a non pensare alla famosa e ricca tradizione culinaria italiana, sorretta dalle latitudini favorevoli, dalla cultura centenaria e dalle profonde radici storiche dei saperi che hanno popolato, nei secoli, i territori italiani sfruttandone al meglio le ricchezze che il mare e la terra avevano da offrire.

Non a caso, l'11 novembre 2011 l'Unesco ha inserito la Dieta Mediterranea nel "Patrimonio Mondiale Intangibile dell'Umanità", riconoscendo in questa dieta, o per meglio dire in questo stile di vita, un "insieme di pratiche tradizionali, conoscenze e competenze, tramandate di generazione in generazione, capace di fornire un senso di appartenenza e di continuità per la popolazione di riferimento".

Cultura dell'alimentazione, clima mediterraneo e appartenenza si fondono in un grande sistema trasversale capace di attraversare l'ambito sociale, ambientale ed economico ma soprattutto di offrire un grande contributo sul tema sempre più attuale della salute e del benessere della popolazione, intesa come generazione attuale e futura.

All'arte della cucina italiana va poi, quasi automaticamente, associata altra forma di cultura, meno solida dei cibi ma strettamente collegata ad essi e spesse volte utilizzata per esaltarne i gusti: ci si riferisce ovviamente alla cultura vitivinicola italiana, anch'essa caratterizzante l'immaginario collettivo del belpaese e altrettanto famosa a livello globale. L'Italia, assieme a Francia e Spagna, è uno dei maggiori produttori ed esportatori di vino[3], prodotto caratterizzante il *made in Italy*.

La presenza della *Vitis vinifera* si fa risalire a 140 milioni di anni fa, come testimoniano alcuni ritrovamenti fossili del periodo Cretaceo inferiore, ascrivibili ai generi *Cissus* e *Ampelopsis*. In Europa le prime tracce del genere *Vitis* risalgono a circa 55 milioni di anni fa, nel sito di Sèzannes (Francia), sono state ritrovate impronte di

[1] «Del bel paese là dove 'l sì sona», *Inf*. XXXIII, 80.

[2] «Il bel paese Ch'Appennin parte, e 'l mar circonda e l'Alpe», ***Canzoniere***, CXLVI.

[3] Secondo i dati del recente *report* OIV, "State of the world vine and wine sector in 2023", Italia, Spagna e Francia hanno esportato complessivamente 54,9 milioni di ettolitri di vino, il 56% *dell'export* globale in volume. Tuttavia, tutti e tre i Paesi produttori hanno visto una diminuzione dei volumi e dei valori *export* rispetto all'anno precedente. La Francia rimane il maggior esportatore in valore con 11,9 miliardi di euro. L'Italia ha mostrato una leggera riduzione del volume *export*, passando da 21.6 milioni di ettolitri (mhl) nel 2022 a 21.4 mhl nel 2023, con una diminuzione dell'1%. Anche il valore delle esportazioni ha segnato un calo, pari allo 0.8%, da 7796 milioni di euro nel 2022 a 7735 milioni nel 2023. Questa flessione del valore potrebbe essere interpretata come un segnale di resilienza nel mantenimento del valore dei vini italiani nonostante la riduzione di volume. La Spagna ha visto una riduzione del 2.9% in volume e del 3.2% in valore, passando rispettivamente da 21.4 mhl a 20.8 mhl e da 3007 milioni di euro a 2910 milioni.

ISSN 2036-7821

foglie di vite conservate tra alcuni strati di tufo risalenti al periodo Paleocenico. La pianta, per giungere ai giorni nostri, dovette anche superare una disastrosa glaciazione, nel Pliocene (alla fine dell'Era terziaria), ove scomparvero quasi tutte le specie della famiglia delle *Vitaceae*. Tuttavia, se ne salvarono alcune che generarono tre centri di diffusione in: America settentrionale e centro-meridionale (*Vitis berlandieri, V. rupestris, V. riparia, V. labrusca* ecc.), Asia orientale (*Vitis amurensis*) e la zona caucasica mediorientale. Nella zona compresa tra Caucaso, Mar Caspio e Mar Nero (zona transcaucasica), oltre ad altre specie del genere *Vitis*, che tutt'ora crescono spontanee, una in particolare, *Vitis vinifera*, si differenziò in due sottospecie: *Vitis vinifera* subsp. *sylvestris (Gmelin) Hegi* e *Vitis vinifera subsp. sativa Hegi*[4].

Numerosi sono, poi, i legami con la mitologia: nella penisola italica già nel II sec. a.C., Bacco (*Bacchus*), e ancor prima Dionisio nell'antica Grecia, veniva osannato come dio del vino e della vendemmia; nella Bibbia si narrava che Noè iniziò a coltivare la terra col piantare la vite[5] .

Quanto all'etimologia del termine, il vino la cui radice sanscrita "vena" vuol dire "amato", è una parola di forma e di suono quasi uguali nelle varie lingue europee: già *vinum* in latino e *oínos* in greco, e ora *vino* in italiano e spagnolo, *vin* in francese, *vinho* in portoghese, *wine* in inglese, *wein* in tedesco, *wijn* in olandese, *vino* in ceco e in slovacco, *vin* in danese e in svedese, *vein* in estone, *vīns* in lituano, *vyno* in lettone, *wina* in polacco, *vinul* in rumeno, *víno* in sloveno e *viinen* in finlandese[6].

Tale denominazione è stata per molto tempo generica, non aveva alcun valore legale e per ogni paese il vino era inteso in senso diverso, ogni paese produttore poteva connotare il proprio vino con alcune piuttosto che con altre caratteristiche e, in sostanza, per produrre vino bisognava attenersi solamente a quelle che erano le normative interne di ogni paese che ne caratterizzavano le specifiche qualità.

Tale concezione era, però, assai pericolosa per l'identità del prodotto, che poteva essere alterato in maniera significativa, nacque, così, l'esigenza di assoggettare il vino ad una identica denominazione legale.

Non a caso, l'Organizzazione Internazionale della Vigna e del Vino (OIV)[7], *dominus* del regime regolatorio del vino, ha cristallizzato e uniformato il significato del

[4] Per approfondire sulle origini, R. Buono, G. Vallariello, Introduzione e diffusione della vite (*Vitis vinifera L.*) in Italia, Orto Botanico di Napoli, Università degli Studi di Napoli Federico II, 2003.

[5] Secondo quando riportato dalla Bibbia (Genesi, 9:20), dopo la fine del Diluvio universale, Noè addomesticò la vite selvatica e produsse il primo vino, presentandosi poi ubriaco ai figli.

[6] A. Germano, E.R. Basile, N. Lucifero, Manuale di legislazione vitivinicola, G. Giappichelli Editore, Torino, 2022, p. 2.

[7] L'O.I.V. è un'istituzione intergovernativa a carattere scientifico e tecnico, che ha preso il posto – con accordo concluso a Parigi il 3 aprile 2001 (entrato in vigore il 1° gennaio 2004 in seguito al deposito del 31° strumento di ratifica) – dell'Ufficio internazionale per la vite e il vino che era stato istituito il 29 novembre 1924 da Italia, Spagna, Francia, Lussemburgo, Tunisia, Ungheria, Grecia e Portogallo. Alla data (ufficiale) del 6 novembre 2018 l'O.I.V. comprende 47 Stati membri (tra cui Australia, Nuova Zelanda, Argentina e Cile) e 13 Organizzazioni come osservatori (tra cui la città cinese di Yantai e la Regione autonoma cinese di Ningxia Hui), tale istituzione

ISSN 2036-7821

temine, ribandendo che nessun altro prodotto, se non quello proveniente dalla fermentazione alcolica del succo di uva fresca, potesse ricevere l'appellativo di vino.
Passata in rassegna la genesi, seppur brevemente, occorre soffermarsi sulla sofisticata disciplina della coltivazione delle viti.
La normativa di settore è attanagliata da diversi e importanti fattori, si pensi alla componente storica e culturale, agli interessi economici e al mercato del prodotto: tali peculiarità hanno dato origine ad una serie di conflitti di interessi, tra le diverse materie che si riversano sulla concorrenza per la conquista dello scaffale e, di contro, si riflettono sulla disciplina giuridica.
Oltre che nella sfera internazionale, la materia è collocabile nell'alveo del diritto amministrativo, del diritto dell'economia e nel diritto alimentare[8]. Essa è stata oggetto di un massiccio intervento normativo che ha interessato tutte le fasi della trasformazione ed il relativo mercato e prende il nome di legislazione vitivinicola. Nella regolazione rilevano caratteristiche peculiari del diritto amministrativo contemporaneo. Caratterizzante è la presenza di una *multilevel regulation*, difatti la materia è disciplinata da una serie di norme di diritto internazionale, dell'Unione europea e di diritto interno. Altra peculiarità è quella della multidisciplinarietà, in quanto attiene a molteplici branche del diritto quali la concorrenza, il diritto alimentare, il diritto commerciale e della registrazione dei marchi. Inoltre, le strutture preposte al controllo e alla regolazione della filiera, hanno natura pubblica o privata con al loro interno funzioni pubblicistiche esternalizzate. Nel sistema del diritto globale[9], anche il regime regolatorio del settore vino ha in comune quello di essere costituito da un complesso di norme con al centro un organismo di indirizzo a forte vocazione tecnica.
Quanto alle norme sovranazionali, con il regolamento (UE) n. 1308/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 dicembre 2013 è stata emanata la nuova organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli, compresa la nuova OCM Unica[10], vertice del sistema delle fonti vitivinicole, che rinnova la gestione degli

non comprende solo Paesi produttori di vino ma anche Paesi consumatori di vino. Fra i compiti dell'O.I.V. rientra la formulazione di raccomandazioni in materia di pratiche enologiche. L'Italia ha ratificato l'Accordo del 3 aprile 2001 con la legge 15 gennaio 2003, n. 26. Per l'art. 80, par. 3, lett. a), Reg. 1308/2013 sull'OCM unica, la Commissione europea, nell'autorizzare pratiche enologiche, "*tiene conto di quelle raccomandate e pubblicate dall'O.I.V.*". Al punto 3.1 del *Code internationale des pratiques oenologiques* dell'O.I.V. recita, con riferimento alla risoluzione del 1973: "*Le vin est exclusivement la boisson résultant de la fermentation alcoolique complète ou partielle du raisin, foulé ou non, ou di moût de raisin. Son titre alcoolométrique acquis ne peut être inférieur à 8,5% vol.*". A. Germano, E.R. Basile, N. Lucifero, Manuale di legislazione vitivinicola, op. cit. p. 3.

[8] F. Albisinni, voce *Vino* in *BD Diritto Alimentare. Mercato e sicurezza*, dir. da F. Albisinni, Wolters Kluwer Italia, Milano, www.leggiditali- aprofessionale.it, 2013.

[9] S. Cassese, Il diritto globale, Torino 2009, p. 11.

[10] Le cosiddette organizzazioni comuni dei mercati (OCM) sono state create nel contesto iniziale della politica agricola comune (PAC). Le OCM erano state concepite per gestire la produzione e il commercio della maggior parte del settore agricolo dell'Unione. Il loro scopo era quello di garantire un reddito costante agli agricoltori e un

ISSN 2036-7821

impianti viticoli; ulteriori disposizioni in materia sono poi state emanate con il regolamento delegato (UE) n. 2018/273 della Commissione e con il regolamento di esecuzione (UE) n. 2018/274 della Commissione del 11 dicembre 2017.
Relativamente agli atti di recepimento, la normativa europea è stata inclusa nel D.M. n. 93489 del 28 febbraio 2022[11] e nel D.M. n. 649010 del 19 dicembre 2022[12] col quale il Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste ha disciplinato i procedimenti ed elencato i requisiti utili per il rilascio delle autorizzazioni per nuovi impianti e per reimpianti viticoli.
Il legislatore domestico ha, poi, riunito la normazione italiana vigente in materia di coltivazione delle viti e produzione e commercializzazione del vino all'interno della "Disciplina organica della coltivazione della vite e della produzione e del commercio del vino", comunemente indicata, seppur impropriamente, Testo Unico Vino (TUV) in coerenza con la riforma della OCM Vino del 2013.
La ricostruzione sin qui descritta è utile a fare ordine all'interno della legislazione vitivinicola, nazionale e non; tuttavia, tali fonti necessitano di essere lette in una visione sistemica: la filiera del vino è attività molto legata al territorio e di grande impatto sulle problematiche ambientali ad essa collegate. I processi produttivi messi in atto sono capaci di alterare e condizionare le tradizioni oltre che incidere nettamente sul profilo paesaggistico e, in tale scenario, le aziende di settore sono chiamate ad operare con spirito sempre meno "industriale" ed agire secondo quelli che sono i dettami dello sviluppo sostenibile.
Scopo del presente contributo è quello di analizzare le principali innovazioni in materia vitivinicola ponendo l'attenzione sullo studio dei processi, indicatori, competenze e, attraverso essi, dei rapporti tra la produzione vinicola e gli interessi sottesi inerenti allo sviluppo sostenibile.

2. La sostenibilità vitivinicola.

approvvigionamento continuo ai consumatori europei. Nel 2007 è stata istituita un'organizzazione comune dei mercati agricoli unica al fine di sostituire le 21 OCM esistenti, ognuna con le proprie norme. L'articolo 40 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea consolida l'istituzione delle OCM. Nel 2013, la PAC è stata ulteriormente riformata. Gli scopi principali del nuovo regolamento OCM sono: fornire una rete di sicurezza per i mercati agricoli attraverso l'utilizzo di strumenti di sostegno al mercato, misure eccezionali e regimi di aiuto per alcuni settori (in particolare frutta e verdura e vino); incoraggiare la cooperazione tra produttori attraverso le organizzazioni di produttori e norme specifiche in materia di concorrenza; e stabilire norme di commercializzazione per taluni prodotti, in eur-lex.europa.eu.

[11] Disposizioni applicative della legge 12 dicembre 2016, n. 238: schedario viticolo, idoneità tecnico-produttiva dei vigneti e rivendicazione annuale delle produzioni, nell'ambito delle misure del SIAN recate dall'articolo 43, comma 1, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120.

[12] Disposizioni nazionali di attuazione del regolamento (UE) n.1308/2013 concernente l'organizzazione comune dei mercati dei prodotti agricoli. Sistema di autorizzazioni per gli impianti viticoli.

ISSN 2036-7821

Il dibattito sullo sviluppo sostenibile[13] è tutt'ora aperto: contenuto, applicazioni e portata complessiva di tale principio trovano fondamento nella sua integrazione nei vari livelli del diritto, ciò ne evidenzia il significato e sottolinea la necessità di valutarne le implicazioni e la praticità. Sono presenti riferimenti internazionali nell'Agenda 2030 adottata dalle Nazioni Unite nel 2015[14]; riferimenti europei, ove numerosi atti normativi e documenti si basano sul principio enunciato dall'articolo

[13] I primi riferimenti del principio dello sviluppo sostenibile si fanno risalire alla pubblicazione di *Blueprint to Survive* da parte di *The Ecologist* nel 1972, nello stesso anno vi fu il primo evento convocato dalle Nazioni Unite sul tema crisi ambientale, la Conferenza di Stoccolma sull'Ambiente Umano. Su quella scia e a seguito dei risultati della Conferenza, la Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo dell'ONU inseriva il concetto all'interno del c.d. "*Rapporto Brundtland*", del 1987 ove si parlava di "uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri bisogni". Questo si inserisce direttamente nell'ambito dei principi del diritto internazionale, ove la tutela delle generazioni future prende vita con il riconoscimento di una responsabilità nella gestione dei beni comuni dell'ambiente sia per le presente che per l'indomani. Il principio viene poi ribadito nella Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo (Principio 3: Il diritto allo sviluppo deve essere realizzato in modo da soddisfare equamente le esigenze relative all'ambiente ed allo sviluppo delle generazioni presenti e future) e costituisce secondo alcuni principi del diritto internazionale generalmente riconosciuto (si veda, D. PORENA, Il rango del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto, in Federalismi.it, ed autori ivi citati; sul tema si sofferma ampiamente F. Fracchia, Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile, in P. Dell'anno, E. Picozza (a cura di), Trattato di diritto dell'ambiente, Milano, I, 606 e ss.; v. anche S. Grassi, Ambiti della responsabilità e della solidarietà intergenerazionale: tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile, in R. Bifulco, A. D'aloia (a cura di), Un diritto per il futuro, Napoli, 2008, 177 e ss.; v. anche P. Fois (a cura di), Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente, Napoli, 2007; M. Antonioli, Sostenibilità dello sviluppo e governance ambientale, Torino, 2016; per una rilettura critica, G. Rossi, M. Monteduro, L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici, RQDA n. 1/2020).

[14] Il problemi climatici sono stati affrontati, a livello internazionale, il 25 settembre 2015, con l'approvazione da parte delle Nazioni Unite dell'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile: programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità; formato da *17 Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile* (SDGs), che a loro volta comprendono *169 traguardi* distinti *che riguardano tutti i paesi e tutti gli individui*, senza escludere o lasciare indietro nessuno lungo il percorso necessario per raggiungere la sostenibilità a livello mondiale. In seguito con il raggiungimento nella COP 21 sulla convenzione del clima del c.d. Accordo di Parigi del dicembre 2015, si dato vita ad un trattato globale al quale hanno partecipato 198 Stati, sul tema, per approfondire sull'Accordo di Parigi, cfr. v. G. D'andrea, La lotta ai cambiamenti climatici, in La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo, (a cura di) R. Giuffrida E F. Amabili, 2018; J. Morand-Deviller, L'Accord de Paris et l'irrèsistible principe de solidarité, in Il Piemonte delle Autonomie, 2014; S. Nespor, La lunga marcia per un accordo globale del clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 2016.

ISSN 2036-7821

37 della Carta dei diritti fondamentali[15]; nelle leggi nazionali, dove il principio trova un'ampia enunciazione, tra tutti, nei principi generali del Codice dell'ambiente[16].
Ciò posto, il rilievo giuridico dello sviluppo sostenibile è ormai più che consolidato, tanto che tratti dello stesso, nel 2022 sono stati consacrati con espressa menzione nella Costituzione italiana[17]: trattasi di un principio volto a esplicare i suoi effetti nel tempo, orientando le scelte politiche e quelle amministrative in modo dinamico attraverso la definizione di obiettivi da raggiungere e di metodi e processi decisionali.
Lo sviluppo sostenibile è, dunque, principio proteiforme e mutevole, caratterizzato da una grande elasticità e, forse più di altri, legato ad una continua esigenza di contemperamento tra gli interessi di diversa natura e di diversi soggetti; esso esprime un'aspirazione alla giustizia, all'uso equilibrato delle risorse e dei poteri pubblici e alla tutela delle generazioni future[18].

---

[15] Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 37: «[u]n livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile». Sul tema si veda S. Izzo, Il principio di integrazione ambientale nel diritto comunitario, Napoli, 2007; S. Grassi, La Carta dei diritti dell'Unione Europea e il principio di integrazione per la tutela dell'ambiente, in Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di P. Barile, Padova, 2003, pagg. 395 ss.); C. Feliziani, Industria e ambiente. Il principio di integrazione dalla rivoluzione industriale all'economia circolare, cit., 843 e ss.; M.C. Cavallaro, Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2007, 467-483; S. Salardi, Profili teorico-giuridici del principio d'integrazione come strumento d'attuazione dello sviluppo sostenibile nelle normative comunitaria e nazionale italiana e svizzera in materia di risorse idriche, biologiche e forestali, in Dir. economia, 2008, 661 e ss.

[16] In dottrina si dibatte sulla necessità di collegare più chiaramente i principi del d.lgs. n. 152/2006 ai principi generali sul procedimento amministrativo, v. D. Sorace, Tutela dell'ambiente e princìpi generali sul procedimento amministrativo, in R. Ferrara – M.A. Sandulli, Trattato di diritto dell'ambiente, Vol. II, S. Grassi - M.A. Sandulli - a cura di - I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente, Milano, 2014, II, 3 e ss.). Condivisibili sul tema le affermazioni in S. Grassi, La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne in Federalismi, 2023, con le quali si ritiene che nonostante l'uso del termine "codice", riferito all'intero decreto contenuto nella formulazione dell'art. 3 quater del Titolo I, questi non abbia attuato quel coordinamento e consolidamento delle norme ambientali che da tempo costituisce un'aspirazione sia del legislatore sia degli operatori del diritto, ma va sottolineata più la natura assorbente del d.lgs. n. 152/2006 capace di fargli assumere un ruolo centrale nella prassi applicativa. S.G. fa notare come un ruolo chiave è da ascrivere alla giurisprudenza, capace di effettuare ricostruzioni sistematiche (spesso basate anche sull'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell'Unione europea) su temi fondamentali come quelli relativi alle caratteristiche delle autorizzazioni ambientali, alla definizione del principio di precauzione, alla definizione di istituti fondamentali nella disciplina dei rifiuti; agli sviluppi nella interpretazione del principio "chi inquina paga", sia con riferimento agli obblighi di bonifica che con riferimento al risarcimento del danno ambientale. Sul tema si veda, tra i tanti, F. Fracchia, I principi generali nel codice dell'ambiente, in Riv. Quad. Dir. Amb., 2021, n. 3-4 e ss.

[17] La revisione realizzata con legge costituzionale n. 1/2022 ha introdotto nell'art. 9 della Costituzione il principio secondo cui la Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. Per una puntuale disamina sulla visione costituzionalmente orientata dello sviluppo sostenibile, si v. M. PIERRI, Il limite antropocentrico dello sviluppo sostenibile nella prospettiva del personalismo costituzionale. Riflessioni a margine della riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione italiana, in Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, 2022.

[18] Sul tema delle generazioni future si segnalano, F. Fracchia, Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future, in Riv. Quad. Dir. Ambiente, 2010, 12 e ss; R. Bifulco, Diritto e generazioni future, Milano, 2008; R. Bifulco

ISSN 2036-7821

Non a caso si pone come principio che abbraccia un orizzonte temporale molto vasto, abbandonando il classico requisito dell'attualità e legandosi ad interessi del futuro quali: il benessere, lo sviluppo, la conservazione e l'equa distribuzione delle risorse ed il raggiungimento di obiettivi sostenibili.

È agevole comprendere come questi non può essere cristallizzato in una singola disciplina né essere oggetto di specifiche funzioni amministrative, esso opera trasversalmente con tutta una serie di rischi legati alla ampiezza e alla difficoltà di delimitarne l'ambito di applicazione e, con esse, il rischio di un suo svuotamento.

Tali caratteristiche sono difficilmente incorporabili in un'unica amministrazione che al massimo risulta capace di attuare una politica da seguire. I diversi interessi coinvolti devono essere guidati a livello centrale: è ormai nota la trasformazione del CIPE in CIPESS[19], che ha aggiunto alla denominazione il principio dello sviluppo sostenibile, recentemente elevato al rango costituzionale, segnando un punto di svolta delle politiche di investimento pubblico, che dovranno sempre di più essere orientate al perseguimento di obiettivi di sostenibilità e contemperare le differenti politiche tra i svariati interessi ed *asset* che il principio richiede [20].

Tra le diverse materie che abbraccia il principio, anche la filiera del settore vitivinicolo è interessata delle prerogative della sostenibilità con il c.d. "vino sostenibile" che sta sempre più conquistando posizioni nelle enoteche. Si comprende che unire la sostenibilità, che è concetto composito, alla produzione vinicola, anch'essa particolareggiata e pervasa da diverse discipline del diritto non è attività semplice. Declinare la sostenibilità in tutti gli ambiti legati alla produzione del vino significa assecondare l'esigenza di trovare soluzioni tecnologiche disponibili sul mercato, utili per migliorare prodotti e processi produttivi nel segno della sostenibilità e quindi della qualità.

Sono molti i passi che devono essere compiuti per dar vita ad un sistema totalmente sostenibile, si pensi all'eliminazione dei pesticidi nelle coltivazioni, a un maggiore rispetto della biodiversità e degli ecosistemi naturali, fino alle soluzioni per il riutilizzo degli scarti di lavorazione secondo i principi dell'economia circolare. L'idea alla base dei vini ecosostenibili è quella di realizzare un prodotto di eccellenza

---

A. D'aloja, Un diritto per il futuro, Napoli, 2008; nonché G. Arconzo, La tutela dei beni ambientali nella prospettiva intergenerazionale, in Il diritto dell'economia, 2021, 157 e ss

[19] Il Comitato è presieduto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e la sua composizione è prevista dalla legge n. 48 del 27 febbraio 1967, e successive modificazioni e integrazioni. Dal 1° gennaio 2021, è entrata in vigore la riforma disposta dalla legge 12 dicembre 2019, n. 141, di conversione del cd. "Decreto clima", che ha prescritto la trasformazione del Comitato Interministeriale per la programmazione economica (CIPE) nel Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS). Si tratta di un cambiamento importante finalizzato a introdurre una valutazione di sviluppo sostenibile delle opere degli investimenti pubblici anche in considerazione dei principi del "*Do No Significant Harm*" previsto dagli obblighi europei.

[20] Sul punto cfr. B. G. Mattarella, Il governo dello sviluppo sostenibile, Studi del Dipartimento di Giurisprudenza Luiss Guido Carli, Collettanee, 2023.

ISSN 2036-7821

caratterizzato dall'uso razionale delle risorse oltre che dal pieno rispetto dei lavoratori e del territorio.
L'obiettivo di una gestione sostenibile della filiera è anche quello di consegnare intatte alle generazioni future le risorse oggi disponibili e, in un settore come quello vinicolo con la sua tradizione storico-culturale secolare, quest'impegno è assolutamente imprescindibile. L'approccio sostenibile avrà una ingente portata, capace di modificare profondamente mercati e geografie viticole verso latitudini più alte o altitudini più elevate.
Ovviamente anche le istituzioni giocheranno un ruolo fondamentale: se, da una parte, gli imprenditori sono chiamati a uniformarsi al nuovo scenario; dall'altra, è la stessa politica che dovrà orientare i mercati verso soluzioni innovative capaci di attirare sempre più consumatori verso prodotti generati da processi a basso impatto ambientale.
Non è fortuita la menzione del Codice dell'ambiente che, all'articolo 3-*quater*, sottolinea come l'esercizio della discrezionalità amministrativa debba essere orientata dalle istituzioni verso gli obiettivi di tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale; l'amministrazione centrale, in quest'epoca di ingenti investimenti sul settore[21], è onerata dall'esercizio di poteri pubblici in tale direzione.
Puntare alla sostenibilità è anche, ma soprattutto, questione di sopravvivenza: nel mondo si produce più vino di quello che si consuma[22], sicché chiunque operi nel settore è tormentato da una continua concorrenza sui mercati che deve essere abbattuta dalle aziende virtuose non soltanto elevando i parametri qualitativi del prodotto in sé, ma anche incentrando la filiera produttiva sulla sostenibilità.
La correttezza etica dell'intero processo vitivinicolo dovrà abbracciarne tutte le fasi, dalla coltivazione del vigneto alla distribuzione, passando per i vari processi di vinificazione: solo con tali prerogative sarà possibile parlare di una gestione della produzione vinicola incentrata su una economia sostenibile, fattore al quale il

[21] La missione numero due del Pnrr colloca per la rivoluzione verde il 40% di risorse previste dal piano, comprendendo al suo interno interventi per l'agricoltura sostenibile e programmi di investimento per lo sviluppo delle principali filiere industriali oltre che iniziative per il contrasto al dissesto idrogeologico, per salvaguardare e promuovere la biodiversità del territorio e per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e la gestione sostenibile ed efficiente delle risorse idriche.

[22] Alla data del 31 maggio 2022 negli stabilimenti enologici italiani sono presenti 50,7 milioni di ettolitri di vino, 5,3 milioni di ettolitri di mosti e 87.879 ettolitri di vino nuovo ancora in fermentazione (VNAIF). Rispetto al 31 maggio 2021, si osserva un valore delle giacenze superiore per tutte i vini (+3,1%) e i mosti (+19,8%), in calo risultano le giacenze di VNAIF (-18,8%). Rispetto al 30 aprile 2022 il dato delle giacenze è minore per i vini (-5,7%), per i mosti (-13,4%) e di VNAIF (-45,7%). Il 55,0% del vino è detenuto nelle regioni del Nord, prevalentemente nel Veneto. Il 50,5% del vino detenuto è a DOP, il 28,0% a IGP, i vini varietali costituiscono appena l'1,3% del totale. Il 20,1% è rappresentato da altri vini. Le giacenze di vini a Indicazione Geografica sono molto concentrate; infatti, 20 denominazioni su 526 contribuiscono al 57,2% del totale delle giacenze, Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali, Dipartimento dell'Ispettorato centrale della tutela della qualità e repressione frodi dei prodotti agroalimentari, report n. 6/2022.

ISSN 2036-7821

consumatore attribuisce un valore sempre più elevato e ormai capace di determinare il successo, o meno, dell'azienda.

3. Le declinazioni della sostenibilità vitivinicola.

Lo sviluppo sostenibile ha avuto un forte implemento dalle fonti di rango internazionale.

Il Summit della Terra tenutosi a Rio nel 1992, con la pubblicazione dell'Agenda 21, che stabiliva le linee guida per uno sviluppo economico e sociale in un ambiente vivibile, ha avuto il merito di allagare e cristallizzare la dimensione del principio, il testo, adottato da 178 governi, andava a definire i tre pilastri dello sviluppo sostenibile: il pilastro economico, il pilastro sociale e quello ambientale[23].

Le Nazioni Unite con la risoluzione 70/1, *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*[24], hanno aggiunto ai *Millennium Development Goals – MDGs*[25], operanti dal 2000 al 2015, i noti *Sustainable Development Goals, SDGs*, ovvero 17 obiettivi, a loro volta articolati in 169 *targets*, che hanno esteso ulteriormente l'ambito di intervento delle misure internazionalmente concordate; gli obiettivi dell'Agenda 2030 sono, poi, stati catalogati all'interno di cinque aree cruciali per l'umanità[26].

---

[23] Cfr. Risoluzione OIV-CST 518-2016, Principi generali dell'OIV sulla vitivinicoltura sostenibile - aspetti ambientali, sociali, economici e culturali.

[24] Risoluzione A/RES/70/1 del 25 settembre 2015, United Nations General Assembly (UNGA), Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development.

[25] Gli otto obiettivi fissati dai *Millennium Development Goals* sono: 1) *Eradicate extreme poverty and hunger, 2) Achieve universal primary education, 3) Promote gender equality and empower women, 4) Reduce child mortality, 5) Improve maternal health, 6) Combat HIV/AIDS, malaria, and other diseases, 7) Ensure environmental sustainability, 8. Develop a global partnership for development*. Illustrati nell'Annex al documento *Road map towards the implementation of the United Nations Millennium Declaration*, A/56/326, *United Nations General Assembly*, del 6 settembre 2001, sviluppando i principi concordati nella *Declaration* dell'anno precedente.

[26] Le c.d. "*five P*", (i) persone, col fine di eliminare fame e povertà in tutte le forme, garantire dignità e uguaglianza. "Siamo determinati a porre fine alla povertà e alla fame, in tutte le loro forme e dimensioni, e ad assicurare che tutti gli esseri umani possano realizzare il proprio potenziale con dignità ed uguaglianza in un ambiente sano." (ii) pianeta, per proteggere le risorse naturali e il clima del pianeta per le generazioni future. "Siamo determinati a proteggere il pianeta dalla degradazione, attraverso un consumo ed una produzione consapevoli, gestendo le sue risorse naturali in maniera sostenibile e adottando misure urgenti riguardo il cambiamento climatico, in modo che esso possa soddisfare i bisogni delle generazioni presenti e di quelle future." (iii) prosperità, per garantire vite prospere e piene in armonia con la natura. "Siamo determinati ad assicurare che tutti gli esseri umani possano godere di vite prosperose e soddisfacenti e che il progresso economico, sociale e tecnologico avvenga in armonia con la natura." (iv) pace, ovvero promuovere società pacifiche, giuste e inclusive. "Siamo determinati a promuovere società pacifiche, giuste ed inclusive che siano libere dalla paura e dalla violenza. Non ci può essere sviluppo sostenibile senza pace, né la pace senza sviluppo sostenibile." (v) partnership/collaborazione, col fine di implementare l'Agenda attraverso solide partnership, collaborazioni e cooperazioni. "Siamo determinati a mobilitare i mezzi necessari per implementare questa Agenda attraverso una Collaborazione Globale per lo sviluppo Sostenibile, basata su uno spirito di rafforzata solidarietà globale, concentrato in particolare sui bisogni dei più poveri e dei più vulnerabili e con la partecipazione di tutti i paesi, di tutte le parti in causa e di tutte le persone. Le interconnessioni degli Obiettivi dello Sviluppo Sostenibile sono di importanza cruciale nell'assicurare che lo scopo della nuova Agenda venga realizzato. Se noi realizzeremo le nostre ambizioni abbracciando l'intera Agenda, le vite di tutti verranno profondamente migliorate e il nostro

ISSN 2036-7821

Gli obiettivi di sviluppo sostenibile rappresentano un punto cruciale per le politiche internazionali che ponderano traguardi di crescita e tutela del pianeta, nonché l'esito di un processo avviato nel 1992. Anche l'economista inglese John Elkington nel 1994 parlò di un *business* sostenibile nell'espressione "*Triple Bottom Line*" o "*PPP*" (*Planet*, *People*, *Profit*)[27], con tale affermazione lo studioso incoraggiava le imprese ad operare nel contesto economico di riferimento attraverso strategie e decisioni che fossero in grado di valorizzare e bilanciare simultaneamente[28] (i) l'ambiente (*planet*), (ii) il contesto sociale (*people*) e (iii) l'aspetto economico-finanziario (*profit*).

L'affermarsi del principio a livello globale, ha fatto sì che sempre più imprese iniziassero a adattare i propri modelli organizzativi, orientando la politica di gestione nel rispetto delle buone pratiche di sostenibilità. È da evidenziare che le tre componenti della sostenibilità, in chiave vitivinicola, sono ormai note alle aziende di settore; esse fanno parte di una responsabilità condivisa all'interno dell'intera filiera, in ogni singola fase di competenza, che coinvolge ogni operatore in maniera diretta.

In Italia, la tendenza alla sostenibilità e la crescita dell'attenzione per il tema in materia vitivinicola è stata, indubbiamente, favorita dall'OIV che, con propria risoluzione del 2004, ha preso posizione sul tema parlando di: "approccio globale alla scala dei sistemi di produzione e di lavorazione delle uve, associando contemporaneamente la sostenibilità economica delle strutture e dei territori, la produzione di prodotti di qualità, considerando i requisiti specifici della viticoltura sostenibile, dei rischi legati all'ambiente, la sicurezza dei prodotti e la salute dei consumatori e la valorizzazione degli aspetti patrimoniali, storici, culturali, ecologici e paesaggistici"[29].

In sostanza si è fatta propria l'esigenza di realizzare un bilanciamento tra fattibilità economica, equità sociale e buono stato ambientale, il tutto da conseguire sull'intera catena della filiera della vite. Successivamente al 2004, con svariati interventi

---

mondo sarà trasformato al meglio".

[27] Sul tema, J. Elkington, Towards the Sustainable Corporation Win-Win-Win Business Strategies for Sustainable Development, in California Management Review, 1994, 1, p. 90; J. Elkington - P. Hartigan, The Power of Unreasonable People, Brighton (Mass.), 2008; J. Elkington, The Zeronauts: Breaking the Sustainability Barrier, London, 2012; ID., The Breakthrough Challenge: 10 Ways to Connect Today's Profits With Tomorrow's Bottom Line, Jossey-Bass, 2014; J. Stiglitz, Popolo, potere e profitti. Un capitalismo progressista in un'epoca di malcontento, Torino, 2020, p.5 ss.; S. Zamagni, Disuguali, cit., p. 9 ss

[28] Il bilanciamento dei tre pilastri, per l'autore, risulta fondamentale in termini di sostenibilità, F. Ekardt, Sustainability, Trasformation, Governance, Ethics, Law, cit., p. 113 ss. "*Ethical and legal decisions can only be understood as a balancing situation (between various freedoms, elementary preconditions of freedom, further free- dom promoting conditions and everything that can be derived from all of the above). Any sustainability decision is thus marked by normative and factual uncertainties (which is usually overlooked). Concrete problems such as "strong versus weak sustainability" or the relevance of a specific argument can only be meaningfully resolved within this theoretical framework. The ethical and legal theory of sustainability is also developed as a trans- formed theory of democracy and of balance of powers*".

[29] Con la risoluzione CST 1/2004 l'Organizzazione Internazionale della Vigna e del Vino ha dato la prima definizione di viticoltura sostenibile.

ISSN 2036-7821

periodici[30], l'OIV ha riesaminato e aggiornato le proprie posizioni al fine di rispettare e attualizzare gli interventi concreti per la sostenibilità della filiera. Nel 2016 si è arrivati ad una importante risoluzione, la *CST-518*, che ha definito i tre pilastri fondamentali e la loro interconnessione, sintetizzando un concetto ampio, capace di abbracciare le diverse tipologie di coltivazione della vite[31] e in cui rientrano aspetti ambientali, economici ed etico-sociali. Obiettivo del documento era, ed è, quello di fornire le basi per garantire una produzione vitivinicola sostenibile nel tempo, al fine di promuovere la coerenza e la capacità di reazione rispetto ai diversi aspetti che connotano l'ambiente.

4. La sostenibilità vitivinicola ambientale.

Quanto alla sostenibilità ambientale[32] è necessario soffermarsi innanzitutto sul tema delle risorse.

Parlare di risorsa equivale a riferirsi a qualsiasi mezzo o fonte, capace di garantire approvvigionamento; la terra è, di per sé, vasta dispensatrice di risorse che, tuttavia, hanno un valore finito. Annualmente, con la data dell'*Earth Overshoot Day*[33], viene sancito il giorno in cui l'umanità esaurisce le risorse a disposizione prodotte in un intero anno ed inizia ad andare in deficit. La data è, tragicamente, sempre andata anticipandosi nel tempo passando dal 3 dicembre del 1973 al 1° agosto del 2024, ciò dimostra come in circa 50 anni il nostro debito ecologico sia smisuratamente cresciuto nel tempo.

---

[30] Si veda, *CST 1/2008*: «Guida OIV per una vitivinicoltura sostenibile: produzione, trasformazione e condizionamento dei prodotti»; VITI 422/2011: «Guida OIV di applicazione di una vitivinicoltura sostenibile per la produzione, lo stoccaggio, l'appassimento, la trasformazione e il confezionamento di uva da tavola e uva passa»; CST 518/2016: «Principi generali dell'OIV sulla vitivinicoltura sostenibile – aspetti ambientali, sociali, economici e culturali»; OIV-VITI 641-2020 "GUIDA dell'OIV per l'applicazione dei principi della vitivinicoltura sostenibile".

[31] Per approfondire, M. Fregoni, Viticoltura di qualità, 2013, pp. 612-638, Tecniche Nuove.

[32] Sulla sostenibilità ambientale si veda, K. Bosselmann, The principle of sustainability: transforming law and governance, London, Routledge, I ed. 2007 e II ed. 2018, ove si pongono le basi del tema sostenibilità, sulla giustizia ecologica, sul rapporto tra diritti umani ecologici e costituzioni, sul ruolo dello Stato. Nel Foreword, 2008, C.G. Weeramantry, già vicepresidente della Corte internazionale di Giustizia e Professore emerito alla Monash University, parla di sostenibilità ambientale come «*key to human survival (...) in an age in which we are denuding the resources of the planet as never before and endangering the very future of humanity*». Comparazioni in chiave costituzionale del principio in D. Porena, Il principio di sostenibilità, Giappichelli, Torino 2017; cfr. anche T. Groppi, Sostenibilità e Costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro, in DPCE, 1/2016, p. 43 ss.; D. Amirante, Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene, il Mulino, Bologna, 2022; D. Amirante, Environmental Constitutionalism Through the Lens of Comparative Law: New Perspectives for the Anthropocene, in D. Amirante, S. Bagni (a cura di), Environmental Constitutionalism in the Anthropocene: Values, Principles and Actions, Routledge, New York/London, 2022, 148 ss.; D. Amirante, L'ambiente «preso sul serio». Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale, in DPCE,2019, numero speciale, 1 ss.

[33] La data ultima del giorno del sovrasfruttamento della Terra è calcolata ogni anno dal *Global Footprint Network* utilizzando i dati dei *National Footprint e Biocapacity Accounts*, che indica l'esaurimento ufficiale delle risorse rinnovabili che il pianeta è in grado di offrire nell'arco di un anno.

ISSN 2036-7821

Gli otto miliardi della popolazione globale consumano più di quanto il pianeta riesca a garantire con la sua naturale capacità di rigenerazione (e riassorbimento) e il persistente superamento della soglia massima di risorse disponibili porta ad effetti sempre più evidenti. Quando si parla di componente ambientale dello sviluppo sostenibile, si tenta di esprimere quella capacità, richiesta agli individui, di preservare nel tempo alcune funzioni dell'ambiente tra cui quella di essere fornitore di risorse (patrimonio genetico di *Vitis spp*., risorse energetiche, acqua, clima, suolo, aria ed ecosistema) ma anche ricettore di rifiuti e fonte diretta di utilità. L'attività umana condiziona pesantemente la condizione della Terra realizzando delle ingenti alterazioni sostanziali degli equilibri.

Si prenda ad esempio la risorsa acqua, secondo le stime delle Nazioni Unite, dichiarate all'edizione 2015 del *World water development*[34], entro il 2030 subirà un calo del 40%, a meno che non si razionalizzi l'utilizzo della stessa. In una filiera sostenibile il viticoltore è chiamato a preoccuparsi ed attivarsi al fine di ridurre al minimo il dispendio idrico, tale riduzione, se significativa porterà, di conseguenza, anche all'apprensione del possibile inquinamento della fonte di provenienza, innescando così un meccanismo a catena di viticoltura sostenibile. Lo stesso può dirsi per la biodiversità, risorsa pubblica tra l'altro entrata di diritto, nel febbraio 2022, nella nostra Costituzione[35].

Collegabile al concetto del l'*Earth Overshoot Day* vi è quello della *carrying capacity* o carico ambientale. L'uno, come detto, individua il giorno ultimo in cui la Terra conserva la capacità di offrire risorse spontaneamente, senza andare in sofferenza; l'altro, specifica il dato numerico delle persone che possono essere supportate in una determinata area entro i limiti delle risorse naturali senza compromettere l'ambiente naturale, sociale, culturale ed economico per le generazioni presenti e future. Va precisato che la capacità di carico di una determinata area è varabile, in negativo dall'aumento della popolazione e in positivo dal miglioramento delle tecnologie, resta fermo il punto che entrambi i concetti sottolineano vincoli di natura quantitativa di un pianeta che non ha capacità illimitate. Tale scenario suggerisce

[34] The UN World Water Development Report 2015, Water for a Sustainable World, disponibile su http://www.unesco.org; sul punto cfr. anche 2017 UN World Water Development Report, Wastewater: The Untapped Resource, disponibile su http://www.unesco.org.

[35] Sulla riforma costituzionale, ex multis, I.A. Nicotra, L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid, in Federalismi.it, 2021, pp. 2 ss.; M. Cecchetti, La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune, in Forum di Quaderni costituzionali, n. 3, 2021, pp. 285 ss; G. DEMURO, I diritti della Natura, in Federalismi.it, n. 6, 2022, pp. IV ss.; R. Bifulco, Primissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente, in Federalismi.it, n. 11, 2022, pp. 2 ss.; D. Amirante, La reformette dell'ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale, in Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 2, 2022, pp. 2 ss.; R. Montaldo, La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria? in Federalismi.it, n. 13, 2022, pp. 187 ss.

ISSN 2036-7821

l'utilizzo di tecnologie e processi di produzione improntati al mantenimento delle risorse con una produzione di beni e servizi a basso impatto ambientale.
La base concettuale di tale atteggiamento, in agricoltura, è da rinvenire nella ricerca di tipo applicato avviata negli anni Sessanta, finalizzata alla riduzione dell'impatto ambientale delle coltivazioni mediante un uso razionale degli agrofarmaci, adattato alle specificità delle colture. Questa ricerca ha condotto alla definizione del concetto di controllo integrato degli organismi nocivi, la cui inclusione nella gestione delle colture è stata inquadrata efficientemente dall'Organizzazione internazionale per il controllo biologico e integrato (IOBC)[36]. Il settore vitivinicolo produce importanti emissioni di gas ad effetto serra, causa principale del *global climate change* e al tempo stesso ne subisce gli impatti negativi che si traducono in riduzioni delle rese e della qualità della produzione.
E allora fondamentale, adottare strategie volte a ridurre l'impatto sull'ambiente, inteso nelle sue varie risorse quali suolo, aria, acqua, biodiversità e paesaggio. Tutta la filiera è chiamata ad attuare modalità di protezione del bene ambiente, essenziali per l'attuazione di un modello di gestione aziendale sostenibile orientato all'ottimizzazione delle risorse, alle politiche di risparmio, alla prevenzione e al riciclo. Diventa decisiva un'attenta progettazione dell'impianto di nuovi vigneti, che dovranno affondare le proprie radici, fisiche e non, all'interno di un terreno pervaso da principi ecologici e avulso da ogni forma di sostanza inquinante, preservando il suolo e gestendo il patrimonio paesaggistico con adeguate misure di tutela. Essenziale è la gestione degli *input* (energia, acqua, coadiuvanti tecnici di produzione e di trasformazione, materiali di imballaggio) per l'attuazione di un'iniziativa di sostenibilità, essendo necessario ottimizzare il loro utilizzo, favorendo i metodi di prevenzione e, all'occorrenza, il loro riutilizzo. Come anche quella degli *output* (rifiuti, reflui, sottoprodotti) che devono essere ridotti al minimo impatto sull'ambiente, favorendo il loro riutilizzo o il loro riciclaggio, ogni volta che sia possibile[37].
Ovviamente l'approccio ambientale riguarda tutte le fasi, dunque si dovrà tener conto delle pratiche sostenibili in ordine al miglioramento dell'efficienza del processo produttivo, adattando i protocolli enologici e utilizzando macchinari sempre più efficienti, per poi passare alle fasi di imballaggio con l'utilizzo di bottiglie sempre più

[36] La IOBC ha sviluppato i principi di produzione integrata, i cui concetti e pratiche sono stati l'oggetto di documenti generali e specifici per le singole colture. Su questa base, sono state proposte numerose direttive pubbliche e private sulla produzione integrata della vite, al fine di rispondere alla richiesta crescente di prodotti sani da parte di produttori e consumatori, prodotti che richiedano processi di elaborazione con un impatto ambientale minimo. Allo stesso tempo, i concetti di responsabilità sociale, di approccio strategico alla gestione dell'impresa e le pratiche commerciali da essi risultanti si sono ampiamente diffusi nell'industria vitivinicola e hanno creato le condizioni favorevoli per un'efficace considerazione della sostenibilità sociale ed economica della filiera vitivinicola, Risoluzione OIV-CST 518-2016, cit. p. 3.

[37] Risoluzione OIV-CST 518-2016, cit. p. 5.

ISSN 2036-7821

leggere e provenienti da processi di riciclo, sino alla distribuzione e trasporto promuovendo pratiche di spostamenti ad emissione zero.

5. La sostenibilità vitivinicola sociale.

Secondo pilastro della sostenibilità è quello sociale o, per meglio dire, socioculturale.
Va premesso che tale pilastro è quello meno studiato e compreso, forse perché schiacciato dalle preponderanti componenti ambientali ed economiche che in numerosi studi, condotti da giuristi ed economisti, appaiono prevalenti.
Tuttavia, va precisato che approfondire la natura multidimensionale del principio dello sviluppo sostenibile significa comprendere appieno quelle che sono le interrelazioni fra sviluppo economico, protezione dell'ambiente e sviluppo sociale.
Far prevalere uno soltanto o una coppia della triade equivarrebbe ad avere una visione non sostenibile e limitata, caratterizzata da un'ottica solo conservazionista (sviluppo ambientale e sviluppo economico), ecologica (sviluppo ambientale e sociale) oppure socio-economica (sviluppo economico e sociale)[38].
La componente sociale, all'opposto, influenza tutte le azioni umane e risulta indissolubilmente legata alle dimensioni economica e ambientale della sostenibilità, essa persegue nobili finalità, volte a garantire l'equa e continuata soddisfazione dei bisogni umani a livello globale. Tale forma di uguaglianza implica la parità di accesso alle risorse per tutti gli abitanti del pianeta oltre che ad una equità dei livelli di integrazione il cui fine è assicurare alle generazioni future le stesse opportunità di sviluppo delle generazioni passate. Anche le istituzioni si sono rese conto che lo sviluppo sostenibile dei Trattati era prettamente inquadrato dal punto di vista economico-ambientalistico e si è cercato di soccorrere alla carenza con diversi interventi comunitari che hanno implementato la sua dimensione sociale.
Sul punto è d'obbligo citare la Proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017 che sottolinea l'impegno a costruire un Europa "sociale", impegno richiamato, qualche mese prima, dalla Dichiarazione di Roma del 2017[39].
La dimensione sociale è fondamentale per realizzare sia una equità internazionale, che implica la parità di accesso alle risorse per tutti gli abitanti del pianeta, sia di una

[38] Per una dettagliata definizione del principio e delle sue componenti v. M. Silvestri, Sviluppo sostenibile: un problema di definizione, Gentes, 2015.

[39] Cfr. punto 3 della Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017 ove si leggono prerogative sociali dell'Unione "sulla base di una crescita sostenibile, favorisca il progresso economico e sociale, nonché la coesione e la convergenza, difendendo nel contempo l'integrità del mercato interno; un'Unione che tenga conto della diversità dei sistemi nazionali e del ruolo fondamentale delle parti sociali; un'Unione che promuova la parità tra donne e uomini e diritti e pari opportunità per tutti; un'Unione che lotti contro la disoccupazione, la discriminazione, l'esclusione sociale e la povertà; un'Unione in cui i giovani ricevano l'istruzione e la formazione migliori e possano studiare e trovare un lavoro in tutto il continente; un'Unione che preservi il nostro patrimonio culturale e promuova la diversità culturale"; punto a sua volta richiamato dal punto 7 del preambolo alla Proclamazione interistituzionale sul Pilastro europeo dei diritti sociali del novembre 2017.

ISSN 2036-7821

equità di integrazione il cui fine è assicurare alle generazioni future le stesse opportunità di sviluppo delle generazioni passate.
Le aziende della filiera saranno chiamate a soppesare l'impatto delle proprie attività sul substrato sociale e il loro coinvolgimento nello sviluppo socioeconomico dei territori.
Anche l'OIV[40] da espressa menzione della dimensione sociale e culturale, sancendo che tutte le iniziative di sviluppo sostenibile dovranno tener conto degli obiettivi degli interessati e di tutta la collettività. Alla base dell'approccio aziendale delle imprese del settore vi deve essere la consapevolezza che la propria attività può avere un impatto non solo sull'ambiente fisico ma anche sugli individui che lo popolano, solo così si realizzerà un approccio retto e capace di tener conto della multidimensionalità del concetto di sostenibilità, senza far prevalere una componente sull'altra.
Nel settore vinicolo si è posta l'attenzione sulle conseguenze che le aziende dovranno considerare in ordine all'impatto delle proprie attività, sul tessuto socioeconomico oltre che al loro coinvolgimento nello sviluppo socioeconomico dei territori.
Di estremo rilievo è la condizione lavorativa delle persone della filiera[41], che deve essere svolta secondo i dettami dell'uguaglianza e garantendo un trattamento equo ai dipendenti, appaltatori e subappaltatori, in conformità alle norme nazionali e sovranazionali. Viene, poi, dato risalto alla sicurezza, anch'essa accettabile solo se conforme alle leggi nazionali ed alle prescrizioni internazionali. Rilevanti anche gli aspetti dei valori locali, culturali e tradizionali della mano d'opera: il datore dovrà incoraggiare lo sviluppo delle competenze dei lavoratori attraverso un'adeguata formazione continua, che permetta loro di adattarsi alla complessità e alle dinamiche dei cambiamenti tecnologici per poter contare, a lungo termine, su una mano d'opera qualificata.
Quanto agli aspetti squisitamente culturali, l'OIV tiene a sottolineare come una produzione sostenibile comporti il rispetto della cultura e della storia del territorio composta da uno spettro molto ampio: artigianato, architettura, musica, pittura, celebrazioni locali tradizionali, letteratura, ecc. Sarà quindi opportuno tener conto sia dei benefici sia delle limitazioni alla sostenibilità che le risorse culturali vitivinicole del luogo comportano. Altresì dovranno essere incoraggiati i rapporti con le

[40] Risoluzione OIV-CST 518-2016, cit. pp. 8-9.
[41] Approvato con decreto n. 124900 del 16 marzo 2022, il disciplinare alla base del sistema di certificazione della sostenibilità della filiera vitivinicola sottolinea come: "I consumatori, consapevoli dei problemi sociali che sempre più affliggono diverse realtà produttive a livello globale (lavoro minorile, caporalato, sfruttamento delle categorie più deboli o svantaggiate in genere), richiedono una sempre maggiore attenzione sulle varie fasi dei processi produttivi aziendali e sul loro impatto rispetto al territorio in cui è inserita l'organizzazione, sulle condizioni di lavoro degli addetti e sul rispetto dei diritti umani.".

comunità locali e interprofessionali, partecipando attivamente alle attività sociali e tecniche del settore e rendendo partecipe anche il personale aziendale.
Relativamente alla fase di distribuzione dovranno essere sempre garantiti la salubrità, l'igiene, la tracciabilità, la genuinità, l'origine dei prodotti mediante l'attuazione di un sistema di autocontrollo dei processi di produzione, con una comunicazione al pubblico chiara, uniforme e trasparente accompagnata da un'opportuna formazione e informazione dei lavoratori e dei fornitori. I dipendenti dovranno essere informati e formati sulle pratiche responsabili in materia di salute da applicare per la somministrazione, la vendita e la comunicazione relative alle bevande alcoliche[42].

6. La sostenibilità vitivinicola economica.
Ultima declinazione, non certo per importanza è quella economica.
Per realizzare una efficace realizzazione dello sviluppo sostenibile è, fuor di dubbio, fondamentale calare le esigenze di preservazione del pianeta, dei valori culturali, sociali e dei processi produttivi all'interno di un sistema economico capace di realizzare crescita, reddito e sostentamento dei popoli.
L'azienda che opera col fine di lucro, che sia vitivinicola o meno, ha come prerogativa quella di generare profitto, profitto che servirà a coprire i costi oltre che a generare un utile per l'imprenditore. Tali obiettivi inseriti nel sistema della sostenibilità economica devono, però, essere orientati al fine di operare delle scelte economicamente sostenibili utili per raggiungere quel grado di virtuosità richiesto dagli *standard* di sostenibilità.
Va precisato che il bilanciamento tra interessi economici ed ambientali è da sempre questione dibattuta. Ripercorrendo la genesi della disciplina per la tutela dell'ambiente emerge come questa abbia incontrato, non poche, difficoltà in ordine alle valutazioni tecniche per definire i limiti che l'attività economica non può superare. Nel 2008, infatti, con il noto correttivo n. 4 è intervenuto il legislatore, in ordine ai principi sull'azione ambientale, inseriti nel Titolo I del d.lgs. n. 152/2006, la revisione fa riferimento all'applicazione dei principi dello sviluppo sostenibile, di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, chi inquina paga, fissati a livello internazionale e unionale[43]. È stato poi anche avvalorato il profilo del danno all'ambiente, col la possibilità di attivare azioni dirette nei confronti degli operatori economici, in relazione al rispetto dei rischi, limiti e standard ragionevoli che essi devono rispettare per non incorrere in responsabilità. Da citare è anche il regolamento 852/2020 dell'Unione europea (il c.d. "regolamento tassonomia") che ha

[42] Ulteriori obiettivi che deve perseguire la filiera sono presenti all'interno della Risoluzione OIV-VITI 641-2020 (abrogativa delle risoluzioni OIV-CST 1-2008 e OIV-VITI 422-2011).
[43] Sul tema dei principi del diritto dell'ambiente è di rilievo lo scritto già menzionato, v. F. Fracchia, I principi generali nel codice dell'ambiente, parr. 9 e 10.

ISSN 2036-7821

catalogato le attività economiche ai fini della loro ecosostenibilità; esso si è preoccupato di individuare sia gli obiettivi ambientali da perseguire sia i criteri di vaglio tecnico da rispettare per poter accedere ai sostegni finanziari delle attività economiche, tra tutti il "*do no significant harm*" [44] ovvero il divieto imposto di procurare da parte degli investimenti danni significativi all'ambiente. In accordo col legislatore europeo, l'art. 41 Cost., secondo comma, nella sua rinnovata veste è pienamente in linea con i limiti ed i criteri fissati dell'UE in special modo quando si descrive che l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto" e "in modo da non arrecare danno" alla salute e all'ambiente.[45]

In tale cornice, le scelte delle aziende dovranno essere caratterizzate da elementi di innovazione, adattamento ai cambiamenti tecnologici e socioeconomici e di gestione dei costi capaci di generare ricavi adeguati a remunerare competitivamente la forza lavoro e il capitale investito, ma, allo stesso tempo, garantire adeguati profitti per realizzare gli investimenti necessari a modernizzare e adattare le proprie attività ai cambiamenti imminenti.

La sfida non è di poco conto e, come individuato dall'OIV, sarà necessario realizzare tutta una serie di accorgimenti tra cui: ottimizzare i costi dei processi di produzione sfruttando le innovazioni tecnologiche e organizzative, migliorare la capacità di adattamento ai cambiamenti temporanei e strutturali dei mercati dei fattori di produzione e del prodotto oltre che massimizzare il valore della produzione creando prodotti che per le loro caratteristiche, intrinseche ed estrinseche, rendono il rapporto

[44] Sul punto si veda, Reg. 852/2020, indicante i criteri di ecosostenibilità delle attività economiche, gli obiettivi ambientali ed i criteri da applicare per raggiungerli; sul tema principio del DNSH, R. Rota, Riflessioni sul principio "do no significant harm" per le valutazioni di ecosostenibilità: prolegomeni per un nuovo diritto climatico-ambientale, in Rassegna Astrid, n. 10/2021; A.S. Bruno, Il Pnrr e il principio del "Do Not Significant Harm" davanti alle sfide territoriali, in Federalismi.it, 14 marzo 2022; C. De Vincenti, Il principio "Do Not Significant Harm": due possibili declinazioni, relazione al Seminario Astrid "Il principio Do No Significant Harm e l'attuazione del PNRR", 14 marzo 2022.

[45] Nel preambolo del Regolamento 1119/2021, viene richiamata la comunicazione 11 dicembre 2019 (Green Deal europeo) con riferimento alla "nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'Unione in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo elle risorse e competitiva, che nel 2050 non genererà emissioni nette di gas a effetto serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse", con la precisazione che il Green Deal europeo mira "inoltre a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'Unione e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze", con la necessità che allo stesso tempo la "transizione deve essere giusta e inclusiva e non deve lasciare indietro nessuno". Nello stesso senso si possono leggere le aree di intervento che costituiscono i sei pilastri della Next Generation EU di cui all'art. 3 del Regolamento n. 241 del 2021 ("a. transizione verde; b. trasformazione digitale; c. crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione, e un mercato interno ben funzionante con p.m.i. forti; d. coesione sociale e territoriale; e. salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, al fine, fra l'altro, di rafforzare la capacità di risposta alle crisi e la preparazione alle crisi; f. politiche per la prossima generazione, l'infanzia e i giovani, come l'istruzione e le competenze"). Ciò in un'ottica di transizione verde ispirata a principi di solidarietà (sul Green Deal, v. L. Lionello, Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione, in Vita e Pensiero, 2020).

ISSN 2036-7821

con i consumatori costantemente proficuo. Completare tali sfide, per le aziende, significa realizzare una crescita sostenibile capace di offrire ricchezza e occupazione nel futuro.
Importante sarà anche il ruolo delle istituzioni e degli enti del settore, che dovranno agevolare l'accesso a tutte le informazioni necessarie ad affrontare le sfide che lo sviluppo sostenibile impone[46].
La pubblica amministrazione dovrà assumersi la responsabilità di definire ed orientare le attività economiche verso gli obiettivi sostenibili attraverso l'utilizzo di sostegni capaci di attrarre le imprese.
Diverse sono le tipologie di attrazione: si pensi agli incentivi per scelte produttive e commerciali in grado di ridurre le emissioni, alla sostenibilità come criterio base per definire i programmi economici ad interventi normativi capaci di favorire l'economia circolare e all'elargizione di fondi pubblici per sostenere i costi della transizione ecologica. In tale spazio vi è, poi, da segnalare l'intervento normativo a mezzo di leggi che definiscono la nuova *governance* per il clima, si pensi alle direttive sulla biodiversità[47] e al Regolamento 1119/2021[48], col quale si ribadisce il forte legame tra crescita economica e necessita di raggiungere la neutralità climatica, prevedendo la dissociazione dello sviluppo economico rispetto all'uso delle risorse e la necessità di avere un'economia che rispetti il capitale naturale dell'Unione.
L'OIV, in tema di sostenibilità economica, si è anche soffermata sugli ambiti di azione entro i quali le aziende vitivinicole devono muoversi: la resilienza e l'efficienza.
Il primo, la cui denominazione ha avuto un forte eco poiché espressamente richiamata dal Pnrr, indica la capacità di un'organizzazione di resistere alle pressioni negative. In tale scenario le aziende della filiera dovranno sviluppare diversi parametri: *leadership*, coinvolgimento del personale, consapevolezza della situazione, processi decisionali, riduzione delle barriere sociali, culturali e comportamentali, implemento dell'innovazione e della creatività, realizzare *partnership* efficaci e ottimizzare lo sfruttamento della conoscenza. Dovranno, poi, essere prese in considerazione la conservazione ed il rafforzamento dell'identità specifica dell'organizzazione, le condizioni per un tempestivo adattamento dell'organizzazione o delle sue risorse alle nuove condizioni tecnologiche, il

[46] I temi principali possono riassumersi come segue: aspetti economici e organizzativi relativi all'adozione di innovazioni tecnologiche di rilievo, diffusione delle informazioni sulle innovazioni organizzative che migliorano l'efficienza dell'organizzazione, informazioni qualitative e quantitative sulle dinamiche del mercato, OIV-VITI 641-2020, cit., p. 42.

[47] Durante la sessione plenaria di giugno 2021, il Parlamento ha adottato la sua posizione sulla "Strategia dell'UE sulla biodiversità per il 2030: riportare la natura nella nostra vita", insistendo su una sua attuazione coerente con altre strategie del Green Deal europeo, fra le quali la strategia "dai campi alla tavola". Nel febbraio del 2024, gli eurodeputati hanno approvato nuove norme nel quadro dell'azione UE a tutela della biodiversità in Europa. Tali misure vincolano tutti i paesi dell'UE a impegnarsi al ripristino degli habitat naturali.

[48] Si v. nota 38.

ISSN 2036-7821

miglioramento costante della struttura dell'organizzazione ed il monitoraggio della soddisfazione dei consumatori.
Quanto al criterio dell'efficienza sostenibile (intesa come efficienza economica, operativa e sociale) questa dovrà accompagnare le scelte delle aziende in termini di riduzione degli sprechi di costi aggiuntivi, realizzando investimenti con un impatto positivo sulla comunità locale nella quale opera l'organizzazione, adottando sequenze efficaci di controllo dei costi per le operazioni sia in vigna che in cantina o altri stabilimenti vitivinicoli e fornendo sostegno delle procedure di controllo dei costi[49] (introducendo nel settore i principi della *lean production* (produzione snella), e l'approccio di Kaizen[50] e interventi di *cross training*).

7. Il sistema delle certificazioni vitivinicole sostenibili.

Esposto il concetto di sviluppo sostenibile nel settore vinicolo, quasi automaticamente, ci si chiede quali siano i tratti distintivi capaci di rendere riconoscibili le aziende e i prodotti salubri della filiera. Il rischio è quello di farsi confondere da strategie di mercato di aziende meno trasparenti che tendono ad ingannare gli utenti attraverso fenomeni di *greenwashing*[51] e campagne promozionali fuorvianti.
A complicare il quadro si va ad aggiungere il fatto che il vino sostenibile viene impropriamente confuso con quelle che sono le produzioni biologiche, biodinamiche o naturali; occorre, dunque, effettuare una differenziazione preliminare.
La lavorazione del vino biologico, disciplinato dal D.M. 20 maggio 2022 n. 229771 del Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali (Mipaaf)[52], si concentra

[49] OIV-VITI 641-2020, cit., pp. 44-46.

[50] La "*lean production*" o "*lean manufacturing*" è un sistema orientato al superamento degli standard aziendali, attraverso un lavoro di miglioramento continuo (Kaizen) e di azzeramento dello spreco, che mette al centro le persone e la qualità, l'approccio Kaizen (composizione di due termini giapponesi, KAI che sta per cambiamento, miglioramento e ZEN che indica un aggettivo positivo, buono, migliore) è orientato al perfezionamento costante e si fonda sull'idea che piccoli e continui cambiamenti positivi possano condurre a miglioramenti significativi. Poggia generalmente sulla cooperazione e l'impegno ed è antitetico ai metodi che si incentrano sul cambiamento radicale o su imposizioni "dall'alto" per giungere a una trasformazione. L'approccio Kaizen è il fulcro della "produzione snella", il cosiddetto Toyota Way; si v. M. Imai, *Kaizen: The Key to Japan's Competitive Success*, New York, Random House, 1986, *Masaaki Imai spoke at the Share Best Practice Conference in Dubai on May 13*, su ameinfo.com, 30 maggio 2002, per l'approccio Toyota si v. *Toyota Production System (TPS) & Lean - A brief overview*, in *strategosinc.com*, 2007, *Can Anything Stop Toyota?*, in *bloomberg.com*, 2003.

[51] Sostantivo definito dalla Treccani come "strategia di comunicazione o di marketing perseguita da aziende, istituzioni, enti che presentano come ecosostenibili le proprie attività, cercando di occultarne l'impatto ambientale negativo.

[52] Decreto recante disposizioni per l'attuazione del regolamento (UE) 2018/848 del Parlamento e del Consiglio del 30 maggio 2018 relativo alla produzione biologica e all'etichettatura dei prodotti biologici e che abroga il regolamento (CE) n. 834/2007 del Consiglio e pertinenti regolamenti delegati e esecutivi, in relazione agli obblighi degli operatori e dei gruppi di operatori per le norme di produzione e che abroga i decreti ministeriali 18 luglio 2018 n. 6793, 30 luglio 2010 n. 11954 e 8 maggio 2018, n. 34011; all'art. 8 disciplina espressamente la produzione di vino biologico.

ISSN 2036-7821

esclusivamente sul divieto di utilizzo di determinati prodotti e sostanze chimiche nella coltivazione delle uve ed anche nella fase di fermentazione del vino, favorendo metodi naturali e *chemical free*. Si potrebbe azzardare nel definire il vino biologico come un prodotto parzialmente sostenibile in quanto non tiene conto delle altre componenti, ma si attiene esclusivamente ad alcuni aspetti della componente ambientale, intesi nell'avulsione dal prodotto di sostanze artificiose.

Il vino sostenibile, come esposto, è concetto molto più ampio e virtuoso e al suo interno possono essere, anche, presenti elementi della viticoltura biologica che devono misurarsi con tutta una serie di diritti riguardati la dimensione economica, sociale, culturale. Al fine di garantire la serietà delle imprese virtuose, nel panorama nazionale sono presenti alcuni sistemi di *standard* volontari, di natura pubblica o privata, che si occupano di identificare, verificare e certificare le aziende che realmente operano lungo tutta la filiera rispettando i crismi dello sviluppo sostenibile.

Il primo modello da esaminare è quello del Sistema di qualità nazionale della produzione integrata (SQNPI)[53], con disciplinare[54] approvato dal Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali ed istituito ai sensi dell'art. 224 *ter* del

[53] La definizione di SQNPI, ovvero Sistema di Qualità Nazionale di Produzione Integrata, si è avuta per la prima volta con la L. n. 4 del 3 febbraio 2011, di seguito ripresa anche dal Decreto Legislativo n. 150 del 14 agosto 2012 riguardante la Difesa Integrata Volontaria. La definizione del sistema SQNPI ed in particolare di Produzione Integrata infatti rappresenta la base su cui è stata poi disposta la Difesa Integrata Volontaria, ed inoltre le altre tipologie di certificazioni più complesse, quali V.I.V.A. ed Equalitas, utilizzano anch'esse come base, soprattutto per quanto riguarda le pratiche agronomiche, le disposizioni descritte per prime nella certificazione SQNPI. L'Articolo 2, comma 3 definisce che: "E' istituito il «Sistema di qualità nazionale di produzione integrata», di seguito denominato «Sistema». Il Sistema è finalizzato a garantire una qualità del prodotto finale significativamente superiore alle norme commerciali correnti. Il Sistema assicura che le attività agricole e zootecniche siano esercitate in conformità a norme tecniche di produzione integrata, come definita al comma 4; la verifica del rispetto delle norme tecniche è eseguita in base a uno specifico piano di controllo da organismi terzi accreditati secondo le norme vigenti.". All'art. 2, comma 4 si legge che: "Si definisce «produzione integrata» il sistema di produzione agroalimentare che utilizza tutti i mezzi produttivi e di difesa delle produzioni agricole dalle avversità, volti a ridurre al minimo l'uso delle sostanze chimiche di sintesi e a razionalizzare la fertilizzazione, nel rispetto dei princìpi ecologici, economici e tossicologici. I requisiti e le norme tecniche che contraddistinguono la produzione integrata, nonché le procedure di coordinamento da seguire da parte delle regioni e delle province autonome che hanno già istituito il sistema di produzione integrata nei propri territori, sono definiti con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. I prodotti conformi al Sistema possono essere contraddistinti da uno specifico segno distintivo. Il decreto di cui al secondo periodo prevede le opportune forme di coordinamento in relazione a eventuali segni distintivi già adottati dalle regioni o dalle province autonome per la produzione integrata".

[54] Il disciplinare 2022, riporta l'insieme delle regole produttive e di buone pratiche finalizzate a garantire il rispetto dell'ambiente, la qualità e sicurezza alimentare, la tutela dei lavoratori e dei cittadini, un adeguato reddito agricolo. In sede di prima applicazione, il disciplinare fa riferimento alle procedure, ai principi e alle disposizioni contenute nelle "linee guida nazionali di produzione integrata per la filiera vitivinicola", di cui alla legge 3 febbraio 2011, n. 4, da integrare tenendo conto, sia per la fase di campo che di cantina, delle prescrizioni e dei requisiti previsti da norme cogenti o volontarie, nazionali o internazionali, e dei più recenti orientamenti in materia di sostenibilità dei processi produttivi della filiera vitivinicola.

ISSN 2036-7821

c.d. decreto legislativo "Rilancio", convertito con la L. n. 77/2020. Esso costituisce l'insieme delle regole produttive da adottare nell'ambito dell'intera filiera, a partire dalle pratiche in campo fino a quelle per l'immissione del prodotto sul mercato. Il disciplinare indica quelli che sono gli *standard* della filiera vitivinicola nell'ambito del SQNPI integrato da alcune caratteristiche aggiuntive. Relativamente alla fase di produzione sul campo, questo ha posto l'attenzione su alcuni aspetti, relativi ai requisiti specifici per la protezione delle superfici naturali e dei semi, delle specie protette che caratterizzano il territorio, dei requisiti relativi alla salvaguardia dei diritti dei lavoratori, degli adempimenti di natura contrattualistica e dal requisito specifico relativo al monitoraggio del consumo dell'acqua. Il disciplinare si sofferma, poi, sulle successive fasi di raccolta e trasformazione nonché sul monitoraggio e la gestione dei reflui, del peso degli imballaggi impiegati, dei consumi energetici della cantina per litro di vino prodotto e, sul piano socio-economico, al contributo utile alla crescita della comunità locale attraverso la promozione di attività e investimenti in servizi di pubblica utilità ed infrastrutture.

Per essere inserite nel sistema SQNPI le aziende, su base volontaria, devono richiederne l'adesione[55], successivamente la conformità dell'azienda alle disposizioni del disciplinare viene attestata dall'Organismo di Controllo mediante il rilascio del certificato di sostenibilità della filiera vitivinicola e l'acquisizione del predetto certificato consente di utilizzare il segno distintivo SQNPI[56].

Altri sistemi, nazionali, di certificazioni di sostenibilità vitivinicola sono quelli VIVA ed *Equalitas*.

Entrambi collegati al SQNPI poiché è comunque richiesta l'adesione al sistema attraverso le modalità di adesione, gestione e controllo già in uso per lo stesso e la successiva verifica da parte dell'Organismo di controllo per ottenere la conformità al disciplinare.

Andando nel dettaglio, il programma VIVA rappresenta lo *standard* pubblico per la misura e il miglioramento delle prestazioni di sostenibilità della vitivinicoltura in Italia. Avviato nel 2011, esso mira a migliorare le prestazioni di sostenibilità dell'intera filiera vitivinicola attraverso l'analisi di quattro indicatori scientificamente riconosciuti e sviluppati sulla base di *standard* e normative internazionali: aria (impronta climatica), acqua (impronta idrica), vigneto (impatto delle pratiche di gestione agronomica) e territorio (impatto socio-economicoculturale) [57]. La diagnosi

[55] Decreto Dipartimentale n. 124900 del 16/03/2022, art. 2; in sostanza per poter aderire alla certificazione l'iter da seguire è il seguente: le aziende si devono, prima, attenere all'indirizzo Ministero delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali che con cadenza annuale pubblica le "Linee Guida Nazionali di Produzione Integrata", queste verranno poi attuate dalle regioni, le quali a loro volta le ingloberanno all'interno dei disciplinari regionali. I disciplinari diventano, poi, la base che effettivamente le aziende devono seguire.

[56] Decreto Dipartimentale n. 124900 del 16/03/2022, art. 3.

[57] VIVA è il Programma del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica che dal 2011 promuove la sostenibilità del comparto vitivinicolo italiano. Il Programma è finalizzato a creare un modello produttivo che

ISSN 2036-7821

di sostenibilità secondo il protocollo VIVA[58] tiene conto di due aspetti: quello organizzativo, che svolge e una valutazione complessiva delle prestazioni ambientali dell'azienda stessa e quello del prodotto, che esegue un'analisi specifica di un singolo prodotto specifico. I consumatori che incontrano l'etichetta VIVA saranno dunque garantiti, in piena trasparenza, sulla sostenibilità del vino e l'impegno dei produttori sia in campo ambientale che socio-economico, a mezzo di questa saranno accessibili i dati della sostenibilità, espressi in maniera semplice, chiara e uniforme, validati da un ente certificatore ogni due anni e garantiti dal Ministero dell'Ambiente.
Quanto al sistema *Equalitas*, sistema di tipo privatistico, questo si configura a mezzo di una società che rappresenta il punto di arrivo rispetto ad anni di esperienze e confronti con il mondo accademico, la ricerca e le imprese. Essa nasce con l'obiettivo di promuovere la sostenibilità del vino, attraverso una visione ed un approccio che unisca le istanze delle imprese, della società e del mercato. Grazie alle risorse tecniche, culturali e politiche dell'ampia compagine sociale, *Equalitas* intende raccogliere le migliori iniziative di *best practice* consolidate ed innovative, per affermare un modello italiano di qualità sostenibile a livello mondiale. Lo *standard* prevede requisiti oggettivi e verificabili per ciascuno dei tre pilastri della sostenibilità attraverso la definizione di buone pratiche e di indicatori delle tre dimensioni produttive: l'impresa (standard di organizzazione), il prodotto finito (standard di prodotto), il territorio (standard di territorio)[59]. Le buone pratiche sono state definite

rispetti l'ambiente e valorizzi il territorio, per tutelare la qualità dei vini italiani e offrire opportunità sul mercato internazionale. La fase pilota, condotta in collaborazione con il Centro di Ricerca OPERA per l'agricoltura sostenibile dell'Università Cattolica del Sacro Cuore e il Centro di Competenze Agroinnova dell'Università di Torino, ha visto la partecipazione di importanti aziende vitivinicole italiane, scelte sulla base di criteri geografici e di prodotto. Tale fase, conclusa nel 2014, ha portato alla prima stesura di un disciplinare che ha costituito il riferimento tecnico per le aziende che volevano intraprendere il percorso di sostenibilità previsto dal progetto. Grazie all'esperienza acquisita e ad un continuo confronto con le numerose aziende che aderiscono al progetto, nel 2016 sono stati pubblicati i nuovi disciplinari VIVA 2.0. Questa evoluzione metodologica ha reso l'applicazione del metodo VIVA più semplice ed efficace, aumentandone la fruibilità per tutti gli operatori del settore. Attraverso attività sinergiche con l'industria vitivinicola nazionale, specifiche azioni di formazione e la promozione del dialogo con le associazioni e gli stakeholder, Linee guida sostenibilità del progetto VIVA, in viticolturasostenibile.org

[58] Il sistema accompagna le aziende attraverso l'emanazione di Linee guida, che si prefiggono di diventare riferimento per il riconoscimento e la definizione di schemi o disciplinari di sostenibilità, fornendo indicazioni rispetto agli elementi di base (incluse le "buone pratiche") che si ritiene necessario includere per una corretta valutazione degli impatti e per la definizione di *benchmark* per i prodotti garantiti come "sostenibili".

[59] Società proprietaria dello standard originato da un progetto per la certificazione della sostenibilità in ambito vitivinicolo il cui varo, avvenuto nel 2015. I "fondatori" dell'iniziativa sono altresì gli attuali partners della società: Federdoc (la Confederazione dei Consorzi di tutela delle DOC del vino italiano), Csqa Certificazioni e Valoritalia (due tra gli Enti leader per le certificazioni in ambito vitivinicolo) e Fondazione Gambero Rosso. Il progetto Equalitas ed il relativo Standard, ricomprendendo i tre "pilastri" della sostenibilità: ambientale, economico ed etico/sociale, si rivolgono all'intera filiera del vino: pertanto si inseriscono logicamente nelle sue dinamiche produttive, prevendendo la adozione dei requisiti e la certificazione da parte di tutti i tipi di attori, siano essi agricoltori/viticoltori, trasformatori, imbottigliatori o raccolgano tutte queste identità in una, fino ai consorzi di tutela, in equalitas.it.

ISSN 2036-7821

per ciascuna tipologia di operatore della filiera e per ciascun pilastro e sono state classificate in buone pratiche di lavorazione (agricole, di cantina, in imbottigliamento-condizionamento), sociali, economiche e ambientali. Per ogni gruppo di buone pratiche sono previsti requisiti Maggiori (M), minori (m), raccomandazioni (r) oltre alla misurazione degli indicatori ambientali (impronta idrica e carbonica, biodiversità) che devono essere misurati entro tre anni dal rilascio della certificazione. Al rinnovo della certificazione, che avviene ogni tre anni, grazie alla validazione da parte di un ente terzo accreditato, viene richiesto alle aziende di aumentare la percentuale minima di "m" ed "R" da rispettare, al fine di accrescere sempre di più il valore della stessa e prefiggersi nuovi obiettivi di sostenibilità.
Da citare, anche, la certificazione *SOStain* che ha la peculiarità di poter certificare soltanto aziende con sede nella regione siciliana, in quanto trattasi di certificazione di sostenibilità dedicata a tutte le aziende dell'isola, siano esse produttrici di vino biologico, biodinamico, naturale, convenzionale e altro ancora. Essa esplica le sue funzioni attraverso la forma giuridica della fondazione con sede a Palermo ed ha come obiettivo principale quello di agevolare la condivisione di *best practices* finalizzate al rispetto dell'ecosistema, stimolando la ricerca e l'alta formazione per sviluppare una cultura della sostenibilità a tutti i livelli, orientando i modelli di produzione e di consumo per incrementare, sul territorio siciliano ma non solo, la consapevolezza dell'importanza dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile e contribuire alla realizzazione degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (*SDGs – Sustainable Development Goals*).
Lo *standard* è detenuto dallo stesso ente ed è basato sulla convinzione della consapevolezza che gli impatti delle attività agricole vanno oltre i confini dei campi che coltivano, il coinvolgimento delle comunità locali, la valorizzazione del territorio circostante, la conservazione delle risorse naturali, ed è per questa ragione che il programma offre uno strumento di misura quantitativo per poter dare a chi conduce l'azienda le indicazioni necessarie a migliorare continuamente, mediante una gestione agronomica consapevole e attenta[60]. Tali indicatori garantiscono rigore

[60] Il disciplinare *SOStain* identifica 10 requisiti minimi che sono gli attributi fondamentali che le aziende vitivinicole aderenti devono possedere per ottenere la certificazione: 1.gestione vigneto: le aziende sono tutelate a soddisfare nella gestione del vigneto almeno uno dei disciplinari tra AQNPI, disciplinare regionale di produzione integrata, metodi di gestione delle aziende eco-sostenibili (PSR Sici- lia 10.1.b), disciplina di produzione biologica; 2.diserbo chimico: vige il divieto di praticare il diserbo chimico; 3.biodiversità: le aziende con superficie > 15 ha, devono mantenere zone naturali per almeno il 5% della superficie aziendale; 4.utilizzo di materiali eco-compatibili nel vigneto: per la realizzazione dei nuovi vigneti vengono esclusi materiali che non siano riciclabili o biodegradabili; 5.materie prime locali: il 100% delle uve e dei vini eventualmente acquistati devono essere di provenienza regionale;6.utilizzo degli indicatori VIVA (aria, acqua e vigneto) e a soddisfare l'indicatore territorio; 7.tecnologie energeticamente efficienti: in vinificazione sono considerati efficienti i processi che consentono di produrre vini con un consumo energetico inferiore a 0,7 kwh/l di vino; 8.peso delle bottiglie: il peso medio delle bottiglie di vino fermo prodotte nel corso dei due anni deve essere inferiore o uguale a 550 g/0,75 l di vino; 9.trasparenza della comunicazione: le aziende aderenti al programma di certificazione sono tenute a

ISSN 2036-7821

scientifico, oggettività e trasparenza e il loro rispetto è verificato e validato ogni due anni da un organismo indipendente di certificazione.
Per rispondere agli interrogativi, precedentemente posti, appare evidente che le aziende che vogliono intraprendere un percorso di sostenibilità possono aderire agli *standard* disponibili per il settore vitivinicolo, sinonimo di garanzia del rispetto delle norme definite dai singoli disciplinari e verificati da un organismo terzo e imparziale di certificazione. Ovviamente la scelta se intraprendere o meno tale percorso deve essere guidata da una lettura avanguardistica delle aziende, il consumatore nella scelta è sempre più consapevole del prodotto che porterà in tavola e sarà maggiormente disposto ad accettare una maggiorazione del prezzo – derivante dall'utilizzo di pratiche sostenibili – soltanto se in cambio avrà una bottiglia di qualità e che presenti determinate caratteristiche. In tale ottica le cantine sono obbligate a rivolgersi al consumatore del futuro, non dimenticando che le politiche di sostegno, domestiche e sovranazionali, sono sempre più orientate a concedere aiuti a quelle aziende che daranno prova di poter operare in piena armonia col pianeta; la certificazione diventa quindi requisito fondamentale per poter dimostrare l'operato rispettoso e in linea con le tendenze sul tema.

8. Osservazioni conclusive.

Come si comprende dall'indagine effettuata, realizzare, a pieno, lo sviluppo sostenibile nel settore vitivinicolo non è attività di poco conto; tuttavia, le aziende italiane della vite si stanno impegnando significativamente nell'aumentare le proprie *performances* in termini di sostenibilità, adottando tecniche e strumenti sempre più innovativi combinati a continui studi e approfondimenti sull'argomento.
Ci si è, anche, resi conto che quella che poteva apparire come una tendenza momentanea è in realtà una vera e propria strategia imprescindibile se si vuole restare floridi e competitivi sul mercato.
Essenziale è, poi, considerare la sostenibilità non come uno *status* immutabile, ma come un *iter* virtuoso da perseguire ininterrottamente. Non a caso, la natura proteiforme e gli obiettivi sul lungo arco temporale che lo sviluppo sostenibile si pone fanno sì che, la sua continua evoluzione, renda impossibile afferrare una condizione definitiva tale da cristallizzare il principio all'interno della filiera: la tendenza al miglioramento deve essere continua e perpetua.
Quanto alle fasi della lavorazione, le imprese hanno ben inteso che la sostenibilità deve essere misurata lungo tutto l'intero ciclo di vita del prodotto, includendo la fase agricola (campo), la produzione (cantina), la distribuzione, il consumo e lo

redigere un report di Sostenibilità prima del 31 marzo di ogni anno; 10.limite al contenuto di residui nel vino: annualmente devono essere effettuate analisi su un campione di almeno il 25% delle referenze commercializzate allo scopo di verificare l'assenza di residui ai agrofarmaci nel vino, in fondazionesostainsicilia.it.

ISSN 2036-7821

smaltimento, nonché la fornitura di prodotti e servizi, collegati ed erogati durante le fasi di campo e di cantina.

Il *turnover* generazionale, l'attenzione alla condizione del pianeta, il maggiore interesse verso la condizione dei lavoratori della filiera e le informazioni sul dispendio economico per le produzioni hanno generato una classe di consumatori sempre più attenta e sensibile alle problematiche impattanti lo sviluppo sostenibile. Il nuovo consumatore è smanioso di cercare prodotti salubri e, di contro, i produttori, devono adeguarsi e dirigersi verso orizzonti altamente compatibili con le richieste ambientali, utilizzando un approccio che contemperi i tre pilastri della sostenibilità e che sia in grado anche di portare all'elevazione della qualità del prodotto e al relativo miglioramento della reputazione aziendale. La visione del vino è notevolmente cambiata rispetto al passato; esempio ne sono i *millennials*, che entro il 2025 saranno i diretti responsabili del 50% delle vendite di vino nel mondo e che identificano nel vino non solo il piacere della bevanda, ma ne amplificano la portata sino a considerarlo un vero e proprio mezzo per condurre esperienze gusto-olfattive[61].

Seppur presente una forte attenzione ai vini sostenibili, riguardo la percezione sensoriale, la conoscenza è scarsa e pertanto il sistema delle certificazioni assume un ruolo essenziale. Esso è l'unico mezzo capace di garantire al consumatore una identificazione delle imprese affidatesi totalmente ai dettami della sostenibilità e, di contro, queste sono necessarie per le aziende che necessitano di un tratto distintivo, e certificativo, dell'operato rispetto alla concorrenza noncurante delle tematiche sostenibili[62].

In tale scenario è da menzionare la tendenza e la diffusione di un gran numero di progetti, nazionali, europei ed internazionali, finalizzati a promuovere pratiche e approcci orientati la sostenibilità della filiera. Tuttavia, le nobili iniziative devono essere, forzatamente, accompagnate da un'unica interpretazione del, difficoltoso e largo, principio dello sviluppo sostenibile; il rischio è quello di svuotarne il contenuto o quantomeno di non far comprendere appieno le pratiche da attuare al fine di realizzarlo.

Specie nel settore vitivinicolo, molto legato al territorio e alla produzione agricola e caratterizzato da una componente sentimentale ed emozionale legata all'immagine e all'identità del paesaggio, il pericolo di disorientamento degli *stakeholder* è notevolmente elevato e pertanto un intervento costante delle istituzioni è essenziale al fine di permettere all'intero comparto di avanzare in maniera coesa e coerente lungo la strada dell'evoluzione dello sviluppo sostenibile.

[61] Come riportato, Millennials i nuovi consumatori di vino, 2020 in winemarketingitalia.it.

[62] S. Troiano, F. Marangon, T. Tempesta, D. Vecchiato, *Organic vs local claims: substitutes or complements for wine consumers? A marketing analysis with a discrete choice experiment. New Med.* 15, pp. 14-21, 2016.

ISSN 2036-7821

Solo tramite tali prerogative sarà possibile offrire un prodotto commercialmente sostenibile, che risulti in linea con le aspettative sociali sia all'intero che all'esterno dell'organizzazione, capace di sorreggere un apparato economico-produttivo competitivo e rispettoso dei territori e delle risorse naturali, il tutto nel segno di un contributo positivo al cambiamento.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Ubicazione delle farmacie: flessibilità interpretative e rediviva pianta organica

di Carlo Ciardo

(Dottore di Ricerca presso l'Università del Salento)

Sommario

1. Introduzione – 2. La disciplina del settore farmaceutico e la definizione dei requisiti per la determinazione delle sedi. - 3. Il requisito della distanza tra farmacie in una visione dinamica. – 3.1. La Pianificazione - 4. La flessibilità del criterio della distanza e la rediviva "pianta organica". – 5. Conclusioni.

Abstract

The location of pharmacy has always been the subject of legislative intervention, in an attempt to guarantee a fundamental cornerstone of health protection through the provision of requirements, parameters and limits. The analysis of the legislative and jurisprudential evolution provides an element of understanding the effectiveness of the planning action carried out by the public authorities.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

La localizzazione delle sedi delle farmacie è stata oggetto, da sempre, dell'intervento legislativo, nel tentativo di garantire questo architrave fondamentale della tutela della salute attraverso la previsione di requisiti, parametri e limiti compatibili con il diritto d'impresa.

In questo contesto, l'analisi della evoluzione legislativa del settore e l'esegesi tanto della giurisprudenza della Corte Costituzionale, quanto di quella del Giudice Amministrativo e della Corte di Giustizia UE, rappresentano elementi cruciali per comprendere l'effettività delle scelte legislative che hanno determinato, progressivamente, un indirizzo pro-concorrenziale, seppur in un quadro di imprescindibile programmazione pubblica.

2. La disciplina del settore farmaceutico e la definizione dei requisiti per la determinazione delle sedi.

Il settore farmaceutico è stato normato per la prima volta[1] dalla Legge n. 5849/1988 (c.d. Legge Crispi) che ne ha riconosciuto la rilevanza pubblicistica della distribuzione dei farmaci, pur riconnettendola al valore commerciale[2].

Solo con la Legge n. 768/1913 (c.d. Legge Giolitti) è stato previsto che la distribuzione dei farmaci fosse un servizio pubblico gestito direttamente dai Comuni i quali, a loro volta, lo affidavano in concessione ai privati per mezzo di una selezione pubblica[3].

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione bisognerà attendere il 1968 per vedere un intervento legislativo di portata complessiva (e nevralgica), con l'approvazione delle Leggi nn. 221/1968 e 475/1968[4]**.** Quella che viene definita la Riforma Mariotti prevede

[1] In disparte ogni ricostruzione storica sulle origini della farmacia, per la quale, senza pretesa di esaustività si rinvia a A. CORVI, *la farmacia italiana. Dalle origini all'età moderna,* Pacini, Milano, 1997; C. PEDRAZZINI, *La farmacia italiana nella storia e nell'arte,* Milano, IGAP, 1964; CIPRIANI G, *la via della salute. Studi e ricerche di storia della farmacia,* Firenze, Nicomp, 1995.

[2] Sebbene fosse esercitabile sotto la direzione di un farmacista. La rilevanza pubblicistica era comunque "*ispirata ai principi del libero esercizio della farmacia come impresa commerciale, esercitabile da chiunque, con la mera osservanza dell'obbligo di affidare la direzione alla responsabilità di un farmacista*" R. FERRARA, *Salute e sanità,* Milano, Giuffrè, 2010, p. 233.

[3] La concessione era *ad vitam* salvo revoca da parte dei Comuni nelle ipotesi legislativamente previste. La disciplina legislativa instaura un rapporto di dipendenza fra il titolare della farmacia e Pubblica Amministrazione, con la possibilità, da parte di quest'ultima, di dare indicazioni, a fronte della possibilità per il titolare di operare in regime di monopolio assoluto nel settore.

[4] Nel mezzo possono essere annoverati i seguenti interventi legislativi, ma di certo non con una portata riformatrice come è stata quella della Riforma Mariotti: il Testo Unico delle Leggi Sanitarie n.1265 del 27.07.1934; il DL del Capo Provvisorio dello Stato n. 233/1946 nel quale si prevede che in ogni provincia siano costituiti gli Ordini dei medici-chirurghi, dei veterinari e dei farmacisti ed i collegi delle ostetriche; la Legge n. 221 del 08.03.1968 che classifica le farmacie in due categorie: le farmacie urbane, situate in comuni o centri abitati con popolazione superiore a 5.000 abitanti e farmacie rurali ubicate in comuni, frazioni o centri abitati con popolazione al di sotto della quota presente nelle aree urbane e, in ultimo, che laddove manchi o non sia aperta la farmacia prevista nella pianta organica, con decreto del medico provinciale siano istituiti dispensari farmaceutici. Tale distinzione sarà oggetto di un approfondimento nel prosieguo.

ISSN 2036-7821

che il settore farmaceutico permanga come attività primaria dello Stato, che la gestisce attraverso gli Enti Locali ovvero per il tramite dei privati in regime di concessione. L'intervento riformatore ha previsto la prevalenza assoluta degli elementi pubblicistici (con attività di controllo e di indirizzo da parte della P.A.), ed ha stabilito la territorializzazione del sistema per mezzo della pianta organica.

L'architrave della Riforma Mariotti è stato modificato dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, tanto è vero che la L. n. 833 del 23.12.1978 ha ricondotto l'assistenza farmaceutica all'interno delle funzioni del neonato SSN[5]. In tal modo il servizio farmaceutico è, dunque, un servizio pubblico[6] finalizzato ad assicurare la tutela della salute di cui all'art. 32 Cost.[7], così come statuito dalla Corte Costituzionale:*"i farmacisti […] a prescindere dalla qualificazione del regime, concessorio o autorizzativo, cui sono sottoposte le farmacie, svolgono indubbiamente un servizio di pubblico interesse"* (sent. n. 312/1983), ed ancora:*"sotto il profilo funzionale, i farmacisti sono concessionari di un pubblico servizio"* (sent. n. 448/2006).

La successiva aziendalizzazione delle ex USL attraverso l'approvazione della riforma sanitaria dell'inizio degli anni '90 ha determinato l'affidamento del servizio alle farmacie pubbliche e private, le quali lo erogano per conto delle Unità Sanitarie Locali (successivamente ASL) sulla base di convenzioni conformi agli accordi collettivi nazionali stipulati con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative[8].

Nel contesto così sunteggiato si giunge all'approvazione del Decreto Legge n. 1 del 24.01.2012, convertito nella L. n. 27 del 24.03.2012 (pubblicata sulla G.U. 24.03.2012, n. 71). L'intervento legislativo, tra le varie previsione, ha anche previsto una modifica dei parametri di determinazione delle sedi farmaceutiche, così perseguendo un

[5] Art. 14, co. 3, L. n. 833 del 23.12.1978.

[6] Per un approfondimento relativo al dibattito dottrinario sulla natura giuridica di tale attività, se debba essere qualificata come servizio pubblico o come attività privata cfr. A. POLICE — W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, 831; M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 63 e segg. e 96 e segg.; M. DELSIGNORE, *Pubblico e privato nell'esercizio delle farmacie*, in G. FALCON — B. MARCHETTI (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa — Problemi e prospettive*, Cedam, Padova, 2013, p. 201; C. PETRUCCI, voce *Farmacia*, in *Enc. Dir.*, p. 844; B.R. NICOLOSO, *L'evoluzione del sistema farmacia ed i principi che lo regolano nel contesto della normativa comunitaria e del federalismo regionale*, in *Ragiusan*, 2004, p. 195.

[7] Per un approfondimento sul servizio farmaceutico cfr. *ex multis*: M. S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. Amm. Sanità*, 1963, p. 171 e ss; ANGELICI M., *L'organizzazione del servizio farmaceutico*, Milano, Giuffré, 1972; R. FERRARA, voce *"Farmacia e farmacisti"*, in *Enc. giur. Treccani, XIV, Roma, Ed. Enc. it.*, 1989; B. R. NICOLOSO, *La farmacia tra impresa e pubblico servizio*, in *Ragiufarm*, 1998, n. 46, p. 44 e ss; G. FERRARI, *Farmacie e farmacisti nell'ordinamento giuridico italiano e nell'elaborazione giurisprudenziale, Roma*, Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2003; C. VITTA, *in «Sanità Pubblica», in V.E. Orlando, Primo Trattato completo di diritto amministrativo*, IV, pt. II, Milano, 1908, pp. 764 ss; G. LANDI, *Voce Farmacie, in «Enciclopedia del Diritto»*, vol. XVI, Milano, 1966, pp. 836 ss.; V. RAGONESI, *Farmacie*, in G. Guarino, *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, pp. 907; M. GOLA, *voce farmacia e Farmacisti*, in «Digesto Discipline Pubblicistiche», VI, Torino, 1991, pp. 231; G. PIPERATA, *Farmacie, in S. Cassese*, Dizionario di Diritto Pubblico, III, Milano, 2006, pp. 2447.

[8] Art. 8 del D.Lgs. n. 502 del 30.12.1992.

ISSN 2036-7821

tentativo di bilanciamento tra la spinta liberalizzatrice e l'implementazione del servizio in un'ottica di equa distribuzione territoriale delle farmacie al fine di migliorare l'accessibilità da parte dell'utenza.
In particolare, il *quorum* demografico è stato abbassato a 3.300 abitanti (art. 1), a fronte della precedente soglia che prevedeva una sede ogni 5.000 abitanti nei comuni fino a 12.500 (livello che si abbassava a 4.000 abitanti negli altri comuni, cfr. art. 1, co. 2, della L. n. 475/1968).
Al criterio demografico, inoltre, v'è da aggiungere anche quello topografico, riveniente dal R.D. n. 1265 del 27.07.1934. L'art. 104 del R.D. n. 1265/1934[9] ha previsto, infatti, che le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, in presenza di particolari esigenze legate all'assistenza farmaceutica in rapporto alle condizioni topografiche e di viabilità, possano stabilire nuove sedi con una distanza inferiore a 3.000 metri rispetto alle farmacie esistenti anche se ubicate in comuni diversi. Tale deroga al criterio della popolazione può essere disposta sentiti la ASL competente per territorio e l'ordine provinciale dei farmacisti, ed è applicabile ai comuni con popolazione fino a 12.500 abitanti (con il limite di una farmacia per comune).

3. Il requisito della distanza tra farmacie in una visione dinamica.

L'istituzione delle farmacie è stata da sempre oggetto di un contingentamento da parte del legislatore [10], attraverso la previsione di requisiti demografici e topografici. Tali limitazioni hanno superato il vaglio del Giudice delle Leggi in più occasioni, in ragione della stretta connessione che vi è tra la rete di distribuzione dei farmaci, la necessità di tutelare l'accesso a tale servizio da parte di tutta la popolazione e la garanzia del diritto costituzionale alla tutela della salute[11].
In tal senso, è di chiaro significato la previsione dell'art. 29 della L. n. 833/1978: "*La produzione e la distribuzione dei farmaci devono essere regolate secondo criteri coerenti con gli obiettivi del servizio sanitario nazionale, con la funzione sociale del farmaco e con la prevalente finalità pubblica della produzione*". Da ciò discende che qualsiasi iniziativa

[9] nel testo vigente come risultante dalla sostituzione ad opera dell'art. 2 della L. n. 362 del 08.11.1991.
[10] per contingentamento deve intendersi "*una forma di intervento pubblico nell'economia, con la quale il legislatore introduce un limite quantitativo agli operatori che agiscono in un determinato settore, in base ad una scelta organizzativa di programmazione*", M. DELSIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il diritto dell'economia*, 2012, p. 308.
[11] *ex multis* Corte Cost., 12 gennaio 1996, n. 4; Corte Cost., 4 febbraio 2003, n. 27; Corte Cost., 28 marzo 2008, n. 76; Corte Cost., 13 novembre 2009, n. 295; Corte Cost., 31 ottobre 2013, n. 255; Consiglio di Stato, sez. III, 31 maggio 2013, n. 2990; Consiglio di Stato, sez. III, 12 giugno 2013, n. 3249; Consiglio di Stato, sez. III, 19 settembre 2013, n. 4667; Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2017, n. 4946; Consiglio di Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2240.

ISSN 2036-7821

economica privata in tale settore debba conformarsi alle superiori esigenze di protezione della salute[12].

Sul punto la Corte Costituzionale ha statuito che il servizio di distribuzione dei farmaci è "*preordinato ad assicurare una adeguata distribuzione dei farmaci, costituendo parte della più vasta organizzazione predisposta a tutela della salute*"[13].

Pur essendo dinanzi ad un'attività di impresa[14] che, quindi, tocca imprescindibilmente la libertà di iniziativa economica privata, le farmacie non possono soggiacere alle comuni regole del mercato, non potendo essere considerate come esercenti una attività commerciale *tout court*[15], ma dovendo essere ricondotte all'interno di un settore sul quale gravano specifiche limitazioni volte a garantire l'interesse pubblico riconnesso all'art. 32 Cost.[16].

Le limitazioni in questione hanno superato il vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione. La Corte, infatti, pur statuendo che tali misure privano *"taluni farmacisti […] di qualunque accesso all'attività professionale indipendente, mentre quelli già presenti sul mercato beneficerebbero di profitti sproporzionati"*, ha riconosciuto la loro compatibilità con il diritto dell'UE tenuto conto degli obiettivi di tutela della salute che la disciplina dell'attività di farmacia si propone di perseguire: "*la libertà di stabilimento degli operatori economici deve essere bilanciata con le esigenze di tutela della sanità pubblica e che la gravità degli obiettivi perseguiti in tale settore può giustificare restrizioni che abbiano conseguenze negative, anche gravi, per taluni operatori*"[17].

---

[12] B. CARAVITA, *Balancing the Human Right to Health with the Competition Law and the Intellectual Property Regime*, in G. MUSCOLO, G. PITRUZZELLA, *Competition and Patent Law in the Pharmaceutical Sector. An international perspective*, Wolters Kluwer, p. 54.

[13] Corte Cost., 10 dicembre 2007, n. 430.

[14] E' necessario evidenziare che il farmacista svolge un'attività di impresa, sul punto in dottrina cfr. M. DEL SIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacia*, in Il diritto dell'economia, 2012, pp. 2 ss.. In generale sul ruolo del farmacista:M.S. GIANNINI, *Le Farmacie (Problemi generali)*, in *Rass. Amm. Sanità*, 1963; R. FERRARA, *Farmacia e farmacisti*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIV, Roma, 1989, pp. 1 ss.; G. PIPERATA, *Farmacie*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, pp. 2447 ss.; P.M. CHIRULLI, *Farmacia, in Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. VII, Torino, 2017, pp. 312 ss..

[15] V'è da segnalare la presa di posizione di AGCM, secondo la quale sarebbe utile trasformare il contingente legale delle farmacie da massimo in minimo, atteso che: "*il contingentamento del numero di farmacie presenti sul territorio nazionale appare sostanzialmente finalizzato a garantire i livelli di reddito degli esercenti piuttosto che a conseguire l'obiettivo di una razionale e soddisfacente distribuzione territoriale degli esercizi farmaceutici*", cfr. AGCM, A.S. 1137 del 2014, cit., pp. 21 e 69.

[16] Sebbene tali limitazioni hanno avuto come finalità quella di garantire una distribuzione capillare e uniforme dei servizi farmaceutici sul tutto il territorio, vi sono state anche voci dissenzienti che hanno interpretato tali requisiti di localizzazione ed istituzione delle sedi delle farmacie come meri meccanismi protezionistici in favore degli operatori già presenti sul mercato, mentre il medesimo obiettivo potrebbe essere realizzato anche mediante differenti forme di intervento pubblico, cfr. V. CAMPIGLI, *Riflessioni sulla pianta organica nel quadro del servizio farmaceutico*, in *Munus: rivista giuridica dei servizi pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 1, 2011, p. 440.

[17] Corte di Giustizia UE, sentenza Blanco Perez, C-570/07 e C-571/07.

ISSN 2036-7821

D'altro canto, però, non sono di secondaria importanza le previsioni legislative poste a presidio dei bacini di utenza delle diverse farmacie. Tali disposizioni rappresentano il contraltare rispetto a tutti gli obblighi e divieti a tutela dell'interesse pubblico.
Sul punto Corte Costituzionale ha statuito che: *"l'organizzazione del servizio farmaceutico, se da un lato ha creato al farmacista concessionario di una farmacia una posizione di privilegio con l'eliminare la concorrenza entro determinati limiti demografici e territoriali; dall'altro, trattandosi di un servizio di pubblica necessità, ha imposto allo stesso farmacista l'obbligo di svolgere la sua attività con l'adempimento delle prescrizioni dalle leggi stabilite per questa particolare professione"* [18].
In quest'ottica è di tutta evidenza che sebbene le previsioni introdotte dal D.L. n. 1/2012 sono finalizzate a favorire la concorrenza - con il contestuale allentamento di alcune restrizione (vedasi la modifica dei requisiti demografici) - in ogni caso il testo legislativo continua a prevedere una pianificazione territoriale, sintomo ed esplicitazione del ruolo attivo delle Pubbliche Amministrazioni in questo settore .
Al riguardo il Giudice Amministrativo non solo ha ritenuto che tali disposizioni siano compatibili con i principi comunitari[19], ma ha anche statuito che le previsioni concernenti i requisiti demografici e topografici sono volte tanto all'adeguamento dei principi di estrazione nazionale ed europea, quanto a coniugare le esigenze tese ad una più ampia copertura del territorio per finalità di tutela della salute dei cittadini e di carattere commerciale dell'esercente che aspira ad un adeguato bacino d'utenza[20].
Il Comune svolge, infatti, un compito viepiù nevralgico, atteso che ha il potere di individuare il numero di farmacie (sulla base dei parametri indicati) e di definirne le zone ove ubicarle, mentre alla Regione è stata attribuita la possibilità di intervenire in caso di inerzia dell'Ente Locale[21].
Tale potere comunale è caratterizzato da ampia discrezionalità[22], in quanto è diretto a dar luogo ad un apprezzamento in concreto delle esigenze connesse all'assistenza farmaceutica in relazione allo stato dei luoghi. Pertanto, le scelte programmatorie comunali necessitano di una motivazione calibrata sulle singole situazioni locali[23].
V'è da precisare che l'altro lato della medaglia è rappresentato dal fatto che la predetta discrezionalità determina un sindacato debole da parte del G.A.[24].

[18] Corte Cost. n. 29 del 26.01.1957, paragrafo 1.
[19] Consiglio di Stato, sez. III, n. 1638 del 07.04.2014.
[20] cfr. TAR Torino, sez. II, n. 1020 del 16.09.2013; TAR Brescia, sez. II, n. 954 del 13.11.2013; TAR Torino, sez. II, n. 453 del 14.03.2014.
[21] Sul punto cfr. TAR Brescia, sez. II, n. 402 del 02.05.2013; TAR Lecce, sez. II, n. 1393 del 13.06.2013; TAR Lazio, sez. II, n. 6697 del 08.07.2013.
[22] L'ampiezza e i contorni dello spettro della discrezionalità sono stati ulteriormente chiariti dalla nota esplicativa del capo ufficio legislativo del Ministro della Salute "*Quesiti sull'interpretazione di norme dell'articolo Il del decreto legge n. 1/2012, come modificato, in sede di conversione, dal Senato della Repubblica, 21.3.2012*".
[23] TAR Lazio, Sez. II, n. 13403 del 02.07.2024.
[24] cfr. *ex multis* TAR Palermo, sez. V, n. 2718 del 11.09.2023; TAR Brescia, sez. I, n. 372 del 24.04.2023; Consiglio di Stato, sez. III, n. 6750 del 02.11.2020.

ISSN 2036-7821

Ancora una volta è necessario richiamare la giurisprudenza del Giudice delle Leggi che, per un verso, ha confermato la natura di servizio pubblico[25] preordinato alla garanzia della "*tutela del fondamentale diritto alla salute, restando solo marginale, sotto questo profilo, sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista*"[26]; ma, nel contempo, la Corte Costituzionale è intervenuta in merito alla dislocazione delle farmacie sul territorio, ribadendo – proprio per la natura intrinseca di tale servizio – la necessità di una pianificazione volta ad "*assicurare l'ordinata copertura di tutto il territorio nazionale al fine di agevolare la maggiore tutela della salute ai cittadini*"[27].
Di non secondario momento è quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE, la quale ha ritenuto legittima la normativa nazionale che prevede una pianificazione della presenza e della dislocazione delle farmacie, a condizione che tale programmazione: " *si riveli indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate*"[28] (salvo rimettere al Giudice nazionale la valutazione sull'idoneità del sistema di pianificazione).

3.1. La pianificazione.

In tale contesto va inquadrata la disciplina concernente i requisiti di insediamento delle sedi delle farmacie.
La L. n. 468 del 22.5.1913 ha previsto l'approvazione della "pianta organica"[29]: un atto amministrativo generale di programmazione del servizio farmaceutico su base comunale attraverso il quale procedere all'individuazione del numero delle farmacie, delle singole sedi e delle zone di competenza.
La localizzazione delle sedi, come già in precedenza accennato, è stata pensata sulla base di due principali criteri: uno demografico (generale) e l'altro topografico (derogatorio).
Con il primo è stato previsto che vi fosse una farmacia ogni 5.000 abitanti nei comuni con popolazione fino a 25.000 abitanti ed una ogni 4.000 abitanti negli altri comuni.

[25] Corte Cost. n. 29 del 29.01.1957 e n. 312 del 30.09.1983.
[26] Corte Cost. n. 216 del 24.06.2014.
[27] Corte Cost. n. 12.01.1996. In tal senso altresì Corte Cost. n. 76 del 28.03.2008, n. 141 del 02.02.2003.
[28] Corte di Giustizia n. C-570/07 del 01.06.2010. In senso conforme n. C-571/07 del 01.06.2010, n. C-141/07 del 11.09.2008, n. C-367/12 del 13.02.2014.
[29] Per un approfondimento sulla pianta organica cfr. C. ALBERTI, *Criterio demografico e concorso di criteri pianificatori,* in Foro Amministrativo TAR, 2002, p. 447; M. ANDREIS, *Sedi farmaceutiche e concorso di criteri pianificatori,* in Foro Amministrativo CDS, 2007, p. 952; B. R. NICOLOSO – L. GIORDANI – M. JOMMI, La pianificazione territoriale del sistema farmacia, Edra, Milano, 2022; M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011.

ISSN 2036-7821

La distanza minima tra le strutture, inoltre, è stata fissata in almeno 200 m.. Pertanto, per poter allocare una nuova sede farmaceutica era necessario uno scarto pari almeno al 50% della soglia numerica[30][31].

Il secondo criterio, invece, ha consentito l'ubicazione delle sedi, anche in deroga al predetto criterio demografico, in presenza di particolari esigenze topografiche o di viabilità[32]. Tale eccezione è stata annoverata, però, solo nei comuni con popolazione inferiore a 12.500 abitanti[33].

E' di tutta evidenza che tale ultimo criterio ha una natura spiccatamente derogatoria, oltre ad implicare un esercizio penetrante del potere discrezionale da parte della P.A.[34], che aveva l'onere di vagliare (in concreto) gli elementi topografici necessari all'ubicazione di una sede farmaceutica sebbene non fosse soddisfatto il requisito demografico. E' necessario precisare, però, che l'esercizio di tale discrezionalità amministrativa dovesse essere caratterizzato da stretta rigorosità, come in più circostanze statuito dalla giurisprudenza amministrativa[35][36].

A ciò si aggiunga che ai sensi dell'art. 1 della L. n. 221/1968 le farmacie sono state distinte in due categorie: quelle urbane, situate in Comuni o centri abitati con popolazione superiore a 5.000 abitanti; e quelle rurali, ubicate in Comuni, frazioni o centri abitati aventi popolazione non superiore a 5.000 abitanti.

Anche in tale caso, in applicazione dell'art. 104 del R.D. n. 1265/1934[37], è stato previsto che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, potessero stabilire nuove farmacie in deroga al criterio demografico, ove fossero stati sussistenti particolari condizioni topografiche e di viabilità.

Il suesposto quadro normativo è stato profondamente modificato con l'approvazione del più volte richiamato D.L. n. 1 del 24.01.2012, convertito con modificazioni in L. n. 27 del 24.03.2012, determinando un impulso pro-concorrenziale, come esplicitato dall'art. 11 volto al: "*potenziamento del servizio di distribuzione farmaceutica, accesso alla*

---

[30] cfr. artt. 1 e 2 della L. n. 475 del 02.04.1968.

[31] Alla luce dei suesposti requisiti di carattere numerico, l'attività della P.A. era di fatto vincolata. Sul punto cfr. TAR Napoli n. 12589 del 27.09.2004; TAR Parma n. 3 del 25.02.1977; TAR Genova n. 239 del 01.07.1976.

[32] art. 104 del R.D. n. 1265 del 27.07.1934.

[33] Per di più, la normativa ha previsto che fosse istituita solo una nuova farmacia per ogni comune e che quest'ultima non potesse distare da quelle preesistenti meno di 3.000 m..

[34] In tal senso la giurisprudenza amministrativa TAR Milano, Sez. I, n. 6580 del 23.11.2000; TAR Catania, Sez. IV, n. 66 del 17.01.2011.

[35] *ex multis* cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 6196 del 11.12.2001; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 2015 del 17.04.2002.

[36] Per completezze espositiva v'è da rimarcare che per la revisione della pianta organica il legislatore ha previsto un ulteriore criterio di pianificazione di carattere urbanistico o decentrato (cfr. art. 5, commi 1 e 2, L. 8.11.1991 n. 362), applicabile a tutti i Comuni e riguardante i mutamenti nella distribuzione della popolazione. In particolare, sono state previste due ipotesi: nel primo caso i mutamenti della popolazione, comportava la rideterminazione delle circoscrizioni delle sedi farmaceutiche, senza prevederne la istituzione di nuove; nel secondo caso, invece, tale parametro consentiva la creazione di una nuova sede.

[37] Così come modificato dall'art. 2 della L. n. 362/1991.

ISSN 2036-7821

titolarità delle farmacie, modifica alla disciplina della somministrazione dei farmaci e altre disposizioni in materia sanitaria"[38].

Quanto enunciato trova conferma nelle molteplici modifiche legislative che sono così sunteggiabili:

a) è stato diminuito il parametro del criterio demografico da 5.000 a 3.300 abitanti;

b) è stato introdotto un nuovo criterio di distribuzione territoriale delle farmacie (con l'inserimento dell'art. 1 bis), tanto è vero che, in aggiunta al criterio demografico (nel limite del 5%) possono essere istituite nuove sedi all'interno di aree caratte3rizzate da particolari requisiti (si pensi a: stazioni ferroviarie, aeroporti civili a traffico internazionale, stazioni marittime, centri commerciali e grandi strutture di vendita);

c) è stato radicalmente modificato l'art 2 (relativo proprio alla pianificazione territoriale), attribuendo ad ogni Comune il potere di identificare le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, previo parere della ASL competente per territorio e dell'Ordine Provinciale dei Farmacisti.

Per mezzo del suesposto intervento legislativo la fisarmonica del potere discrezionale della P.A. è tornata ad espandersi, in quanto la valutazione da svolgere in concreto, ai fini della pianificazione territoriale (in attuazione dell'ultimo dei criteri su elencati), non può che essere caratterizzata da un ventaglio discrezionale amplissimo, tanto è vero che la giurisprudenza amministrativa è tornata a ribadire che: "*la dislocazione delle sedi farmaceutiche sul territorio comunale è frutto di ampia discrezionalità e le scelte effettuate a questo riguardo dall'autorità competente – benché opinabili per definizione – non sono sindacabili se non per manifesta irrazionalità e analoghi vizi che in questa fattispecie comunque non ricorrono*" [39].

In sintesi, la sussistenza di particolari situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, possono giustificare l'istituzione di una nuova sede farmaceutica in deroga al citato criterio demografico. Nel contempo, tale esercizio della discrezionalità tecnico-amministrativa sfugge al sindacato di merito del Giudice Amministrativo, salvo macroscopici vizi logici.

4. La flessibilità del criterio della distanza e la rediviva "pianta organica".

Da quanto già esposto discende che l'intervento legislativo del 2012 ha radicalmente innovato il precedente quadro legislativo del settore, andando ad incidere, in primo luogo, sullo strumento pianificatorio della "pianta organica".

---

[38] Per una ricostruzione completa della normativa si richiama E. JORIO, *La Liberalizzazione delle farmacie: dubbi e interpretazioni fuorvianti*, in Sanità Pubblica e Privata, 2013, 1, p. 16; A. MONICA, *La liberalizzazione nel campo della distribuzione farmaceutica alla luce dei recenti interventi del legislatore*, in www.giustamm.it, 2013.

[39] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 915 del 25.02.2014. In tal senso altresì cfr. TAR Napoli, Sez. III, n. 5691 del 01.09.2021; TAR Catanzaro, Sez. II, n. 1002 del 17.05.2021; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4231 del 11.07.2018; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4387 del 19.09.2017; Consiglio di Stato n. 2521 del 18.05.2015; TAR Milano, Sez. III, n. 1109 del 06.05.2015.

ISSN 2036-7821

Non ci si trova più dinanzi ad un atto complesso che si perfeziona attraverso l'adozione di un provvedimento sovracomunale (regionale), ma si è in presenza di un atto di esclusiva competenza comunale, sia con riferimento alla sua prima approvazione, sia in merito alla sua successiva revisione[40].

Sul punto è necessaria una specificazione. Sebbene il mancato riferimento nominalistico alla "pianta organica" da parte del legislatore potesse far pensare al supermento di tale atto programmatorio, in verità si è giunti ad una sostanziale conferma di fatto della programmazione, atteso che l'atto di pianificazione approvato dai Comuni ha le medesime caratteristiche e gli stessi fini della originaria "pianta organica", come confermato dal Giudice Amministrativo: "*sebbene la nuova legge non faccia riferimento alla pianta organica, compete comunque al Comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome*" [41].

Pertanto, la c.d. liberalizzazione introdotta dal legislatore del 2012 non si è spinta fino ad elidere qualsivoglia ipotesi programmatoria, ma è stata declinata come un tentativo di facilitazione per l'accesso degli utenti al servizio farmaceutico attraverso l'allocazione delle nuove sedi in zone sguarnite, pur facendo permanere il divieto di

---

[40] "*Le disposizioni legislative vigenti prima dell'entrata in vigore D.L. n. 1 del 2012 assegnavano alle Regioni la competenza alla formazione e alla revisione della pianta organica delle farmacie, ai concorsi per l'assegnazione delle sedi stesse, alla vigilanza sulla efficienza del servizio di assistenza farmaceutica e all'adozione di provvedimenti di decadenza (...), devono ritenersi superate dal nuovo quadro normativo, sicchè lo strumento pianificatorio (in passato denominato pianta organica) non è più configurato come atto complesso che si perfezioni con il provvedimento di un ente sovracomunale (la Regione ovvero la Provincia, o altro, a seconda delle legislazioni regionali), bensì come un atto di esclusiva competenza del Comune (e per esso della Giunta, secondo ripetute decisioni di questa Sezione): e ciò tanto nella prima applicazione del D.L. n. 1 del 2012, quanto nelle future revisioni periodiche*" Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1658 del 02.05.2016. Di egual tenore Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3338 del 22.05.2019.

[41] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1858 del 03.04.2013; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 751 del 01.03.2013; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6237 del 19.09.2019.

Tale conclusione smentisce di fatto l'originaria posizione assunta dal Ministero della Salute — Ufficio Legislativo, che con una nota in data 21.3.2012, rispondendo ad alcuni quesiti formulati dalla Regione Toscana, si era pronunciato sull'interpretazione dell'art. 11 del D.L. n. 1/2012 affermando che predetta l'innovazione legislativa "*è, inequivocabilmente, diretta ad eliminare la « pianta organica » delle farmacie e le procedure alla stessa correlate*". L'interpretazione ministeriale afferma che il Comune deve identificare le zone nelle quali collocare le nuove farmacie attraverso un'attività svincolata "*dalla necessità di definire esattamente un territorio di astratta pertinenza di ciascun nuovo esercizio [...] dovendo soltanto assicurare « un'equa distribuzione sul territorio » degli esercizi e tener conto dell'esigenza di « garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate*".

Per completezza si richiama la giurisprudenza amministrativa che ha esattamente ribaltato la suddetta interpretazione ministeriale: "*sebbene a parere del Ministero non si debba più parlare di "pianta organica", tuttavia, è indubbio che la riforma non abbia superato il sistema di programmazione territoriale delle farmacie. Non a caso la novella lascia comunque in vigore molte delle norme precedentemente vigenti in materia di circoscrizioni farmaceutiche*" TAR Milano, Sez. III, n. 2313 del 13.09.2012. In senso conforme cfr. Cfr. TAR Catania, Sez. IV, n. 668 del 04.03.2013; TAR Bari, Sez. II, n. 626 del 22.04.2013; TAR Lazio, Sez. II, n. 6603 del 04.07.2013.

ISSN 2036-7821

sovrapposizione geografica e demografica delle nuove zone rispetto a quelle di pertinenza delle farmacie esistenti.

In sintesi, è stato tracciato un disegno legislativo volto ad "*assicurare un'equa distribuzione sul territorio*"[42], tanto è vero che la "*identificazione delle "zone" (strumento pianificatorio ben diverso dalle precedenti circoscrizioni territoriali riferite a ciascuna farmacia) postula una valutazione del Comune ampiamente discrezionale, riferita esclusivamente alla "equa" accessibilità di tutti gli abitanti (anche di aree scarsamente abitate) al servizio farmaceutico e quindi riferita esclusivamente alla tutela del diritto alla salute dei cittadini sancito dall'art. 32 della Costituzione mediante "un'equa distribuzione sul territorio" delle farmacie, farmacie che solo per tale superiore interesse pubblico possono essere sottratte alla normale dinamica concorrenziale sancita dal diritto nazionale ed euro unitario, che altrimenti imporrebbe l'integrale liberalizzazione del loro numero e della loro ubicazione*"[43].

E' necessario evidenziare, però, che l'approvazione di un atto pianificatorio strutturato in modo tale da garantire l'accessibilità degli utenti al servizio di distribuzione dei farmaci, non può giammai tradursi nella allocazione delle nuove sedi di farmacia in zone disabitate o del tutto sprovviste; né, tantomeno, come detto, può dar luogo ad una sovrapposizione con le zone di pertinenza delle farmacie già operanti[44]. Tali circostanze, infatti, non determinerebbero benefici di sorta dal punto di vista dell'accessibilità dell'utenza e, per altro verso, creerebbero irragionevoli sovrapposizioni tra i differenti bacini di utenza, a decremento del servizio svolto dalle sedi interessate.

Di converso, non sarebbe ammissibile l'eventuale pretesa da parte delle farmacie già operanti, acchè una nuova sede farmaceutica venga localizzata esclusivamente in una zona periferica del territorio al fine di evitare lo sviamento del bacino di utenza di quelle esistenti. Tale circostanza – al pari di quelle già illustrate - non avrebbe determinerebbe alcun beneficio alla migliore accessibilità da parte dell'utenza e, quindi, non avrebbe alcuna attinenza con l'obiettivo del legislatore di garantire una implementazione nella fruizione del servizio, di converso violerebbe l'equa distribuzione territoriale delle sedi delle farmacie, come previsto dal legislatore del 20212: "*assicurare un'equa distribuzione sul territorio*", mentre solo in via aggiuntiva si deve tenere "*altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate*"[45].

Alla luce di quanto esposto, l'interesse commerciale dei farmacisti già insediati può essere preso in considerazione dalla P.A. in un'ottica di ragionevolezza ed equilibrio, attuando un bilanciamento tra i diversi interessi, ma ben sapendo che è sempre

[42] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4629 del 04.10.2017.
[43] TAR Napoli, Sez. III, n. 2168 del 03.04.2024.
[44] Sul punto cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5617 del 07.08.2019.
[45] cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4231 del 11.07.2018; TAR Perugia, Sez. I, n. 409 del 29.07.2019.

ISSN 2036-7821

destinato ad essere recessivo nel caso in cui sia incompatibile con il prevalente perseguimento dell'interesse pubblico[46].

D'altro canto, sin dall'inizio del secolo scorso il legislatore ha posto dei limiti all'apertura delle farmacie, ma ciò è sempre avvenuto nell'ottica di "*assicurare ad ogni officina farmaceutica una clientela ed un certo lucro, nell'opinione che soltanto con tali garanzie i farmacisti potessero tenere la loro bottega fornita di medicamenti buoni e sufficienti ed attendere alla pratica della professione colla pratica e prudenza necessaria in materia così delicata. Il pensiero che mosse quegli antichi legislatori fu dunque [...] non tanto di favorire individualmente la classe di farmacisti, quanto principalmente di provvedere all'interesse di tutta la società; insomma i limiti all'esercizio della farmacia si fondarono sovra un concetto di difesa della sanità pubblica, essendo noti i pericoli che derivano da mancanza o da distribuzione poco ponderata di medicine*"[47].

In sintesi la pianificazione non può tradursi in una sostanziale penalizzazione delle nuove sedi delle farmacie, prevedendone l'ubicazione necessariamente in zone territorialmente periferiche, ma può sancire tale localizzazione in virtù di una scelta discrezionale della P.A. supportata dalla volontà di garantire un miglior accesso da parte della popolazione presente sin quella porzione di territorio comunale alla luce anche della conformazione ologrifica e della viabilità esistente.

Se così non fosse, l'applicazione in concreto della programmazione delle nuove sedi delle farmacie si tradurrebbe in una illegittima rendita di posizione per quelle sedi già esistenti, così contravvenendo alla finalità della disposizione legislativa "*di garantire l'efficacia del servizio farmaceutico nei confronti della popolazione e tale valutazione non può che essere riservata al potere discrezionale della competente autorità*"[48]. Sul punto si richiama, altresì, l'inequivoca giurisprudenza del Consiglio di Stato: "*Lo scopo della previsione normativa, di cui all'art. 1, d.l. n. 1 del 2012, non è quello del massimo decentramento delle sedi farmaceutiche, a rischio di istituire nuove sedi che non abbiano una zona di competenza tale da garantirne la sopravvivenza, ma di aumentare l'accessibilità all'assistenza farmaceutica in favore del maggior numero di abitanti possibile. La finalità-esigenza di poter servire adeguatamente aree isolate e/o scarsamente abitate va, quindi, necessariamente coniugata con quella di garantire la maggiore accessibilità al servizio farmaceutico da parte della maggioranza degli abitanti del Comune, in un'ottica complessiva che considera l'intero territorio comunale, rispetto al quale, in concreto, va compiuta la valutazione sul grado di accessibilità all'assistenza farmaceutica*"[49].

---

[46] cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4629 del 04.10.2017.

[47] F. CAMMEO, C. VITTA, *Sanità Pubblica*, in *Trattato di Diritto Amministrativo Italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. IV, Società Editrice Libraria, Milano, 1904, p. 764.

[48] TAR Brescia, Sez. I, n. 371 del 24.04.2023.

[49] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4231 del 11.07.2018. Ancora sul punto cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 475 del 24.01.2018 e n. 5446 del 22.11.2017.

ISSN 2036-7821

In tale chiave interpretativa si spiega anche la competenza pianificatoria che il legislatore ha voluto attribuire ai Comuni, in quanto Enti che hanno piena conoscenza della realtà territoriale e della sua evoluzione e che possono esercitare meglio la discrezionalità propria dell'atto pianificatorio.
All'interno di questo contesto assume rilevanza peculiare proprio la valutazione che la P.A. deve svolgere anche con riferimento alla concreta attuazione del criterio demografico, in ragione della sussistenza di peculiari situazioni urbanistico-territoriali da applicare in rapporto alla diversa classificazione delle farmacie.
In particolare, il limite di 3.000 metri di distanza tra le sedi farmaceutiche non può trovare una applicazione rigida, ma deve essere valutata alla luce delle peculiari situazioni di fatto. Tale criterio distanziale deve essere temperato, infatti, ove sia necessario assicurare l'erogazione del servizio farmaceutico all'interno di porzioni del territorio comunale (ad esempio frazioni) con una popolazione inferiore ai 5.000 abitanti.
Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha recentemente statuito una interpretazione flessibile del criterio della distanza tra le sedi delle farmacie, soprattutto con riferimento alle farmacie rurali, per le quali si pone evidentemente un problema di soglie demografiche (visto lo spopolamento di molteplici zone del territorio): "*il parametro di una farmacia ogni 3.300 abitanti è stabilito dalla legge solo ai fini della determinazione del numero complessivo di farmacie spettanti al Comune e non anche per dimensionare con precisione le aree assegnate alle singole sedi farmaceutiche, posto che gli utenti sono sempre liberi di rivolgersi a qualsiasi farmacia, non essendo tenuti a servirsi di quella territorialmente competente secondo la loro residenza. Alla realizzazione dell'equa distribuzione concorrono plurimi fattori diversi dal numero di residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie, le quali sono frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, come tali inerenti l'area del merito amministrativo*"[50].
Alla luce di quanto esposto, il criterio che sovrintende all'allocazione delle sedi delle farmacie non può che essere quello della "*equa distribuzione territoriale*", atteso che l'intento del legislatore della L. n. 27/2012 è quello di aumentare l'accessibilità all'assistenza farmaceutica senza per questo necessariamente istituire nuove sedi in zone periferiche che non consentano la sopravvivenza economica degli operatori[51].
Tale impostazione pianificatoria, come già evidenziato, sembra far tornare in auge la "pianta organica", quale strumento di programmazione della dislocazione

[50] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 8431 del 20.09.2023. In tal senso altresì cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4701 del 09.05.2023; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6998 del 15.10.2019; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6756 del 28.11.2018.
[51] cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4374 del 08.06.2021 e n. 2239 del 15.03.2021.

ISSN 2036-7821

territoriale delle sedi delle farmacie[52]. Se la suesposta conclusione interpretativa dell'assetto normativo vigente appare l'attuazione più fedele del dettato legislativo, per altro verso v'è da precisare che la pianificazione territoriale delle sedi delle farmacie non si esaurisce nella individua puntuale della ubicazione delle stesse, ma è da intendersi come la previsione di una porzione del territorio, più o meno ampia, idonea a soddisfare le esigenze della popolazione residente secondo i parametri dell'equa distribuzione e dell'accessibilità la servizio. D'altro canto: "*Lo scopo della perimetrazione della zona di una sede farmaceutica è quello di delimitare la libertà di scelta del farmacista, nel senso che questi è […] libero di scegliere l'ubicazione del proprio esercizio, purchè rimanga all'interno di quel perimetro […] salva la distanza minima obbligatoria di duecento metri*" [53].

5. Conclusioni.

Il servizio farmaceutico riveste un ruolo cardine per inverare il diritto costituzionale alla tutela della salute. L'introduzione di limiti quantitativi e localizzativi alla ubicazione delle sedi delle farmacie è ricollegata all'esigenza di assicurare un "*livello del servizio socialmente necessario*"[54], dal momento che tali limitazioni hanno lo specifico scopo di garantire la più ampia e razionale copertura di tutto il territorio nell'interesse della salute dei cittadini.

In questa chiave, la concreta attuazione delle innovazioni legislative succedutesi nel tempo, che si è avuto modo di analizzare, ha di fatto lasciato intatto (al netto delle modifiche nominalistiche e non solo, che si sono succedute) lo strumento principe di pianificazione, rappresentato dalla "pianta organica". Attraverso tale provvedimento di pianificatorio i poteri pubblici (Comuni) devono garantire la diffusione capillare del servizio su tutto il territorio e, nel contempo, un migliore accesso da parte alla popolazione, elidendo qualsivoglia ipotesi di sovrapposizioni tra le diverse sedi.

E' in questo cono visuale che assume una valenza preminente l'esercizio della discrezionalità amministrativa nella attuazione dei requisiti demografici e (soprattutto) territoriali, atteso che non si è dinanzi ad una attuazione "automatica" e rigida dei limiti e dei criteri legislativamente fissati, ma, come in più circostanze statuito tanto dalla giurisprudenza costituzionale, quanto (soprattutto) da quella amministrativa, si è di fronte alla valutazione in concreto degli aspetti geografici,

[52] La sopravvivenza della "pianta organica" quale strumento pianificatorio del servizio farmaceutico è stata ribadita anche dalla giurisprudenza amministrativa: "*non è pertinente la tesi della sentenza [si riferiva ad una pronuncia del TAR Basilicata quale Giudice di Prime Cure] secondo cui nella nuova disciplina conseguente al decreto legge n. 1/2012 non sarebbe più necessaria una puntuale delimitazione delle sedi farmaceutiche*", Consiglio di Stato, Sez. III, n. 22 del 07.01.2016.

[53] Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2239 del 15.03.2021.

[54] A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 296.

ISSN 2036-7821

olografici e di viabilità che possono meglio garantire gli obiettivi legislativamente determinati.

E' proprio lungo questo stretto sentiero che deve addentrarsi la P.A., utilizzando come unica bussola il miglioramento dell'accesso da parte dei cittadini (pazienti) all'approvvigionamento dei farmaci ed evitando ipotesi di irragionevole intangibilità dei bacini di utenza delle sedi esistenti ovvero elidendo altrettanto irrazionali (ed illegittime) sovrapposizioni tra aree territoriali nelle quali gravitano le sedi delle farmacie, senza alcun effettivo beneficio per il cittadino.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La tutela dei diritti del terzo nella discordia tra prevaricazione dell'interesse pubblico ed efficacia della trascrizione ipotecaria su beni immobili oggetto di acquisizione gratuita al patrimonio comunale

di Linda Giovanna Vacchiano

(Avvocato comunale di Nocera Inferiore)

Sommario

1. Premessa; 2. La questione sottoposta alla Corte di Cassazione; 3. Il contesto normativo di riferimento; 4. L'orientamento giurisprudenziale prevalente. La prevalenza del diritto alla tutela dell'interesse pubblico; 5. La questione sollevata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili: quid accidit al diritto del creditore pignorante?; 6. Conclusioni.

Abstract

With this contribution, we bring to the expert reader's attention the atavistic debate, which has affected doctrine and jurisprudence, between the protection of the public interest and the protection of the private interest, in an attempt to find - in the most disparate ways - the right and necessary balance.

In the case that we will address, we find ourselves faced with the protection of the public interest in the acquisition of an abusive property for the municipal heritage with a predominantly sanctioning purpose that clashes, in fact, with the interest of the private individual who claims a right of credit to be satisfied precisely on that property acquired for the municipal heritage.

Although in the granite orientation of jurisprudence the above-mentioned problem is resolved with a clear favor for the protection of the public interest, prevailing over everything, it is also true that the Court of Cassation in United Sections with the order in question has faced the same problem in another and more profound perspective: in the balancing of public and private interests that characterize our legal system, the interest of the private individual would be completely swept away from the legal world to make room only for the protection of the public interest underlying the acquisition of the assets. How, then, does this legal interpretation of the phenomenon just described relate to the European and international protection of the interests underlying the subjective legal position of the private creditor?

In this factual, jurisprudential and regulatory context, the interlocutory order in question has been inserted, which has raised the issue to the Constitutional Court in a reading and in a vision that is completely different, innovative and never before considered by law.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Con il presente contributo si sottopone all'attenzione del lettore esperto la diatriba atavica, che ha interessato dottrina e giurisprudenza, tra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela dell'interesse privato, nel tentativo di trovare - nei modi più disparati - il giusto e necessario equilibrio.

Nella fattispecie che si andrà ad affrontare si ci ritrova di fronte alla tutela dell'interesse pubblico all'acquisizione al patrimonio comunale di un immobile abusivo con finalità preminentemente sanzionatoria che cozza, di fatto, con l'interesse del privato il quale vanti un diritto di credito da soddisfare proprio su quel bene acquisito al patrimonio comunale.

Seppur nell'orientamento granitico della giurisprudenza la problematica sopra riportata si risolve con un secco favor per la tutela dell'interesse pubblico, prevalente su ogni cosa, è anche vero che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con l'ordinanza in commento si è posta di fronte al medesimo problema in un'altra e più profonda prospettiva: nel bilanciamento degli interessi pubblici e privati che connotano il nostro sistema giuridico, l'interesse del privato risulterebbe completamente spazzato via dal mondo giuridico per far spazio unicamente alla tutela dell'interesse pubblico sotteso all'acquisizione al patrimonio. Come si pone, allora, tale interpretazione giuridica del fenomeno appena descritto rispetto alla tutela eurounitaria ed internazionale degli interessi sottesi alla posizione giuridica soggettiva del privato creditore?

In tale contesto fattuale, giurisprudenziale e normativo, si è inserita l'ordinanza interlocutoria in commento che ha prospettato la questione alla Corte Costituzionale in una lettura ed in una visione del tutto differenti, innovative e mai prima considerate dal diritto.

2. La questione sottoposta alla Corte di Cassazione.

L'ordinanza interlocutoria n. 583/2024 dell'08.01.2024 emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili nel giudizio iscritto al RG n. 2909/2020 origina dalla mancata soddisfazione di un credito, sfociante in una procedura esecutiva immobiliare per il recupero dello stesso.

Nell'esaminare la fattispecie concreta, fonte ispiratrice della questione di diritto sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale, val la pena ricordare che la stessa trae spunto da un giudizio monitorio attivato nel lontano 1993 dinanzi al Tribunale di Palermo da una società, Sicilsud Leasing S.p.A., conclusosi con l'emissione di un decreto ingiuntivo nei confronti di G.S. e C.Z.M. per la somma complessiva di € 114.870,68[1], oltre accessori e spese. In forza di tale D.I. la società creditrice iscriveva ipoteca immobiliare sul fondo di proprietà dei debitori esteso per

[1] L'importo era calcolato in lire per un totale di £ 222.420.647,00.

ISSN 2036-7821

mq 1150. A seguito di tale iscrizione ipotecaria, la società creditrice ha ceduto il credito in favore della società Brera Servizi Aziendali S.r.l., attuale creditrice nei confronti degli originari debitori Sig.ri G.S. e C.Z.M.

Nelle more dell'esecuzione coattiva del titolo esecutivo a mezzo di trascrizione di ipoteca immobiliare da parte del creditore cessionario, nel 1994 il Comune di Agrigento adottava un provvedimento di acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'immobile ipotecato ed alla successiva trascrizione del titolo stesso (ovvero dell'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire), ai sensi e per gli effetti dell'art. 7 della L. n. 47/1985[2]. L'acquisizione riguardava, nello specifico, l'immobile abusivamente realizzato sul fondo di mq 1500, senza previa autorizzazione, in uno all'area di sedime e pertinenziale circostanti.

Nonostante la vicenda sopra descritta, la società Brera nel 2013 provvedeva all'attivazione di processo esecutivo, pignorando il terreno nei confronti dei debitori e l'immobile nei confronti del Comune di Agrigento che, nel frattempo, aveva

[2] Secondo il disposto normativo nel testo vigente al momento dell'adozione del provvedimento acquisitivo, poi confluito nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii., erano da considerarsi opere eseguite in totale difformità dalla concessione (e, dunque, abusive) "*quelle che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto della concessione stessa, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile*". Con riferimento a tali fattispecie, la norma prescriveva il procedimento amministrativo da attivare: "*Il sindaco, accertata l'esecuzione di opere in assenza di concessione, in totale difformità dalla medesima ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi del successivo articolo 8, ingiunge la demolizione. Se il responsabile dell'abuso non provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di novanta giorni dall'ingiunzione, il bene e l'area di sedime, nonchè quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive sono acquisiti di diritto al patrimonio del comune. L'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita. L'accertamento dell'inottemperanza alla ingiunzione a demolire, nel termine di cui al precedente comma, previa notifica all'interessato, costituisce titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari, che deve essere eseguita gratuitamente. L'opera acquisita deve essere demolita con ordinanza del sindaco a spese dei responsabili dell'abuso, salvo che con deliberazione consiliare non si dichiari l'esistenza di prevalenti interessi pubblici e sempre che l'opera non contrasti con rilevanti interessi urbanistici o ambientali. Per le opere abusivamente eseguite su terreni sottoposti, in base a leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo. Tali amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso. Nella ipotesi di concorso dei vincoli, l'acquisizione si verifica a favore del patrimonio del comune. Il segretario comunale regime e pubblica mensilmente, mediante affissione nell'albo comunale, l'elenco dei rapporti comunicati dagli uffici ed agenti di polizia giudiziaria riguardanti opere o lottizzazioni realizzate abusivamente e delle relative ordinanze di sospensione e lo trasmette all'autorità giudiziaria competente, al presidente della giunta regionale e, tramite la competente prefettura, al Ministro dei lavori pubblici. In caso d'inerzia, protrattasi per quindici giorni dalla data di constatazione della inosservanza delle disposizioni di cui al primo comma dell'articolo 4 ovvero protrattasi oltre il termine stabilito dal terzo comma del medesimo articolo 4, il presidente della giunta regionale nei successivi trenta gironi, adotta i provvedimenti eventualmente necessari dandone contestuale comunicazione alla competente autorità giudiziaria ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 17, lettera b), della legge 28 gennaio 1977, n. 10, come modificato dal successivo articolo 20 della presente legge, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita*".

ISSN 2036-7821

acquisito lo stesso in proprietà a seguito di inottemperanza all'ordine di demolizione dell'immobile abusivo.

Il giudice dell'esecuzione, con provvedimento del 2017, ha ritenuto di non poter procedere all'accoglimento dell'istanza di vendita formulata dalla Brera in considerazione del fatto che l'acquisizione al patrimonio comunale avvenuta nel 1994 da parte del Comune di Agrigento aveva avuto effetti estintivi *ab origine* dell'ipoteca iscritta sul fondo sul quale era stato edificato l'immobile abusivo con la conseguenza che, in assenza di titolo, il pignoramento sarebbe dovuto essere dichiarato improcedibile.

Avverso il provvedimento del giudice dell'esecuzione, in considerazione del venir meno di qualsivoglia tutela per il credito vantato, il creditore Brera promuoveva opposizione, rigettata con sentenza n. 943/2019. A fondamento della decisione il giudice dell'esecuzione deduceva: 1) il principio di diritto secondo cui l'acquisizione al patrimonio comunale costituirebbe un acquisto a titolo originario del bene, con cancellazione di tutti i diritti di garanzia gravanti sullo stesso, senza che possa rilevare l'eventuale anteriorità della trascrizione e/o iscrizione del titolo soppiantato dall'acquisizione stessa; 2) la circostanza che l'acquisizione riguardava sia l'immobile che i terreni pertinenziali e, dunque, tutta l'area di proprietà dei debitori; 3) la irrilevanza della conoscenza, da parte del creditore procedente, del provvedimento ablatorio adottato dal Comune di Agrigento tenuto conto dell'assoluta carenza di interesse e legittimazione attiva nell'eventuale impugnazione e/o contestazione del provvedimento stesso, ritenendosi - per consolidato orientamento - un terzo estraneo alla vicenda di che trattasi[3].

Avverso e per la riforma della sopra richiamata decisone la società Brera (creditrice cessionaria) proponeva ricorso per Cassazione, fondato sui seguenti motivi: **1)** violazione dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c., per aver omesso il Tribunale di Agrigento di tener conto della circostanza che esisteva una porzione di fondo pignorato non acquisto al patrimonio comunale, sul quale l'azione esecutiva sarebbe potuta proseguire; **2)** violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., per violazione e falsa applicazione degli artt. 810, 2740, 2813 e 2900 c.c., anche in relazione all'art. 40, comma VI, della L. n. 47/1985 e dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii.; **3)** violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. per aver il Tribunale di Agrigento erroneamente ritenuto che l'effetto ablatorio in favore del Comune si sarebbe comunque verificato anche in caso di sanabilità dell'abuso, anche da parte del terzo non autore dell'abuso stesso, pur non proprietario ma titolare di diritti sulla cosa[4].

[3] Nel caso di specie il Tribunale di Agrigento ha richiamato e fatto applicazione del principio secondo cui "*a fronte di un superiore interesse pubblico alla repressione dei più gravi abusi in materia edilizia, si verifica la ceduazione dell'ipoteca antecedentemente iscritta quale effetto della natura originaria del titolo di acquisto*".

[4] Secondo il ricorrente, sul punto, "*anche l'assunto contenuto nella sentenza impugnata relativo al perimento giuridico del bene, quale conseguenza della sua demolizione, e la sua irreversibile trasformazione in res extra commercium, quale*

ISSN 2036-7821

Dal combinato disposto degli artt. 2813 c.c. e 40 della L. n. 47/1985 sarebbe derivato, infatti, un diritto del creditore ipotecario di demolire il manufatto abusivo o sanarlo (fintanto che perdurava il termine per proporre domanda di sanatoria), non potendosi ritenere configurato nella specie alcun perimento giuridico del bene e la decadenza della garanzia reale (che, conseguentemente, non si sarebbe estinta), a tutela dei diritti del creditore procedente; **4)** la violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. per violazione e falsa applicazione degli artt. 117 Cost. E 7 CEDU e degli artt. 1 e 6 del Protocollo Addizionale. E tanto in considerazione del fatto che, se così fosse (ovvero se l'acquisizione al patrimonio comunale avesse determinato un acquisto a titolo originario del bene con caducazione automatica degli effetti della procedura esecutiva attivata), il creditore ipotecario sarebbe stat privato, incolpevolmente, della garanzia reale di cui era titolare per il credito vantato[5].

Alla luce dei motivi sopra esposti, la società Brera concludeva il proprio ricorso richiamando l'attenzione sul dovere del giudice procedente di interpretare, in conformità alla normativa CEDU, la normativa interna e, per l'effetto, alternativamente, di a) ritenere nulli i procedimenti ablatori cui il creditore ipotecario non era stato messo nelle condizioni di partecipare (ritenendolo, a tal fine, soggetto interessato e, dunque, parte del procedimento amministrativo nella esclusiva titolarità e discrezionalità tecnica dell'Ente pubblico espropriante); b) consentire al creditore procedente di proseguire nell'azione esecutiva nei confronti del Comune titolare del bene (tuttavia, non tenendo conto della circostanza che l'acquisizione avviene di diritto ed è relativa ad un bene inesistente nel mondo giuridico in quanto abusivo, in virtù della teoria del c.d. perimento giuridico del bene!), ovvero c) sollevare questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 7 della L. n. 47/1985 (ratione temporis applicabile al caso di specie) ed all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii.

La Terza Sezione Civile, analizzato preliminarmente il quarto motivo di ricorso, ha ritenuto di dover sottoporre questione di legittimità costituzionale.

La Sezione remittente della Corte di Cassazione partiva dalla c.d. confisca urbanistica (oggi regolamentata all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii.) che, secondo l'orientamento costante in dottrina ed in giurisprudenza, costituirebbe fonte di acquisto a titolo originario del bene confiscato, con la conseguenza che una eventuale ipoteca accesa sullo stesso si sarebbe dovuta estinguere in quanto la cosa oggetto di

---

conseguenza dell'acquisizione al patrimonio comunale, andrebbe limitato all'ipotesi di manufatto abusivo non più sanabile e con un abuso non più eliminabile. Allorchè, invece, sia possibile sanare l'abuso o rimuoverlo, il bene non dovrebbe essere considerato assolutamente extra commercium, ma solo relativamente extra commercium, nel senso che l'autore dell'abuso o il suo beneficiario non potrà avvalersene. Tanto non dovrebbe valere, però, per il terzo incolpevole che possa porvi rimedio".

[5] La difesa di parte ricorrente richiama sul punto le guarentigie della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le tutele del diritto di proprietà; garanzie, queste, che non possono essere espropriate senza tutele e senza contropartita.

ISSN 2036-7821

acquisto a titolo gratuito al patrimonio del Comune sarebbe stata da ritenersi come *res extra commercium* e giuridicamente perita[6]. Principio, questo, consolidato nella dottrina e nella giurisprudenza[7] e che, però, a parere della Sezione remittente sarebbe da ritenersi non più attuale, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU e degli effetti paradossali che si produrrebbero nella sfera giuridica del terzo creditore.

La giurisprudenza richiamata della Corte EDU interessa, nello specifico, la nozione giuridica di diritto di proprietà, riassumibile nei seguenti 4 principi: 1) oggetti di tutela, quali beni ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU, non sono solo i diritti di proprietà ma anche i diritti patrimoniali in relazione ai quali si può vantare una legittima aspettativa; 2) la confisca urbanistica, in tali casi, è una sanzione assimilabile a quella penale, con la conseguenza che la stessa deve garantire idonee tutele sia per l'espropriato che per il terzo; 3) la confisca urbanistica non può colpire soggetti che non erano parte del procedimento che la infligge, nè potevano esserlo; 4) la confisca, infine, deve essere una misura applicata in quanto proporzionata allo scopo.

In applicazione dei principi enunciati dalla giurisprudenza locale, invece, il creditore (individuato quale soggetto terzo nella dissertazione della Corte EDU) perde il proprio diritto, pur tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla CEDU, senza alcuna partecipazione psicologica all'abuso edilizio e senza aver potuto partecipare al procedimento amministrativo conclusosi con l'adozione del provvedimento di confisca, nè impugnarlo (in quanto non titolare nei confronti di tale provvedimento di un interesse diretto, concreto ed attuale), con la conseguenza di "subire" la lesione (della cui proporzionalità la Corte di Cassazione ha dubitato) del proprio diritto di credito in favore della prevalenza del diritto al ripristino dell'ordine e della legittimità. In tale prospettiva, il creditore non solo perderebbe la garanzia sul bene principale (oggetto di confisca), ma anche sul fondo in dispregio al disposto di cui all'art. 2811 c.c. In concreto, dunque, la Corte di Cassazione arriva a sottolineare l'effetto paradossale cui si perverrebbe nei casi come quelli prospettati nella fattispecie concreta[8]. Secondo i giudici di Palazzo Spada il sacrificio del creditore non sarebbe nemmeno giustificato da un presunto e potenziale giovamento all'interesse pubblico, in quanto nulla a che fare con l'obiettivo della Pubblica Amministrazione che ha interesse unicamente a demolire gli immobili abusivi e ripristinare lo status legittimo delle cose. Il creditore ipotecario, nel gioco delle parti (ovvero, la PA da un

[6] In sostanza, l'acquisizione al patrimonio del Comune, al pari di un ferimento materiale del bene, determina l'estinzione automatica dell'ipoteca.

[7] Si fa, in particolare, riferimento alla pronuncia della Corte di Cassazione n. 1693/2006.

[8] Secondo la prospettazione della Corte di Cassazione: "*il creditore ipotecario 1) non può opporsi alla costruzione dell'immobile abusivo, rimedio che sarebbe comunque inservibile nel caso specifico, avendo il creditore avuto notizia dell'abuso solo dopo l'acquisizione del bene da parte del Comune; 2) non può opporsi all'ordine di demolizione, perchè terzo estraneo al provvedimento; 3) perde una garanzia concessa su un bene diverso da quello imperativamente trasferito nel patrimonio del Comune*".

ISSN 2036-7821

lato ed il soggetto che ha realizzato l'abuso dall'altro) rimane pur sempre un terzo estraneo.
Per tali ragioni, la Sezione Terza in merito a tale questione prospettava alle Sezioni Unite due soluzioni interpretative: 1) quella di consentire al creditore ipotecario di coltivare l'esecuzione forzata, al fine di pervenire ad una nuova vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'onere di demolizione da parte dell'acquirente o della presentazione di idonea domanda di sanatoria. In tal modo, l'acquirente avrebbe recuperato la proprietà integra del fondo su cui l'abuso era stato realizzato. Tuttavia, non è nella disponibilità del titolare dell'abuso, nè del creditore, decidere di demolire (ritenendo il fondo). E' nella sola esclusiva volontà della P.A. decidere, in virtù della valutazione di sussistenza dei preminenti interessi pubblici, se sussistono gli estremi per l'acquisizione al patrimonio comunale ovvero è necessario provvedere alla demolizione dell'abuso in danno al titolare dello stesso[9]; 2) quella di sollevare questione di legittimità costituzionale della normativa in esame in contrasto con gli artt. 6 e 7 CEDU e con l'art. 1 del Protocollo addizionale, per contrarietà alla normativa della Convenzione.

3. Il contesto normativo di riferimento.

Il quando normativo di riferimento in merito alla fattispecie concreta sottoposta all'attenzione delle Sezioni Unite vede interessato un caleidoscopio di principi normativi, nazionali ed internazionali, che si intrecciano tra di loro in un contesto legislativo che si è evoluto nel tempo.
Il complesso normativo che interessa i beni, in generale, e la proprietà, in particolare, è rinvenibile nel c.c. che all'art. 832 c.c. dispone che il proprietario ha il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico ed, in via prioritaria, dalla Costituzione che agli artt. 42 e ss. individua i casi di limitazione del diritto di proprietà in favore del preminente interesse pubblico (c.d. funzione pubblica della proprietà).
Con specifico riferimento alla fattispecie posta all'attenzione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, il riferimento normativo è rinvenibile nell'art. 934 c.c. che, relativamente ai modi di acquisto del diritto di proprietà, statuisce che qualunque piantagione, costruzione od opera esistente sopra o sotto il suolo

[9] La soluzione prospettata dalla Terza Sezione, peraltro non tiene conto della necessità di regolamentare sempre un rapporto trilatere, ovvero quello tra la PA che accerta l'abuso, il soggetto che realizza l'abuso soggetto alle sanzioni di cui alla legge ed il terzo acquirente che, accollandosi il costo di una demolizione, si ritroverebbe ad aver posto in essere una operazione antieconomica tenuto conto del fatto che resta titolare unicamente del fondo senza l'immobile. In capo all'acquirente, in tal caso, si dovrebbe riconoscere un diritto di rivalsa nei confronti della PA con riferimento al costo di demolizione, con tutte le conseguenze che da tale titolarità ne derivino e tenendo ben presenti i principi di economicità, efficacia ed efficienza cui è sottoposta la PA ai sensi dell'art. 97 Cost.

ISSN 2036-7821

appartiene al proprietario di questo (c.d. accessione), salvo quanto disposto agli artt. 935, 936, 937 e 938 e salvo che risulti diversamente dal titolo o dalla legge (c.d. accessione invertita). Disciplina, questa, collegata biunivocamente con l'accensione di ipoteca, quale diritto reale di garanzia che si estende ai miglioramenti, nonchè alle costruzioni ed alle altre accessioni dell'immobile ipotecato, salvo le eccezioni previste per legge, in virtù del principio di accessione (e non di accessione invertita, come accade nel caso di acquisizione gratuita al patrimonio comunale[10]).

Analizzando la normativa attuale relativa all'acquisizione gratuita al patrimonio comunale degli immobili abusivi e cercando di comprenderne la ratio intrinseca, tenuto conto della "contrarietà" alla disciplina ordinaria sopra richiamata, val la pena porre l'attenzione sulla circostanza che la stessa prende le mosse dalla L. n. 10/1977, ovvero la Legge Bucalossi, che ha introdotto nel contesto normativo nazionale importanti novità in materia urbanistico - edilizia ed, in via preminente, positivizzato il principio dello scorporo dello *ius aedificandi* dal diritto di proprietà, pur riconosciuti in capo al medesimo soggetto titolare.

Nel solco di tali innovazioni, la legge prevedeva all'art. 15 che le opere eseguite in totale difformità od in assenza della concessione dovessero essere demolite, a cura e spese del proprietario (e tale prospettazione cozzerebbe, peraltro, con la prima soluzione prospettata dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione, v. infra), entro il termine fissato dal Sindaco con ordinanza; in mancanza di demolizione tali opere si intendevano acquisite gratuitamente, unitamente all'area di sedime, al patrimonio indisponibile del Comune per finalità pubbliche, ivi compresa quella di edilizia residenziale pubblica. Ove l'opera non poteva avere finalità pubblicistiche, la stessa andava demolita a spese del costruttore.

L'art. 15 è confluito, poi, nell'art. 7 della L. n. 47/1985 che, in parziale modifica della normativa sopra richiamata, prevedeva che il Sindaco, accertata la difformità dell'opera rispetto alla concessione (ovvero in assenza della stessa), doveva ingiungerne la demolizione con l'espressa previsione che, in caso di mancata ottemperanza all'ordine da parte del responsabile dell'abuso, il bene e l'area di sedime sarebbero stati acquisiti di diritto gratuitamente al patrimonio comunale (senza, tuttavia, individuarne più la categorizzazione dello stesso. Non si parla più di patrimonio indisponibile!). E' stato, tuttavia, introdotto il limite del quantum da acquisire: l'acquisizione poteva avvenire purché non fosse superiore a 10 volte la

[10] Si veda, in proposito, quanto previsto all'art. 7 della L. n. 47/1875, confluito nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii. Si cita, sul punto, anche Corte Cost. n. 345/1991 che, in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 7 cit. ha statuito la legittimità dello stesso in quanto l'acquisizione al patrimonio "*costituisce una sanzione autonoma che consegue all'inottemperanza all'ingiunzione, abilitando poi il sindaco ad una scelta tra demolizione d'ufficio e la conservazione del bene, definitivamente già acquisito, in presenza di "prevalenti interessi pubblici""*. In sostanza, l'acquisizione al patrimonio è conseguenza automaticamente diretta dell'inottemperanza all'ingiunzione di demolizione e determina il nascere in capo alla PA del potere di decidere se demolire d'ufficio ovvero ritenere il bene acquistato gratuitamente in proprietà (correttamente, a titolo originario).

ISSN 2036-7821

complessiva superficie utile abusivamente costruita. Disposizione, questa, che poi è stata testualmente riprodotta nell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 attualmente in vigore.

4. L'orientamento giurisprudenziale prevalente. La prevalenza del diritto alla tutela dell'interesse pubblico.

Delineato il quadro normativo di riferimento che, colmo di lacune, non è chiaro nel delineare i confini di operatività del potere pubblico a discapito dei diritti dei privati, oltre che non fissare la natura giuridica del bene acquisito (se da inserire nel patrimonio disponibile ovvero indisponibile dell'Ente), nemmeno la giurisprudenza è stata in grado di individuare i limiti e gli elementi costituitivi della fattispecie sottoposta alla sua attenzione.

La giurisprudenza fino all'ordinanza interlocutoria, anzi, era fin troppo costante nel proprio orientamento. Partendo dalla sentenza n. 1693 del 26.01.2006 della III Sez. Civ. della Corte di Cassazione, si è consolidato il principio secondo cui l'espressione "acquisizione di diritto" starebbe a significare che con l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale si configura una fattispecie avente natura di acquisto a titolo originario del bene, non potendosi nella specie configurare alcuna ipotesi di trasferimento dal precedente titolare del bene. Fattispecie, questa, assimilata al perimento del bene ex art. 2878 c.c., stante la demolizione dell'immobile (che, solo in via del tutto eccezionale viene "salvato"), la quale determina, di conseguenza, l'estinzione di qualsivoglia peso e/o diritto di garanzia sulla cosa, a prescindere dalla priorità di trascrizione[11].

Si richiama, tra tutte le pronunce nel solco dell'orientamento sopra richiamato, l'ordinanza n. 23453 del 06.10.2017 della Cassazione civile, sez. VI, nella quale sono espressi alcuni principi posti dall'ordinanza interlocutoria a fondamento della questione di costituzionalità.

Con la sopra citata ordinanza del 2017 la Corte di Cassazione stabilisce, con rifermento alla vecchia disciplina normativa in materia (art. 7 della L. n. 47/1985), la duplice natura dell'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio comunale: a) sanzionatoria dei comportamenti illeciti posti in essere dell'autore dell'illecito; b) di prevenzione degli effetti perduranti e dannosi dell'abuso. Finalità, queste, realizzate - ex lege - in virtù del riconoscimento di un effetto acquisitivo automatico a titolo originario del bene interessato dall'abuso, libero da ogni peso e/o vincolo. Per tale motivo, la giurisprudenza assimila l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale al perimento c.d. giuridico del bene[12], in quanto trattasi comunque di un immobile

[11] V., anche Cass., 12.06.1999 n. 322.

[12] V., sul punto, anche Cass. Civ., sez. VI, 06.10.2017 n. 23453; Cons. Stato, sez. III, 26.01.2006 n. 1693.

ISSN 2036-7821

destinato alla demolizione e - dunque - considerato inesistente sin dalla sua acquisizione[13].

Medesima questione di diritto è stata affrontata, oltre dal giudice nomofilattico, anche dall'organo supremo della giustizia amministrativa in una serie di pronunce che, in parte, ricalcano l'excursus argomentativo dell'orientamento giurisprudenziale in ambito civilistico, addivenendo in alcuni casi a risultati differenti.

Si prenda, ad esempio, la pronuncia del Consiglio di Stato n. 179 del 07.01.2021 nella quale i giudici addivengono ad affermare che l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale non costituisce una misura strumentale per consentire al Comune la demolizione nè tantomeno è da considerarsi quale sanzione accessoria della stessa. Piuttosto, l'acquisizione al patrimonio comunale costituisce un'autonoma sanzione, imposta con riferimento alle condotte illecite della costruzione di un'opera abusiva e dell'omesso adempimento dell'obbligo di demolizione della stessa[14].

Affinché gli effetti del provvedimento acquisitivo mostrino i loro frutti, secondo i giudici di Palazzo Spada, l'iter procedimentale deve essere scandito in modo preciso da differenti fasi: 1) il provvedimento di demolizione, nel quale va assegnato un termine di 90 giorni per l'adempimento; 2) l'accertamento dell'inottemperanza alla demolizione (con l'adozione di un verbale di accertamento della mancata demolizione); 3) l'atto di acquisizione al patrimonio comunale, che costituisce il titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione dell'acquisto a titolo originario.

Del pari interessante nella risoluzione dell'assetto interpretativo ed applicativo della norma di settore è la sentenza n. 398 del 16.01.2019 della sez. IV del Consiglio di Stato, in merito alla corretta individuazione della natura giuridica del provvedimento di acquisizione al patrimonio, nella quale testualmente si legge: "*La giurisprudenza sul punto è concorde nel ritenere che l'ingiustificata inottemperanza all'ordine di demolizione comporti l'automatica acquisizione gratuita dell'immobile al patrimonio* ***disponibile*** *del Comune, ai sensi all'art. 31, comma 3, del TU Edilizia* [che nulla dispone in merito alla *ratio* sottesa all'acquisizione al patrimonio dell'Ente, nonchè nulla può decidere unilateralmente con riferimento all'acquisizione al patrimonio

[13] Per la costante giurisprudenza il c.d. ferimento giuridico del bene trasforma lo stesso in res extra commercium sotto il profilo dei diritti del debitore e dei terzi che vantino diritti reali limitati sul bene. V, sul punto, anche Cass. civ., sez. III, 26.01.2006 n. 1693 secondo cui "*l'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 31 del TU edilizia avviene, per giurisprudenza consolidata, a titolo organo con cancellazione di tutto i diritti reali minori e di garanzia eventualmente gravanti il bene. L'ordinanza di acquisizione gratuita al patrimonio indisponibile del Comune dell'immobile costruito in totale difformità o assenza della concessione si connota, infatti, per la duplice funzione di sanzionare comportamenti illeciti e di prevenire perduranti effetti dannosi di essi e dunque da luogo ad acquisto a titolo originario, con la conseguenza che l'ipoteca e gli altri eventuali pesi e vincoli preesistenti vengono caducati unitamente al precedente diritto dominicale, senza che rilevi l'eventuale anteriorità della relativa trascrizione o iscrizione*". V. anche Cons. Stato, 16.01.2019 n. 398; Cons. Stato, 09.06.2020 n. 3697.

[14] V., in merito, anche Cons. Stato, 07.03.1997 n. 220; Cons. Stato, 01.03.2018 n. 1263; Cons. Stato, sez. V, 17.06.2014 n. 3097; Cass., S.U., ord. 09.10.2017 n. 23583; Cass., S.U., ord. 06.10.2017 n. 23453; Cass., S.U., ord. 11.11.2021 n. 33570.

ISSN 2036-7821

disponibile ovvero indisponibile]. *In base al comma 4 della stessa disposizione, l'accertamento di tale inottemperanza è necessario unicamente per provvedere all'iscrizione nei registri immobiliari ed all'immissione in possesso, per cui il relativo atto ricognitivo è normalmente configurato come un atto avente natura meramente dichiarativa, finalizzato al limitato scopo di esternare e formalizzare l'acquisto a titolo originario della proprietà in capo all'amministrazione, che si è già prodotto per il mero de orso del tempo una volta che sia venuto a scadenza il termine previsto dalla legge e indicato nel provvedimento di demolizione*" (v., anche Cons. Stato, sez. IV, 14.04.2015 n. 1884). Del resto, non potrebbe essere altrimenti se solo si consideri che intanto l'Ente può demolire - eliminando di fatto l'illecito - in quanto sia proprietario del bene oggetto di demolizione. Si riconduce, così, (a dispetto di quanto, invece, affermato dalla precedente giurisprudenza) al decorso del termine per demolire (90 giorni) l'effetto di acquisizione automatica al patrimonio comunale[15].

Nel percorso giurisprudenziale sopra evidenziato si incontra anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato dell'11.10.2023 n. 16 che, tenuto conto di quanto affermato in merito dalla giurisprudenza ordinaria sopra richiamata, tenta di ergere delle mura di contenimento rispetto alla materia oggetto del contendere, enunciando i seguenti principi di diritto: a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente illecito costituito dalla costruzione di opere abusive, avente rilevanza anche penale. In sostanza, a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, si determina una situazione di "doppio illecito"; b) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione impone l'emanazione di un atto di acquisizione al patrimonio comunale; c) l'atto di acquisizione al patrimonio comunale ha natura dichiarativa e comporta l'acquisto *ipso iure* del bene identificato nell'ordinanza di demolizione con il solo decorso del termine per ottemperare. Se, in aggiunta al manufatto abusivo, venga individuata l'ulteriore area da acquisire in virtù della regola del decuplo, per tale parte l'ordinanza ha natura sia costituiva che dichiarativa, determinando tale situazione il costituirsi di una fattispecie a formazione progressiva; d) con l'inottemperanza all'ordine di demolizione si determina una novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile (o dell'avente causa) di ripristinare lo *status quo ante*, in quanto, una volta disposto in via automatica il trasferimento di proprietà in capo al Comune, lo stesso non può demolire più il manufatto e deve rimborsare all'Amministrazione procedente le spese sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che sia la P.A. a consentire al privato di porre in essere la

[15] Secondo tale pronuncia le opere interessate dall'acquisizione non dovrebbero essere soltanto quelle caratterizzata dall'abuso e fermo restando il limite del decuplo dell'abuso, ma anche atto ciò che , oltre all'area di sedie, è necessario per rendere eseguibile l'ordine di demolizione e, dunque, la completa *restitutio in integrum* dello stato dei luoghi.

ISSN 2036-7821

demolizione anche in seguito[16] e ferma restando l'eventuale ed eccezionale ipotesi di acquisizione al patrimonio per ritenzione dello stesso in quanto da destinare a finalità pubblicistiche.

L'ordinamento incentiva l'autore dell'illecito[17] a rimuovere le conseguenze materiali dell'illecito in cambio dl mantenimento del suo diritto reale in virtù della tempestiva (od anche tardiva, a seguito della dispositiva volontà della P.A. procedente)

[16] La questione sottoposta all'Adunanza Plenaria deriva dalla rimessione da parte della VI sezione del Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 3974 del 19.04.2023, aveva sottoposto all'attenzione del supremo consesso di giustizia amministrativa le seguenti questioni di diritto: "*se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 32, comma 3, del d.P.R. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione; 2) se l'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. 380 del 2001 sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, id est, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione; 3) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti; 4) se la sanzione di cui all'art. 31 comma 4-bis del d.P.R. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della l. n. 164 del 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del comune costituisce un effetto del tutto automatico*".

La stessa traeva origine dall'impugnazione di un provvedimento emesso dal Comune di Massa Lubrense ed avente ad oggetto l'accertamento dell'inottemperanza ad un'ordinanza di demolizione, con conseguente acquisizione al patrimonio comunale delle opere abusive e contestuale erogazione della sanzione pecuniaria ex art. 31, comma 4, bis del D.P.R. n. 380/2001.

Con la sentenza di primo grado il TAR respingeva il ricorso per le seguenti motivazioni. Relativamente al primo motivo di ricorso, il TAR rilevava che l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione deve essere considerata alla stregua di un illecito permanente, in quanto lo scadere del termine di novanta giorni non comporta, per il destinatario dell'ordine, il venir meno dell'obbligo di rimuovere le opere. Essendo la rimozione possibile anche successivamente a tale scadenza, la condotta omissiva del privato passibile di sanzione si protrae fino alla rimozione della situazione di illiceità, con conseguente applicabilità di tutte le norme entrate in vigore nel periodo di permanenza della condotta illecita. Nel caso di specie, pertanto, non si sarebbe configurata una ipotesi di applicazione retroattiva dell'art 31, comma 4 bis, posto che la condotta da sanzionare avrebbe continuato a perpetuarsi anche dopo l'entrata in vigore della disposizione che ha introdotto la sanzione pecuniaria. Con rifermento al secondo motivo di ricorso, il TAR affermava che la sanzione demolitoria ha natura oggettiva e reale e che pertanto il proprietario ne subisce gli effetti a prescindere dall'accertamento di eventuali profili di responsabilità in capo ad altri soggetti terzi.

Avverso tale pronuncia veniva proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato, eccependo che l'abuso costituisce un illecito istantaneo e non permanente, in considerazione del fatto che è ormai principio pacifico quello secondo cui, allo scadere del termine di novanta giorni per ottemperare, il bene passa automaticamente nella proprietà dell'Ente comunale, con la conseguenza che il privato responsabile non può più adempiere all'ordine di demolizione. Conseguentemente, sarebbe stata da ritenersi illegittima anche la sanzione comminata dall'Ente, tenuto conto dell'erronea interpretazione sopra richiamata della normativa di settore. Con riferimento a tali questioni, la sesta sezione del Consiglio di Stato ha emesso ordinanza di rimessione ex art. 99 c.p.a. all'Adunanza Plenaria, essendosi registrato un contrasto circa la natura dell'illecito sanzionato, destinato a riflettersi anche sulla questione temporale dell'applicazione della normativa di cui alla sanzione amministrativa.

[17] Tale principio vale anche per il titolare del diritto di proprietà sul bene, nonostante non sia l'autore materiale dell'illecito. Sul punto si precisa che, essendo la sanzione dell'ordine di demolizione una sanzione di natura reale, la stessa prescinde dalla responsabilità del proprietario e/o dell'occupante l'immobile, dovendo essa essere emanata anche nei confronti di chi non abbia materialmente commesso la violazione, ma si trovi nel possesso dell'immobile al momento dell'emanazione dell'ordinanza di demolizione. E tanto al fine di consentire la restaurazione dell'ordine giuridico violato, nell'ottica della novazione soggettiva cumulativa dell'obbligo propter rem di demolire il bene che si affianca alla novazione oggettiva in caso di violazione dell'ordine di demolizione.

ISSN 2036-7821

esecuzione dell'ordinanza di demolizione. In caso di mancato adempimento all'ordine di esecuzione, dunque, l'Amministrazione procedente accerta che è stato acquisito *ex lege* al patrimonio comunale il bene oggetto dell'ordinanza stessa e procede alla trascrizione di tale trasferimento di proprietà al fine di rendere pubblico nei rapporti con i terzi tale evento. Conseguenza, questa, che costituisce, in uno all'ordinanza di demolizione, una sanzione in reazione al duplice illecito di aver eseguito un'opera abusiva e di aver disatteso all'obbligo di demolizione della stessa[18].

Effetto diretto ed immediato dell'acquisizione al patrimonio dell'immobile abusivo da parte dell'Ente comunale è la caducazione, unitamente al precedente diritto dominicale, di eventuali ipoteche, pesi e vincoli, indipendentemente dall'anteriorità della trascrizione degli stessi. E' dall'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione - che costituisce titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione del diritto di proprietà[19] - che si determina il venir meno di qualsivoglia diritto vantato da terzi sul bene acquisito in virtù della sopra citata novazione oggettiva dell'obbligo di demolire in capo all'autore dell'illecito, che si trasforma nell'obbligo di restituire all'Amministrazione procedente tutte le spese sostenute per la demolizione del bene abusivo[20]. Quanto sopra troverebbe, peraltro, giustificazione nella lettura dell'illecito quale illecito con effetti permanenti, lesivo dei valori portati dagli artt. 9, 41, 42 e 117 Cost. nel corso del tempo e sino al ripristino della legittimità violata che, peraltro, subisce a seguito del decorso del termine per demolire anche un mutamento dal lato soggettivo, oltre che (eventualmente ed eccezionalmente) oggettivo.

5. La questione sollevata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite Civili: quid accidit al diritto del creditore pignorante?

[18] La ordinanza di demolizione ha natura riparatoria; l'acquisizione al patrimonio ha natura afflittiva.

[19] Secondo diversa lettura, l'acquisto del bene in proprietà da parte dell'Amministrazione avviene ope legis, avendo l'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione unicamente natura dichiarativa. V. sul punto, Cons. giust. Ammin. sic., sez. giur., 15.09.2023 n. 569 secondo cui "*la legge finisce pur sempre per prevedere, come necessario, lo svolgimento di un'attività amministrativa, poiché occorre un atto di "accertamento dell'inottemperanza" (art. 31, comma 4), così come occorre accertare la precisa estensione dell'"area acquisita", atteso che essa "non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita* […] *risulta evidente come - alla tregua dell'interpretazione sistematica che sembra imporre all'interprete la sostituzione del preteso rigorismo con l'ineludibile coerenza sistematica dell'ordinamento nel suo complesso - il dettato dell'inciso "sono acquisiti di diritto" subisca un inevitabile depotenziamento alla luce dei prefetti principi, rimanendo soltanto, ad orpello ormai di carattere più che altro formale, quella persistente affermazione del carattere dichiarativo degli atti* […] *in sostanza, la suddetta formula non può più essere intesa in senso meramente letterale, ma deve essere ambientata e piegata alla logica del sistema pubblicistico e del giusto procedimento sanzionatorio di matrice anche sovranazionale* […] *decisiva è in tal senso la valorizzazione delle vicende successive allo spirare dei termini assegnati per demolire come naturale conseguenza appunto dell'intrinseca natura sanzionatoria dell'acquisizione*". Cfr. anche Cons. Stato, sez. II, 20.01.2023 n. 714; Cons. giust. Ammin. sic., sez. riun., 10.01.2023 n. 70; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 23.02.2023 n. 590.

[20] V. anche Cons. Stato, sez. VII, 08.03.2023 n. 2459.

ISSN 2036-7821

I principi sopra evidenziati, ormai consolidati nella giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, seppur con qualche discrasia in merito all'atto e/o al tempo del consolidamento del diritto di proprietà in capo all'Amministrazione procedente, sono stati sottoposti ad una nuova ed attenta analisi da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nella sede dell'ordinanza interlocutoria in commento, si è premurata di affrontare la questione dell'acquisizione al patrimonio comunale non nell'ottica della P.A. procedente, nè nell'ottica del titolare dell'immobile e/o autore dell'abuso, ma piuttosto del terzo estraneo alla vicenda abusiva che, tuttavia, ha confidato nella garanzia dell'immobile per soddisfare un proprio credito.

Partendo dal principio secondo cui, alla stessa stregua del perimento del bene, l'acquisizione al patrimonio comunale dell'immobile abusivo determina un c.d. ferimento giuridico dell stesso e, dunque, l'estinzione di qualsivoglia garanzia anche preesistente, e tenuto conto dell'evoluzione della giurisprudenza CEDU che, invece, tutela la posizione del proprietario e/o dei titolari di diritti reali e/o patrimoniali sui beni, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state indotte a sollevare questione di costituzionalità relativamente alla normativa di settore che, di fatto, non tutela la posizione del terzo creditore.

Sul punto, tuttavia, è bene precisare che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite condivide pienamente l'assunto secondo cui l'acquisto al patrimonio comunale costituisce un acquisto a titolo originario del bene illegittimamente costruito. L'Amministrazione procedente acquista "d'imperio" il bene senza il riconoscimento di alcunché nei confronti del precedente titolare (come accadrebbe, invece, in caso di procedura espropriativa) e ciò sul presupposto che l'acquisto del bene, avvenendo a titolo originario, prescinde integralmente da ogni precedente riconoscimento e/o attribuzione. Conseguentemente, in virtù del configurarsi di una nuova situazione giuridica soggettiva, inevitabilmente si determina il venir meno dei diritti di garanzia che esistevano sul bene, a prescindere dal momento in cui sia avvenuta l'acquisizione al patrimonio comunale del bene in questione. E' come se il bene, venuto a perimento, rinascesse nella sfera giuridica di un altro soggetto, dimenticando completamente il suo passato.

Arrivata a tali conclusioni, la Corte di Cassazione - nell'ottica di risolvere la problematica del terzo creditore che vedrebbe lesi i propri diritti nel caso di caducazione automatica del diritto di proprietà in capo all'espropriato - prospetta due soluzioni: 1) incentivare il terzo creditore a far valere il proprio diritto di credito sulla parte di bene che andrebbe ad eccedere il decuplo dell'area acquisibile all'immobile destinatario dell'ordinanza di demolizione ai fini dell'acquisizione al patrimonio comunale. Soluzione, questa, non praticabile ove oggetto dell'acquisizione sia l'intero immobile e, comunque, non satisfattiva della posizione del creditore che vedrebbe, di fatto, ridimensionata in modo vertiginoso la propria

ISSN 2036-7821

garanzia; 2) garantire al terzo un risarcimento del danno per il venir meno della garanzia. In tal caso, tuttavia, non sarebbe facilmente individuabile il soggetto responsabile cui rivolgere la domanda risarcitoria.

6. Conclusioni.

Alla luce del percorso interpretativo in materia svolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina, nonchè dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nell'ordinanza interlocutoria e delle osservazioni sin qui formulate in merito alla questione oggetto del presente lavoro, appare evidente trarre le seguenti conclusioni.

Partendo dal principio affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU nella vicenda relativa alla confisca nel reato di lottizzazione abusiva[21] secondo cui la confisca non può aver luogo in danno del proprietario incolpevole o del terzo che vanti diritti sul bene, senza che questi siano stati messi nelle condizioni di difendersi, a mezzo di partecipazione al procedimento, la Corte - pur richiamando tale orientamento - si intimidisce di fronte ad una pur paventata applicazione estensiva dello stesso, in ragione della nozione allargata di tutela del bene di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU e sul presupposto che, nella specie, la perdita del bene a seguito dell'acquisizione al patrimonio comunale avviene senza la prova di una cooperazione del creditore ipotecario nell'attività illecita di costruzione del bene immobile abusivo ed al procedimento amministrativo concluso con il provvedimento acquisitivo nel quale lo stesso non è stato messo nelle condizioni di partecipare[22]. La limitazione al diritto del creditore di agire in via esecutiva per la tutela dei propri diritti deve essere, invece, eccezionale; eccezionalità che, in quanto tale, deve ritenersi circoscritta e limitata nel tempo, in difetto di tali elementi costituendo la limitazione una vera e propria lesione del diritto di difesa e di azione del creditore stesso[23]. In merito, si richiama l'attenzione anche sulla pronuncia della Corte Costituzionale n. 5/2023 nella quale è stato ribadito il principio secondo cui ogni confisca impone una puntuale verifica del suo carattere proporzionato rispetto alla finalità legittima perseguita, alla luce dei parametri costituzionali e sovranazionali che tutelano il diritto di proprietà.

---

[21] V. le seguenti pronunce: 1) sentenza 20.01.2009 - Causa Sud Fondi e altri c/ Italia; 2) sentenza 29.10.2013 - Varvara c/ Italia; 3) sentenza 28.06.2018 - G.I.E.M.

[22] Si tenga presente, in merito, il principio secondo cui l'azione esecutiva è un fattore complementare e necessario dell'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto consente al creditore di soddisfare la propria presa anche in mancanza di spontaneo adempimento da parte del debitore.

[23] Si consideri, sul punto, anche Cass. n. 26/2019 che, in tema di confisca di beni della criminalità organizzata afferma il principio secondo cui anche in tal caso di registra il sacrificio del creditore procedente che abbia acquisito il proprio diritto confidando, in buona fede, nel futuro adempimento da parte del debitore, di fronte alle condizioni ritenute idonee ad evitare condotte collusive ai sensi dell'art. 52 del D.lgs. n. 159/2011 che appare, di fatto, una restrizione sproporzionata, in quanto eccessiva rispetto allo scopo antielusivo perseguito. Il tutto, in violazione dell'art. 3 Cost.

ISSN 2036-7821

Muovendo da tali presupposti e non essendo le due strade interpretative percorse dall'organo remittente risultate soddisfacenti[24], la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 e ss.mm.ii., nella parte in cui non prevede - in caso di iscrizione di ipoteca giudiziale sul terreno sul quale è stato costruito un immobile abusivo, gratuitamente acquisito al patrimonio comunale - la permanenza di una garanzia a tutela del creditore ipotecario. Il tutto, per soddisfare l'esigenza del giusto equilibrio tra la tutela degli interessi della collettività e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, nella specie consistenti nelle aspettative creditorie, nell'ottica di effettiva proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefigurato.
In tale scenario di generalizzata incertezza, quel che è certo è che il quadro normativo e fattuale che la Corte Costituzionale si troverà nei prossimi mesi a scrutare, interpretare e sviscerare, non è di facile soluzione, nell'intreccio di fin troppe posizioni giuridiche soggettive da tutelare e nella dimenticanza - forse forzata - della prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato.
Ai giudici costituzionali l'ardua sentenza!

[24] Secondo un primo orientamento, l'atto di acquisizione al patrimonio comunale costituirebbe l'acquisto unicamente del diritto di proprietà superficiaria; interpretazione, questa, in netto contrasto col dettato normativo chiaro nell'affermare che l'acquisizione dell'immobile abusivo avviene unitamente all'area di sedime.
Secondo un secondo orientamento, il creditore potrebbe coltivare l'esecuzione forzata al fine di pervenire ad una vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'assunzione dell'obbligo di demolire l'abuso o della presentazione di una domanda di sanatoria. Interpretazione, questa, non condivisibile alla luce della natura di acquisto a titolo originario del bene abusivo che non consente la sopravvivenza di alcun diritto altrui, oltre che in considerazione che la scelta di demolire o meno l'immobile, a seguito dell'inottemperanza all'ordine di demolizione, spetta unicamente al Comune.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico e riparto di giurisdizione: problemi sostanziali e processuali

di Guidomaria De Cesare

(Dottorando presso l'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo)

Sommario

1. L'evoluzione del rapporto tra autonomia privata e contratto pubblico. – 2. Presupposti del diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico secondo buona fede. – 3. Il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede come diritto soggettivo e la giurisdizione del giudice ordinario. – 4. Inadempimento della stazione appaltante e tutele esperibili dall'appaltatore: il problema dell'esecuzione in forma specifica. – 5. Obbligo di trasparenza del RUP e interesse legittimo dei *competitors*.

Abstract

The new Code of Public Contracts. D.lgs. No. 36 of 2023, has generalized the right to renegotiate a public contract that has become unbalanced, even in the absence of special renegotiation clauses. However, if the contracting station fails to fulfill its obligation to renegotiate, it is unclear whether the economic operator should sue it before the administrative court or the ordinary court. The complex regulatory network narrowed by Articles 9, 120(8) of Legislative Decree No. 36 of 2023 and 133(e) c.p.a. argues in the latter sense, since the private party suffering the unfavorable contingency has a subjective right to renegotiation and not a legitimate interest. However, in the case of renegotiation in the absence of the conditions provided by law, it is possible that excluded economic operators may claim a legitimate interest at the renewal of the public procurement.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. L'evoluzione del rapporto tra autonomia privata e contratto pubblico.

Il diritto alla rinegoziazione del contratto pubblico, accordato all'appaltatore dagli artt. 9 e 120, comma 8, del d.lgs 36 del 2023, e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale rappresentano le novità più dirompenti del nuovo codice degli appalti pubblici[1]. Infatti, il rapporto tra contratto pubblico e autonomia privata è storicamente segnato da reciproca antipatia[2], benché l'appalto pubblico instauri tra le parti un rapporto di lunga durata finalizzato al raggiungimento di un risultato, fisiologicamente esposto alle sopravvenienze[3]. Ciò nonostante, il d.lgs. 163 del 2006,

[1] In generale, circa l'efficacia "nomogenetica" dei principi contenuti nella parte prima del nuovo codice si veda F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* Arzano, 2023, p. 1313; R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giur. it*., 8-9-, 2023, p. 1950 ss., spec. 1960, secondo cui «*[C]on la parte dedicata ai principi il nuovo Codice si impegna ad educare ad un modo diverso di condurre i contratti pubblici*»; G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm*., 3, 2023, p. 287 ss.; sull'importanza di una gerarchizzazione dei principi in materia di contratti pubblici al fine di consentire all'amministrazione di individuare, senza margini di arbitrio, quale sia l'interesse prevalente nel singolo caso, L. R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app*., 1, 2023, p. 5 ss., spec. 7; ID, *Per una teoria dell'interesse pubblico nelle gare per l'assegnazione dei contratti pubblici*, in A. Maltoni (a cura di), *I contratti pubblici: la difficile stabilizzazione delle regole e la dinamica degli interessi*, Napoli, 2020, 143. Sull'importanza dell'art. 9 si veda invece G. F. NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urb. app*., 5, 2023, p. 561 ss.; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, disponibile all'indirizzo https://www.giustizia-amministrativa.it, il quale ricollega il diritto alla rinegoziazione alla garanzia costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione; P. PATATINI, *Rinegoziazione e rimedi manutentivi alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, disponibile all'indirizzo: https://www.giustizia-amministrativa.it.; S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi*, 4 ottobre 2023, p. 240 ss., il quale si interroga sulla validità delle clausole di accettazione del rischio predisposto dalla stazione appaltante e accettate dall'appaltatore, concludendo nel senso della loro invalidità, dal momento che la rinuncia preventiva a revisionare il contratto confliggerebbe con il principio guida del nuovo codice dei contratti pubblici – quello del risultato – al quale l'art. 4 attribuisce una valenza interpretativa e applicativa, nella parte in cui impone «*il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*». In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866, in *Giorn. dir. amm*., 5, 2024, p. 669 ss., con nota di S. VICARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, ha affermato la regola secondo cui la positivizzazione dei principi che devono informare le procedure di evidenza pubblica concorrono «*ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo*», facendo così «transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili», in sostanziale adesione alla tesi formulata da H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium*, 2023.

[2] L'art. 326 della legge n. 2248/1865 All. F prevedeva, rispetto agli appalti di lavoro, che «[P]er *le opere o provviste a corpo, il prezzo convenuto è fisso e invariabile, senza che possa essere invocata dalle parti contraenti alcuna verificazione sulla misura o sul valore attribuito alla qualità di dette opere o provviste*». Sull'evoluzione del rapporto tra autonomia privata e *public procurement* cfr. M. COMBA, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giur. it*., 8-9, 2023, p. 1975 ss..

[3] Il riconoscimento all'appaltatore di un diritto alla rinegoziazione del contratto evita che il contratto di lunga durata assuma il valore di una "scommessa" sull'andamento dei costi che l'appaltatore deve sostenere per assicurare una prestazione di qualità pari a quella indicata nell'offerta tecnica (cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 67 ss.). Le basi di tale elaborazione possono rinvenirsi nella giurisprudenza nordamericana formatasi a proposito dei cc.dd. *relational contracts*, a partire dal celebre caso ALCOA (Aluminium Co. Of America v. Essex Group), 7 aprile 1980, in *Foro it*., 1981, 4, c. 363 ss., nel quale la *Federal District Court* della Pennsylvania impose la rinegoziazione di un contratto dalla durata di sedici anni, in conseguenza dell'eccessivo aggravarsi della posizione dell'appaltatore per effetto della crisi petrolifera.

ISSN 2036-7821

agli artt. 114 e 115[4], vietava, in assenza di apposite clausole di *hardship*[5], la modificazione del contratto. Chiusa la fase dell'evidenza pubblica, non era possibile ricorrere agli strumenti dell'autonomia privata per rideterminare il contenuto del contratto. La *ratio* del divieto di rinegoziazione del contratto pubblico stava nella tutela della *par condicio competitorum*, soverchiamente compromessa dalla possibilità di modificare il contratto dopo l'esaurimento della fase dell'evidenza pubblica. Ad un primo approccio rigoristico della giurisprudenza nazionale[6] ha fatto seguito quello di segno contrario della Corte di giustizia[7], la quale ha aperto una prima breccia nel bastione dell'immodificabilità del contratto pubblico dopo l'aggiudicazione, alla triplice condizione che: a) si vertesse in materia di appalti aventi oggetti particolari ed aleatori; b) la possibilità di modifica sostanziale fosse stata prevista dalla legge di gara; c) fosse rispettata la parità di trattamento fra imprese attraverso la predeterminazione delle modalità applicative di tali adeguamenti.

---

[4] Per l'analisi del regime normativo delle modifiche del contratto previsto dal d.lgs. 163 del 2006 si rinvia a R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, p. 394 ss..

[5] Le clausole di *hardship* nascono dalla prassi del commercio internazionale al fine di distribuire tra le parti il costo delle sopravvenienze. La funzione fondamentale della clausola è quella di consentire la rinegoziazione dei contratti – specialmente quelli a lungo termine – a fronte di eventi inattesi che modificano radicalmente l'equilibrio economico delle prestazioni, rendendo l'esecuzione eccessivamente onerosa (e, dunque, sconveniente) per una delle parti. In altri termini, le clausole di *hardship* vogliono scongiurare il rischio dell'*efficient breach*, il quale comprometterebbe la stessa regola di cogenza dell'accordo contrattuale. Nel commercio internazionale la clausola di *hardship* trova applicazione in forza dell'espresso rinvio che le parti fanno ai vari testi di diritto contrattuale uniforme (per esempio, all'art. 6.2.2. dei Principi per i contratti commerciali internazionali Unidroit o all'art. 6:111 dei *Principles of European Contract Law* (PECL). Entrambe le norme stabiliscono che, qualora le parti non addivengano ad un accordo entro un termine ragionevole, il giudice ha facoltà di risolvere o di modificare il contratto *ex officio*). Peraltro, la stessa Relazione di accompagnamento al nuovo codice degli appalti non nasconde che il calco dell'art. 9 è proprio quello delle clausole di *hardship* del commercio internazionale. Da ultimo, sulle rinegoziazioni nel commercio internazionale v. E. ROSSI, *Clausole di hardship e obbligo di rinegoziazione nei contratti internazionali*, in *Giur. it.*, 1, 2023, p. 223 ss., anche per la letteratura *ivi* citata.

[6] Cass. civ., sez. I, 18 dicembre 2003, n. 19433; Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2003, n. 6072; Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281; Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2002, n. 6004, tutte in Dejure; da ult., nel senso che l'istituto della revisione prezzi integri una "clausola anomala", Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2023, n. 6847, ove si legge che «*La logica del d.lgs. n. 50 del 2016, vigente al tempo dell'adozione dell'atto qui impugnato, era quella di evitare che la clausola revisionale potesse alterare in modo sostanziale il contratto riflettendosi negativamente sulla effettività delle condizioni concorrenziali della gara esperita, sicché la regola generale era il divieto di clausola revisionale salvi i casi derogatori tassativamente previsti, nei quali fosse possibile una revisione "senza una nuova procedura di affidamento", a condizione che tale revisione non apportasse "modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro". La norma del 2016, infatti, si raccorda al diritto dell'Unione europea che, a tutela della concorrenza, limita i meccanismi di revisione dei prezzi degli appalti pubblici per evitarne i potenziali effetti elusivi del meccanismo della gara pubblica […]. Trattandosi di norma derogatoria del principio della gara, non ne è consentita un'interpretazione analogica ed estensiva (come è del resto esplicitato dalla disposizione contenuta nel comma 6 del- l'art. 106: "Una nuova procedura d'appalto in conformità al presente codice è richiesta per modifiche delle disposizioni di un contratto pubblico di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 2")*».

[7] Corte giust., 7 settembre 2016, C-549/14, *Finn Frogne*, consultabile all'indirizzo: www.curia.eu.

ISSN 2036-7821

L'esigenza di smussare il rigore della regola dell'immodificabilità del contratto pubblico è stata recepita dall'art. 106, comma 1, lett. c) del d.lgs. 50 del 2016 (nel prosieguo: vecchio codice degli appalti). La norma, costruita sul calco dell'art. 72, par. 1, lett. c) della dir. 2014/24 UE[8], consentiva la modifica unilaterale del contratto, previa autorizzazione del responsabile unico del procedimento (RUP), a condizione che fosse determinata da «*circostanze impreviste e imprevedibili*». La necessità della previa autorizzazione del RUP, espressione del potere discrezionale della stazione appaltante[9], ha indotto gli interpreti a ricostruire la posizione giuridica soggettiva del privato affidatario, colpito dalla sopravvenienza, in guisa di un interesse legittimo[10] inserito in un insolito «*focolaio pubblicistico*» all'interno della fase esecutiva[11]: la revisione era infatti preceduta da un'istruttoria svolta dal RUP secondo le norme di autorganizzazione dettate dalla stazione appaltante. La revisione dei prezzi era dunque espressione del potere autoritativo di verifica dei presupposti del compenso revisionale; *per converso*, si attribuiva generalmente natura paritetica all'atto di riconoscimento del *quantum*[12].

---

[8] Sulla cui importanza si veda il capillare lavoro di P. BOGDANOWICZ, *Contract Modification in EU Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 75 ss.

[9] Secondo F. GOISIS-P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 1, 2023, p. 97 ss, spec. 114, è da escludere che l'autorizzazione alla revisione del prezzo sia espressione di una potestà vincolata; infatti, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica cui è soggetta la stazione appaltante e in ottemperanza al dovere di non alterare la natura sostanziale del contratto, il RUP è chiamato non soltanto ad accertare l'esistenza dei presupposti della revisione, ma anche a ponderare – passando per un apposito modulo procedimentale attivato su istanza di parte – «*un più ampio e complesso fascio di interessi pubblici e privati implicati da detta modifica oggettiva: quello (comune a entrambi i contraenti) di completare tempestivamente l'esecuzione del contratto aggiudicato; l'interesse (pubblico) al contenimento della spesa; l'interesse (pubblico) ad acquisire prestazioni di beni e servizi che non subiscano nel corso del tempo una diminuzione qualitativa a causa degli aumenti dei prezzi dei fattori della produzione, incidenti sulla percentuale di utile considerata in sede di formulazione dell'offerta dell'impresa aggiudicataria; l'interesse (privato) dell'appaltatore a non subire un'alterazione significativa dell'equilibrio contrattuale conseguente all'eccessiva onerosità, sopravvenuta durante l'arco del rapporto, della prestazione; l'interesse (privato) dell'offerente non aggiudicatario alla corrispondenza della fase di esecuzione a quella dell'aggiudicazione con riguardo ai termini previsti dall'offerta risultata vittoriosa in sede di gara*».

[10] M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2022, p. 1067.

[11] Espressione mutuata da F. FRACCHIA-W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Dir. econ.*, 2, 2020, p. 203 ss..

[12] È noto che il Consiglio di Stato, sul finire degli anni '30, superò l'equivalenza fra ricorso al g.a. e impugnazione di un provvedimento, elaborando la controversa categoria dell'atto paritetico, il quale non è espressione di potere autoritativo benché si iscriva in una vicenda di esercizio dello stesso, con conseguente giurisdizione del g.a. (per l'idea secondo cui l'atto paritetico rappresenterebbe un «*espediente formale, ancorché utile per risolvere un problema reale*», quale quello della giurisdizione del g.a. ad atti non provvedimentali, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, p. 187; nello stesso senso, M. FRATINI, *op. cit.*, p. 704; per l'imprecisione della figura e l'auspicio di un suo abbandono da parte della giurisprudenza amministrativa, R. VILLATTA-M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, p. 43 ss.). La qualificazione dell'atto di determinazione del *quantum* in guisa di atto paritetico implica la devoluzione della questione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo siccome è stato superato «*il tradizionale orientamento interpretativo secondo cui al giudice amministrativo spettavano le sole controversie relative all'*an *della pretesa alla revisione del prezzo, mentre competevano al G.O. le questioni inerenti alla quantificazione del compenso, sicché rientra nella giurisdizione esclusiva del G.A., in virtù di detta norma del c.p.a.* (art. 133, lett. e) n. 2 – N.d.r.), *ogni controversia concernente la revisione dei prezzi*

ISSN 2036-7821

Rispetto al riparto di giurisdizione, invece, l'art. 133 lett. e), n. 2) c.p.a. assoggettava l'intera disciplina della revisione prezzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (*breviter*: g.a.), confermando la qualificazione della posizione dell'aggiudicatorio in termini di interesse legittimo[13]. Con l'implicazione che il privato, in caso di inerzia della stazione appaltante, poteva agire *ex* artt. 31, comma 3, e 117 c.p.a. per l'accertamento del silenzio-inadempimento ma non per ottenere la condanna al rilascio del provvedimento anelato, *ex* art. 34, lett. c) c.p.a., in ragione del divieto per il g.a. di sostituirsi all'amministrazione nello svolgimento di attività discrezionali[14].

La prospettiva sembra essere profondamente mutata dopo l'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti che, all'art. 9, riconosce alla parte svantaggiata dalla sopravvenienza «*un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali*»; parimenti, l'art. 120, comma 8, il quale disciplina la modifica dei contratti in corso di esecuzione, a fronte dell'istanza di rinegoziazione del privato, impone al RUP di formulare «*una proposta di un nuovo accordo*[15]». L'utilizzo del lessico proprio della contrattualistica induce a ritenere che, almeno rispetto alle sopravvenienze atipiche, la posizione giuridica soggettiva del privato, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice, sia cifrabile in termini di diritto soggettivo[16], con ovvie

---

di un contratto di appalto, compreso il profilo del quantum debeatur» (cfr. T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 2 ottobre 2019, n. 4704, in *Foro Amm*., Il, 2019, 10, 1737; nello stesso senso, Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2009, n.13892, in Dejure).

[13] Eccettuato il caso in cui in cui la clausola individui puntualmente e compiutamente un obbligo della parte pubblica del contratto, cui fa da contraltare un diritto soggettivo dell'appaltatore, il quale fa valere una mera pretesa di adempimento contrattuale, come tale ricadente nell'ambito della giurisdizione ordinaria (cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2021, n. 35952; v. anche Cons. Stato, sez. III, 07 luglio 2022, n. 565, entrambe in Dejure).

[14] Sull'ineffettività del sistema di tutela avverso il silenzio-inadempimento del RUP, v. F. GOISIS-P. PANTALONE, *op. cit*., p. 115, secondo cui in caso di inerzia, l'appaltatore può proporre un'azione giurisdizionale avverso il silenzio-inadempimento, tuttavia il g.a. non può pronunciare sulla specifica pretesa dedotta in giudizio, ai sensi dell'art. 31, comma 3, c.p.a., trattandosi di attività discrezionale dell'amministrazione rispetto alla quale sono necessari adempimenti istruttori.

[15] Per un'analisi del rapporto tra le due disposizioni si rinvia a S. P. PERRINO, *La rinegoziazione "coercibile" nel nuovo codice dei contratti pubblici: alla ricerca di una base legale, tra riforme fallite e riforme riuscite*, in *Contr. impr*., 1, 2024, p. 178 ss., spec. 191.

[16] Come opportunamente colto da G. NAPOLITANO, *op. cit*., p. 298 ss., secondo cui «*il diritto alla rinegoziazione è riconosciuto per legge […] anche a prescindere da una specifica pattuizione ed è sempre tutelabile mediante il ricorso alla determinazione equitativa da parte del giudice ordinario*»; nello stesso senso anche P. PATATINI, *op. cit*., p. 13, la quale coglie nella possibilità accordata dalla norma di rivolgersi al giudice per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario il passaggio da un potere discrezionale di rinegoziazione ad un suo obbligo a rinegoziare il contratto. Si sbilancia a favore della configurabilità di un diritto soggettivo alla rinegoziazione, non diverso da quello che l'art. 1664 c.c. accorda all'appaltatore privato, anche M. COMBA, *op. cit*., p. 1980, ancora, più di recente, nel senso della sussistenza di un diritto soggettivo alla rinegoziazione, V. CERULLI IRELLI, *Il Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2024, p. 21; G. BALOCCO-G. SCACCHIERI, *L'obbligo di rinegoziazione nel nuovo Codice nel rispetto dei principi costituzionali?* In *Urb. e app.*, 6, 2024, p. 713 ss., spec. 719. In giurisprudenza, nel senso che si tratti di un diritto soggettivo, con

ISSN 2036-7821

ricadute in tema di riparto di giurisdizione e di tutele a disposizione dell'aggiudicatario. Ciò non esclude che la previsione di un obbligo di rinegoziazione debba conciliarsi i principi di trasparenza e di tutela della concorrenza, rispettivamente riconosciuti dagli artt. 2 e 3 in posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a quello di conservazione del contratto. Tale aspetto, unitamente a quello del riparto di giurisdizione, sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo, non prima di aver analizzato i presupposti del diritto alla rinegoziazione secondo buona fede.

2. Presupposti del diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico secondo buona fede.

Gli studi del secolo scorso in tema di effetti giuridici delle sopravvenienze hanno determinato il passaggio dall'impostazione più tradizionale del problema, legata principalmente ad una visione strutturale del fenomeno contrattuale e incline, quindi, a valorizzare il dato volontaristico[17], a quella funzionale e più dinamica che

conseguente giurisdizione del giudice ordinario, Cass. civ., sez. un., 16 marzo 2023, n. 7735; Cass. civ., sez. un., 4 luglio, 2022, n. 21139, entrambe in *Onelegale*.

[17] L'impostazione volontaristica è riconducibile agli studi del Windscheid, il quale fu il primo a sistematizzare l'istituto della presupposizione come divergenza fra quanto espressamente pattuito dai contraenti e quanto implicitamente assunto come contenuto del regolamento contrattuale. Nella nostra dottrina il primo autorevole approfondimento del tema risale agli studi dell'Osti, *La così detta clausola* «rebus sic stantibus» *nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 ss., nonché ID, *Appunti per una teoria della sopravvenienza*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 ss., al quale si deve la costruzione concettuale che fa leva sulla "volontà marginale", ossia sull'accordo che non sia stato tradotto in precetto negoziale, rimasto dunque "a margine" della stipulazione e ciononostante diretto nella mente dei contraenti a individuare il valore economico obiettivo della prestazione. Peraltro, la dottrina della presupposizione trovò esplicita formulazione nell'art. 22 del progetto italo-francese di unificazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti, secondo cui: «*se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell'altro contraente di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l'obbligazione*». Tale concezione, oggi invero superata (v. *infra* nel testo), sopravvive nell'esperienza giuridica sanmarinese, nella quale è ricorrente l'idea per cui il contratto è implicitamente soggetto alla clausola *rebus sic stantibus*, come attestato da V. PIERFELICI, *Lineamenti di diritto civile sanmarinese*, San Marino, 2022, p. 455 ss.. Per una ricostruzione del dibattito sulle sopravvenienze contrattuali nel secolo scorso, si veda il recente contributo di G. GUIZZI, *Sopravvenienze contrattuali, inesigibilità della prestazione e rimedi: linee di una vicenda*, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2023, p. 884. A proposito dei problemi di ordine pratico derivanti dall'espansione del potere giudiziale di sindacare l'equilibrio contrattuale, v. il recente contributo di F. ESPOSITO, *Il sindacato giudiziario sull'equilibrio contrattuale: è davvero possibile la correzione del contratto?* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2024, p. 1303 ss. Il problema dell'allocazione del rischio da sopravvenienza si pone anche rispetto ai cc.dd. *smart contracts*, i quali, benché rispondano allo logica dell'*if-then*, atteso che l'esecuzione del contratto intelligente è del tutto sottratta alla volontà delle parti, soggiacciono comunque al principio di incompletezza del contratto, con l'implicazione che contro le eventuali sopravvenienze che dovessero modificarne il presupposto non dovrebbe darsi il rimedio manutentivo atipico, dal momento che le parti, optando per tale veicolo contrattuale, hanno rinunciato allo «*ius modificandi*» ex art. 1321 c.c. Per un'analisi della problematica, si rinvia all'acuto saggio di C. ATTANASIO, *Inadempimento dello* Smart Contract*, sistema rimediale e tutela effettiva*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2024, p. 719 ss.

ISSN 2036-7821

accorda preminenza alla questione del rischio contrattuale[18]; questione certamente presente in tutti i contratti a prestazioni corrispettive e, in particolare, in quelli di durata. Sicché oggi il rapporto tra alea economica del contratto e rapporti di durata si legge, principalmente, in chiave di analisi economica del diritto, come problema di allocazione tra le parti del rischio di interferenze da sopravvenienza[19]. A differenza della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, il diritto alla rinegoziazione del contratto pubblico è un rimedio manutentivo inteso a ripristinare l'originario equilibrio del contratto, ripartendo tra le parti il costo della sopravvenienza. Infatti, è appena il caso di osservare che l'effetto demolitorio conseguente alla risoluzione del contratto assai raramente corrisponde all'interesse delle parti quando queste hanno sostenuto costi non ripetibili, come quelli istruttori o di scelta del contraente[20]. Se ne trae l'implicazione per cui la conservazione dell'equilibrio contrattuale attraverso il rimedio della rinegoziazione secondo buona fede in luogo della risoluzione *ex* art. 1467 c.c., da un lato, vuole evitare che i costi non ripetibili dell'evidenza pubblica siano traslati sulla collettività, dall'altro, che l'aggiudicatario, per far fronte all'aumento dei costi legati alla sopravvenienza, esegua una prestazione qualitativamente diversa rispetto a quella indicata nell'offerta tecnica, in potenziale pregiudizio dell'interesse pubblico[21]. Talché, a differenza del rimedio previsto dall'art. 1467 c.c., la rinegoziazione secondo buona fede non alloca il rischio della sopravvenienza sul solo contrante non pregiudicato, il quale rischia di perdere il

[18] Il cambio di prospettiva è segnato dall'intuizione del NICOLÒ, voce «*Alea*», in *Enc. del dir*., 1958, I, Milano, p. 1026, secondo cui «*[B]isogna esaminare se il tipo di contratto posto in essere, per il suo contenuto e per la sua funzione, non implichi di per sé che al momento del suo perfezionamento vi sia o vi debba essere la consapevolezza delle parti di affrontare un certo margine di rischio, collegato appunto all'eventuale verificarsi di situazioni di fatto e di vicende, economiche o di altra natura, che normalmente, o per lo meno non eccezionalmente, incidono sullo svolgimento di quel singolo tipo di rapporto e influiscono sul risultato economico che le parti vogliono conseguire*».

[19] P. GALLO, *Analisi economica del diritto*, in *Introduzione al diritto comparato*, III, Torino, 2017, p. 80; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ*., 1, 2002, p. 63 ss., spec. 84; per la dottrina nordamericana, che si è occupata diffusamente del problema, sia sufficiente in questa sede un rinvio a R. POSNER-A. ROSENFIELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, in *J. Legal Studies*, 6 1977, p. 90 ss.

[20] Secondo V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 967, la risoluzione è «*inidonea nei casi in cui il contratto serve a realizzare operazioni di lunga durata, tecnicamente complesse ed economicamente impegnative che – una volta avviate – sono difficilmente reversibili*».

[21] M. COMBA, *op. cit*., p. 1979, il quale opportunamente declina il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale come attuazione del principio del risultato di cui all'art. 1, in quanto è interesse dell'amministrazione «*giungere comunque alla realizzazione dell'opera o all'acquisizione dei beni o dei servizi per i quali la stessa si è determinata a procedere con l'appalto e, di conseguenza, è necessario eliminare tutte le rigidità che, a fronte di una situazione imprevedibile, conducono necessariamente alla risoluzione anziché alla rimodulazione del contratto*». La stessa Commissione Speciale, 12 ottobre 2001, costituita in seno al Consiglio di Stato per rendere parere circa la legittimità della prassi delle stazioni appaltanti di "rinegoziare al ribasso" ha affermato che «*quel che invece deve innanzitutto venire in rilievo al riguardo è il possibile peggioramento del servizio o della qualità del prodotto fornito in quanto in linea di fatto – come è noto – l'impresa aggiudicataria dovrebbe in qualche modo «scaricare» lo sconto ulteriore effettuato nei confronti dell'Amministrazione [...]*».

ISSN 2036-7821

contratto, bensì lo ripartisce tra le parti secondo una logica cooperativa[22], diretta a massimizzare, nonostante la sopravvenienza, l'utilità marginale ritraibile dal contratto. Negli ultimi tempi, complice l'emergenza sanitaria e i focolai di guerra, il legislatore ha introdotto fattispecie tipiche di rinegoziazione del contratto[23], le quali, al pari dall'art. 9 del nuovo codice degli appalti, comprimono lo spazio applicativo della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, conformemente al generale *favor* ordinamentale per i rimedi manutentivi o di adeguamento del contratto[24]. Benché producano effetti diversi, i due rimedi condividono i medesimi presupposti: l'art. 9 chiarisce che la sopravvenienza è rilevante purché sia «straordinaria e imprevedibile», non diversamente dall'art. 1467 c.c.; inoltre, la norma sancisce, con formula sostanzialmente sovrapponibile a quella di cui all'art. 1467, comma 2, c.c., che la sopravvenienza deve determinare «un'alterazione rilevante dell'equilibrio

[22] Nel senso che in ogni rapporto obbligatorio si innestano doveri di collaborazione, cfr. E. BETTI, *Prolegomeni: funzione economica sociale dei rapporti di obbligazione*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 13, secondo cui «*Il rapporto obbligatorio non è fine a se stesso, ma è strumento ad un fine di convivenza e questo fine rappresenta l'appagamento di un interesse del creditore alla cooperazione del debitore. Il contenuto economico sociale del diritto di obbligazione è, infatti, l'interesse ad una prestazione altrui, un interesse destinato a realizzarsi attraverso un comportamento del debitore, attraverso la sua cooperazione*».

[23] Il riferimento è, senza pretesa di completezza, alle seguenti novità normative: la rinegoziazione del mutuo ipotecario acceso sulla "prima casa" con il beneficio dell'esdebitazione del debitore esecutato, prevista dall'art. 41-*bis*, del d.l. n. 124 del 2019; l'art. 6-*novies* del d.l. n. 41 del 2021 a proposito della ricontrattazione delle locazioni commerciali durante il periodo di emergenza sanitaria (su cui si veda l'approfondimento di M. TICOZZI, *Contratto di locazione: sopravvenienze e modificazione del canone*, in *Giur. it.*, 1, 2023, p. 229 ss.); l'art. 10, comma 2, del d.l. 118 del 2021, che ha esplicitamente introdotto la possibilità per l'imprenditore, la cui prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, di invocare la rideterminazione del contenuto dei contratti in corso (sul tema v. A. ZANARDO, *La rinegoziazione dei contratti di durata nelle crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 1, 2023, p. 239 ss.); l'art. 17, comma 5, del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, il quale prevede che l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute (cfr. F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *Contratti*, 1, 2022, p. 5 ss.). Tra i moltissimi interventi della letteratura legati alle conseguenze della pandemia sui rapporti contrattuali si segnalano: G. ALPA, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2020, p. 57 ss..; P. GALLO, *Contratto, rinegoziazione, adeguamento – emergenza Covid e revisione del contratto*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2439 ss.; F. MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del ''Coronavirus'': interesse individuale e solidarietà*, in *Contratti*, 2020, p. 129 ss..; M. ROSSETTI, *Contratto e Covid*, in *Foro it.*, 3, 2021, c. 74 ss., spec. 80, ove si nega che gli interventi settoriali in tema di rinegoziazione dei contratti iniqui legittimino, in via di *analogia legis* o *iuris*, la deduzione di un generale principio di rinegoziazione del contratto divenuto squilibrato; *contra* A. SCARPA, *Gli spazi dell'equità nel contesto del Covid-19*, *ivi*, c. 89 ss., il quale stilla dagli artt. 1374 e 1375 c.c. un generale obbligo di rinegoziare il contratto inciso dalle sopravvenienze atipiche, peraltro passibile, ove inadempiuto, di esecuzione in forma specifica. Per l'incidenza dell'emergenza sanitaria sui contratti pubblici si veda S. FANTINI, *Le sopravvenienze nelle concessioni e contratti pubblici di durata nel diritto dell'emergenza*, in *Urb. e app.*, 5, 2020, p. 641 ss.; in tema di accordi amministrativi, cfr. S. GRANDOLINI, *L'obbligo di rinegoziazione degli accordi amministrativi. Due modelli a confronto*, in *Dir. econ.*, 1, 2022, p. 343 ss.; nonché F. GOISIS-P- PANTALONE, *op. cit.*, p. 123 ss..

[24] La stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs. 36 del 2023 sottolinea che con l'articolo in questione «*viene introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c.*».

ISSN 2036-7821

originario del contratto», non riconducibile alla «normale alea» dello stesso, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato[25]. L'affinità fra i presupposti della rinegoziazione secondo buona fede e della risoluzione per eccessività sopravvenuta depone nel senso che la posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario colpito dalla sopravvenienza sia qualificabile in termini di diritto soggettivo. Altri indici di carattere testuale confortano la bontà dell'impostazione in discorso.

3. Il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede come diritto soggettivo e la giurisdizione del giudice ordinario.

L'art. 9 allude al «diritto alla rinegoziazione» e non all'interesse legittimo dell'aggiudicatario all'esercizio di un potere ripristinatorio dell'equilibrio del contratto. Benché il solo argomento letterale non sia dirimente[26], non può negarsi che il legislatore collocando il diritto alla rinegoziazione a valle del procedimento di evidenza pubblica e, dunque, in un momento successivo alla stipulazione del contratto[27], abbia cifrato la posizione dell'appaltatore – il quale, non a caso, è definito

[25] Si avverte l'eco di quell'impostazione dottrinale secondo cui l'«alea normale del contratto» dipende non solo dal tipo contrattuale, giacché ogni tipo sottende un diverso piano di ripartizione dei rischi fra i contraenti, bensì anche dall'apprezzamento di ogni dato personalizzante che concorra a disegnare il piano di ripartizione dei rischi concretamente divisato dai contraenti, come la specifica congiuntura di mercato in cui il singolo contratto si inserisce (cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 953; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2021, p. 1502). Inoltre, la formulazione letterale del nuovo art. 9 riprende quanto affermato da Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11635, in Dejure, laddove evidenzia che «*[G]li istituti volti al riequilibrio del sinallagma contrattuale non assumono affatto come obiettivo l'azzeramento del rischio di impresa, connesso alla sopportazione in capo all'appaltatore dell'alea contrattuale normale riconducibile a sopravvenienze, quali l'oscillazione generale e diffusa dei prezzi, dovendosi fare riferimento non già ad aumenti di costi di fattori della produzione prevedibili – anche dal punto di vista della loro consistenza valoriale – nell'ambito del normale andamento dei mercati relativi, bensì al fatto di aver fornito la prova "rigorosa", non circa il maggior costo sostenuto rispetto a quello ipotizzato in sede di offerta, ma in merito alla sussistenza di eventuali circostanze imprevedibili che abbiano determinato aumenti o diminuzioni nei costi*».

[26] È noto, infatti, che il legislatore utilizza con una certa promiscuità i termini «diritto» e «interesse legittimo». L'esempio forse più noto è quello del diritto di accesso regolato dall'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo, il quale, a dispetto del tenore letterale della disposizione, ha caratura di interesse legittimo procedimentale in ragione della situazione di potere in capo all'amministrazione tenuta all'ostensione, il cui mancato esercizio è sanzionabile nelle forme previste dagli artt. 31 e 116 c.p.a.. Ciò nonostante, l'art. 133 c.p.a. lett. a) n. 6) riconduce le controversie in materia di accesso alla giurisdizione esclusiva del g.a., con ciò avallando la tesi che lo configura come diritto soggettivo. La *querelle* è stata sopita da Cons. Stato, ad. plen., 20 aprile 2006, n. 7, la quale, senza prendere posizione circa la natura dell'accesso, ne ha evidenziato il carattere strumentale e funzionale alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti. L'utilità sottesa al diritto di accesso non è *in re ipsa*, bensì è collegata al bene della vita finale che l'istante intende tutelare. Talché, la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di diritto soggettivo o interesse legittimo è irrilevante, atteso che la sua eventuale lesione non incide direttamente sulla sfera giuridica dell'istante, ripercuotendosi su di essa solo indirettamente nella misura in cui comporti una menomazione nella tutela della situazione giuridica finale (cfr. F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 902; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, cit., p. 797).

[27] Sul tema si veda N. LIPARI, *Giurisdizione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, V, Milano, 2019, p. 592. Anche la giurisprudenza è concorde nel ritenere che lo spartiacque tra giurisdizione del g.a. e quella del giudice ordinario sia di norma segnato dalla stipula del contratto (cfr. Cons.

ISSN 2036-7821

dallo stesso art. 9, comma 3, «contraente» – come diritto soggettivo. Allo stesso modo, non va sottovalutato il tenore letterale dell'art. 133 lett. e) c.p.a., il quale, al n. 1) devolve alla giurisdizione esclusiva del g.a. le (sole) controversie relative alle procedure di affidamento, con esclusione di quelle che si pongono a valle della fase dell'evidenza pubblica; inoltre, il successivo n. 2) attribuisce al g.a. le (sole) controversie relative ai provvedimenti applicativi delle clausole di adeguamento dei prezzi *ex* art. 133, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 163 del 2006. Non può recarsi in dubbio che il rinvio al vecchio codice degli appalti abbia natura non ricettizia[28] e, dunque, vada inteso alle corrispondenti norme del d.lgs. 36 del 2023, ossia all'art. 60 che regola la clausola di revisione prezzi inserita nei documenti di gara. L'attivazione di tale clausola è rimessa, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 120, all'esercizio di un potere unilaterale dell'amministrazione come comprovato dall'utilizzo del termine «provvedimento» da parte dell'art. 133 lett. e), n. 2), c.p.a., cui fa da contraltare un interesse legittimo del privato. Infatti, l'art. 120, comma 13, prevede che le modifiche e le varianti applicative delle clausole di revisione prezzi debbano essere autorizzate dal RUP all'esito di un subprocedimento disciplinato dalle norme dell'ordinamento della stazione appaltante. Pertanto, un'interpretazione *a contrario* dell'art. 133 lett. e), n. 2), c.p.a. veicola il convincimento per cui, fuori dall'ipotesi di adeguamento del contratto in applicazione della clausola del bando di revisione prezzi, il privato, a fronte delle sopravvenienze considerate dall'art. 9, è titolare di un diritto soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario (*breviter*: g.o.). Inoltre, l'esperienza giurisprudenziale antecedente all'entrata in vigore del nuovo codice suffraga l'idea per cui spetta al g.o. decidere sulle controversie aventi ad oggetto la rinegoziazione del contratto di appalto; infatti, l'amministrazione non dispone di un potere autoritativo di modifica unilaterale dell'oggetto del contratto ed è, dunque, in posizione di parità rispetto all'aggiudicatario[29].

Tale modo di ragionare sembra confermato dall'orientamento giurisprudenziale che riconosce la giurisdizione del g.a. sul silenzio-inadempimento serbato dal RUP a fronte dell'istanza di rinegoziazione, quando la materia oggetto del contratto rinegoziato rientri tra quelle di giurisdizione esclusiva. Così, rispetto alle concessioni di servizi pubblici, il T.A.R. Milano ha recentemente riconosciuto la propria giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a., rispetto alla domanda di accertamento del silenzio-inadempimento della stazione appaltante a

Stato, ad. plen. 30 luglio 2008, n. 9, in Dejure), dal momento che nella fase di esecuzione le parti operano su un piano di sostanziale parità e sono titolari di diritti e obblighi sui quali si riespande la competenza generale che l'art. 102 Cost. riconosce al giudice ordinario.

[28] Così P. PATATINI, *op. cit*., p. 9.

[29] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 marzo 2019, n. 1937, in Dejure.

ISSN 2036-7821

fronte di un'istanza di rinegoziazione[30]. Una lettura *a contrario* di questo orientamento porta a concludere nel senso che fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva, della cui forza onnivora pare difficile dubitare[31], debba predicarsi la giurisdizione del g.o., in ragione dell'inequivoco dato normativo.

L'opposta tesi ritiene, invece, che l'amministrazione sia titolare di un potere discrezionale che dialoga con l'interesse legittimo dell'appaltatore colpito dalla sopravvenienza, dal momento che la rinegoziazione, ai sensi dell'art. 9, comma 1, cpv., deve avvenire nei limiti delle risorse economiche stanziate dalla Stazione appaltante al momento della programmazione dell'intervento; talché, l'amministrazione sarebbe tenuta ad una attività di ponderazione dei diversi interessi coinvolti nella vicenda procedimentale, tra cui l'interesse legittimo pretensivo dell'affidatario alla rinegoziazione del contratto[32]. L'argomento prova troppo e finisce per confondere la discrezionalità amministrativa con la funzionalizzazione dell'attività *iure privatorum* dell'amministrazione a fini di interesse pubblico. Invero, l'azione amministrativa, anche quando espressa attraverso moduli non autoritativi, è diretta al perseguimento dell'interesse pubblico[33]; infatti, la garanzia costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, unitamente alle sue declinazioni di settore, si riferisce all'amministrazione-apparato, non già all'amministrazione-potere[34]. In altri termini, l'impiego di moduli privatistici non esonera l'amministrazione dal perseguimento dell'interesse pubblico[35]. Una cosa è la discrezionalità amministrativa, altra la funzionalizzazione dell'attività amministrativa di diritto privato al perseguimento dell'interesse pubblico[36]. Il presupposto della discrezionalità amministrativa è

[30] Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 3068, in *Urb. e app.*, 3, 2024, p. 413 ss., con nota di G. AGATI, *Il silenzio-inadempimento in materia di rinegoziazione delle concessioni di pubblici servizi e riparto di giurisdizione*.

[31] In tal senso, C. E. GALLO, La *giurisdizione amministrativa*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, Torino, 2024, p. 108.

[32] G. F. NICODEMO, *op. cit.*, p. 569.

[33] In tal senso, con particolare riguardo all'attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici, G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto*, in *Autorità e consenso nei contratti pubblici*, Torino, 2017, p. 150.

[34] Così M. FRATINI, *ult. op. cit.*, p. 429.

[35] In tal senso, VILLATTA-M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 95, secondo cui «*del tutto vaga risulta, infatti, l'affermazione in base alla quale l'amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale debba perseguire l'interesse pubblico, il quale si pone come misura di valore della decisione discrezionale. Del resto, tutta l'attività amministrativa, sia quella provvedimentale, sia quella negoziale, è funzionalizzata*». Non a caso, l'art. 8 del nuovo codice degli appalti prevede che l'autonomia privata delle stazioni appaltanti è funzionalizzata al perseguimento delle finalità istituzionali, con ciò avallando l'idea secondo cui anche l'attività di diritto privato è preordinata al soddisfacimento del superiore interesse della collettività.

[36] Secondo la classica definizione del Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e Problemi*, Milano, 1939, p. 77, la discrezionalità amministrativa consiste in una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi, pubblici e privati coinvolti in una vicenda di esercizio del potere, in maniera tale che ciascuno di essi «*sia soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene che abbia nella fattispecie*».

ISSN 2036-7821

l'esercizio di un potere autoritativo: senza potere non può esservi vera discrezionalità. La tesi in esame finisce dunque per inferire la sussistenza di un potere discrezionale dalla compresenza di limiti di carattere economico al diritto alla rinegoziazione, non considerando che l'art. 120, comma 8, ricostruisce la posizione dell'amministrazione, a fronte dell'istanza di rinegoziazione dell'operatore economico, in termini di «obbligo», dizione, quest'ultima, del tutto incompatibile con la pretesa situazione di potere in capo all'amministrazione[37].
Non deve poi stupire la "procedimentalizzazione" della rinegoziazione di cui all'art. 120, comma 8; infatti, atteso che l'azione amministrativa, quantunque condotta secondo moduli privatistici, deve tendere alla realizzazione dell'interesse pubblico, la previsione di finestre partecipative e di termini per lo svolgimento delle trattative è coerente con la logica della «*massima tempestività*» di cui all'art. 1 del nuovo codice. Pertanto, la ricostruzione dell'art. 9 in termini di norma di azione, nella misura in cui stabilisce limiti, economie e finalità della rinegoziazione, non pare sufficientemente avallata dal dato normativo.

4. Inadempimento della stazione appaltante e tutele esperibili dall'appaltatore: il problema dell'esecuzione in forma specifica.
La ricostruzione del diritto alla rinegoziazione in guisa di diritto soggettivo influisce sul ventaglio di tutele, esperibili dinanzi al g.o., a disposizione dell'operatore economico in caso di inerzia dell'amministrazione. Esclusa l'azione contro il silenzio-inadempimento di cui agli artt. 31, comma 3, e 117 c.p.a., l'art. 120, comma 8, sancisce che il RUP, ricevuta la richiesta di rinegoziazione, debba formulare una proposta di un nuovo accordo entro un termine non superiore a tre mesi, il cui decorso è fonte di responsabilità per l'amministrazione. Benché il decorso del termine integri un inadempimento qualificato, non pare che l'operatore economico possa agire contro la stazione appaltante per la risoluzione del contratto *ex* art. 1453 c.c. siccome la caducazione del contratto violerebbe al contempo i principi del risultato e della conservazione del contratto pubblico, di cui agli artt. 1 e 9 del nuovo codice. Se si ammettesse il rimedio della risoluzione, per una sorta di eterogenesi dei fini, uno strumento di carattere manutentivo, come la rinegoziazione del contratto, finirebbe per operare in guisa di un rimedio caducatorio, in spregio allo spirito della riforma. Pertanto, il riferimento alla responsabilità di cui all'art. 120, comma 8, va più

[37] Come già notato da B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 120; negli stessi termini, F. GOISIS-P- PANTALONE, *op. cit.*, p. 130. La correlazione tra diritto alla rinegoziazione dell'appaltatore e obbligo dell'amministrazione di trattare secondo buona fede, ritraibile dall'intreccio degli artt. 9 e 120, comma 8, riporta alla mente la nota definizione del Pugliese, *Actio e diritto subbiettivo*, Milano, 1939, p. 60, del diritto soggettivo come «*particolare situazione di preminenza di un soggetto di diritto rispetto ad uno o a tutti gli altri relativamente a un determinato bene della vita, quale risulta da un obbligo gravante sui secondi nei confronti ed in favore del primo, ed avente per oggetto quel bene*».

ISSN 2036-7821

correttamente inteso come alla responsabilità precontrattuale per violazione dell'obbligo di buona fede in fase di trattativa, *ex* art. 1337 c.c.. Per giunta, è ragionevole supporre che il risarcimento del danno dovrà essere pari all'interesse positivo differenziale[38]: il giudice, ai fini della quantificazione del danno, sarà tenuto ad effettuare un giudizio prognostico di carattere ipotetico, volto a ricostruire quale sarebbe stato il contenuto del contratto qualora l'amministrazione non avesse posto in essere la condotta scorretta. Peraltro, l'attività di quantificazione è facilitata dalla circostanza che l'art. 9 fissi un *price-cap* agli oneri sostenibili in sede di rinegoziazione[39]; talché, il risarcimento dell'interesse positivo differenziale non potrà mai eccedere il valore delle somme indicate nel quadro economico di intervento alle voci «imprevisti e accantonamenti».

Non è escluso che oltre al rimedio di carattere risarcitorio l'appaltatore possa domandare, in caso di inadempimento dell'amministrazione, l'esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 c.c., del contratto adeguato. Nonostante si tenda a negare la possibilità in forma specifica l'obbligo di rinegoziare[40], in ragione della ontologica differenza tra obbligo di rinegoziare e obbligo di contrarre, nel particolare contesto degli appalti pubblici pare sostenibile una diversa tesi che, in applicazione dei principi del risultato e della conservazione del contratto pubblico, riconosca al giudice un vero e proprio potere sostitutivo dell'autonomia negoziale delle parti. La valorizzazione del quadro economico come limite quantitativo del diritto al riequilibrio del contratto, di cui all'art. 9, gli conferisce una particolare rilevanza esterna in quanto esso diventa un parametro estremamente rilevante per l'appaltatore, al fine di conoscere quale sia lo spazio di adeguamento delle proprie pretese in caso di eventi straordinari ed imprevedibili[41]. Il quadro economico, da

[38] Su cui si veda V. ROPPO, *op. cit.*, p. 179 ss.; M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, cit., p. 1206.

[39] Cfr. *supra* § 3.

[40] Cfr. S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1, 2016, p. 179 ss., secondo cui «*l'art. 2932 si riferisce ad un obbligo a contrarre e non ad un obbligo a trattare, come l'obbligo di rinegoziazione in cui non si prevede l'obbligo di dar vita ad un contratto definitivo avente un certo contenuto. Il discorso vale sia per le clausole di rinegoziazione che prevedano il mero obbligo di iniziare la trattativa sia per quelle che dettano criteri sufficientemente specifici e tali da consentire l'emissione di una sentenza costitutiva che esegua in forma specifica l'obbligo di contrarre. L'obbligo a rinegoziare è altro dall'obbligo a contrarre che presuppone un contenuto contrattuale di riferimento*»; F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 81; *contra* A. FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, p. 209 ss.; nonché S. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 7, 2012, p. 572 ss., spec. 582, il quale ritiene possibile praticare «*un'interpretazione evolutiva della norma sull'esecuzione in forma specifica – soprattutto alla luce del fatto che l'intervento del giudice rappresenta un elemento ineliminabile per conferire effettività all'obbligo di rinegoziare*». Nello stesso cfr. la Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione dell'8 luglio 2020, n. 56, *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19*, p. 27, ove si legge che il ricorso all'art. 2932 c.c. per attuare l'obbligo inadempiuto di rinegoziare non è così avventato quando «*le variate circostanze attengono ai costi indispensabili ad eseguire la prestazione, l'adattamento del contratto può condursi attraverso una rimodulazione delle modalità attuative della prestazione o mediante una revisione al rialzo dei costi con incremento del prezzo finale in ambito contrattuale e concorsuale*».

[41] Così M. COMBA, *op. cit.*, p. 1983.

ISSN 2036-7821

mero atto interno, assurge a dignità di elemento la cui conoscenza da parte dell'operatore economico è necessaria per formulare un'offerta di modificazione congrua e informata al RUP; al contempo, le voci «imprevisti e accantonamenti» del quadro economico, segnando il limite di valore massimo entro cui il RUP può accogliere la proposta di rinegoziazione formulata dall'appaltatore, forniscono al giudice un utile parametro per l'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art. 2932 c.c.
Più precisamente, la valorizzazione del quadro economico contenuta nell'art. 9, supporta l'idea per cui l'appaltatore vanti un diritto potestativo alla modificazione del contratto nei limiti delle risorse indicate nel quadro economico. Pertanto, la sentenza costitutiva del giudice non creerebbe il precetto negoziale sostitutivo di quello divenuto squilibrato a causa delle interferenze da sopravvenienza, bensì adeguerebbe il corrispettivo dovuto all'appaltatore nei limiti tracciati dall'art. 9[42].
Inoltre, la stessa Relazione di accompagnamento al nuovo codice, nella parte in cui lega il diritto alla rinegoziazione dell'appalto pubblico alle "suggestioni" provenienti dagli strumenti di *soft law*[43], induce a ritenere che l'inerzia della pubblica amministrazione, a fronte dell'istanza dell'appaltatore, sia sanzionabile con il rimedio di cui all'art. 2932 c.c..
Tale soluzione non è poi così eversiva se si considera che l'impossibilità di adeguamento giudiziale del contratto incentiverebbe l'appaltatore, in base a valutazioni di opportunità, ad eseguire una prestazione di qualità inferiore rispetto a quella indicata nell'offerta tecnica, in grave pregiudizio dell'interesse pubblico. Tale esito, potenzialmente pregiudizievole del principio del risultato, nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti di assicurare il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo dell'opera pubblica, dovrebbe indurre gli interpreti a caldeggiare una lettura funzionalizzata e "smussata" dei limiti del rimedio di cui all'art. 2932 c.c..

5. Obbligo di trasparenza del RUP e interesse legittimo dei competitors.

Peraltro, non è escluso che nella vicenda negoziale sottesa alla rinegoziazione del contratto di appalto divenuto squilibrato possano innestarsi posizioni di interesse legittimo di altri operatori economici. L'art. 120, comma 14, prevede l'obbligo di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, a cura della stazione

[42] L'idea espressa nel testo fa eco a quanto anzitempo affermato da A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 667, spec. 714, secondo cui «*altro è che quei criteri siano concretamente dettati, ancorché bisognosi di ricognizione, applicazione, e al caso qualche sviluppo e integrazione; altro è che le parti (come spesso accade nella prassi) dettino solo vaghe clausole generali di equità, buona fede, proporzionalità, appropriatezza, e simili. Le osservazioni appena spese si riferiscono al primo caso. Il giudice potrà qui intervenire coercitivamente, anche con poteri di integrazione marginale, alla stessa stregua di quanto si ammette per la determinazione ai sensi dell'art. 2932 c.c. del contratto definitivo*».

[43] Si allude, in particolare, alle clausole di *hardship* di cui ai Principi Unidroit e ai PECL (*supra* nota n. 3), i quali rispettivamente, agli artt. 6.2.3. e 6: 111, prevedono la possibilità per il giudice di sostituirsi all'autonomia privata in caso di fallimento delle trattative.

ISSN 2036-7821

appaltante, delle modifiche del contratto avvenute nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere b) e c). Inoltre, il comma 15 prevede che il RUP abbia l'obbligo di comunicare e trasmettere all'ANAC tutte le modifiche apportate ai contratti in corso, la cui inosservanza è fonte di sanzioni amministrative pecuniarie *ex* art. 222, comma 13. Tali disposizioni sono pratica declinazione dei principi di trasparenza e di "*par condicio competitorum*", la cui violazione consente alle imprese non aggiudicatarie o addirittura estranee alla gara di agire dinanzi al g.a.[44]. Infatti, se mancano i presupposti dell'art. 120 e vi è comunque stata una modifica contrattuale (sostanziale) senza nuova gara, si verifica di fatto un affidamento diretto illegittimo, la cui contestazione, pur attenendo ad una vicenda esecutiva, rientra nel contenzioso sulle procedure di affidamento di spettanza della giurisdizione esclusiva del g.a.[45], siccome l'operatore economico ricorrente vanta un interesse strumentale alla corretta esplicazione delle condizioni concorrenziali di accesso alla gara[46]. L'impugnazione dovrà dunque essere diretta contro il provvedimento amministrativo implicito di aggiudicazione di un nuovo contratto pubblico[47], emanato in violazione delle regole

[44] Cfr. Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 477, in Dejure, secondo cui la scelta di ricorrere a trattativa privata per l'affidamento di un servizio è sindacabile sotto il profilo dei presupposti che legittimano la stazione appaltante ad adottare tale procedura in luogo di quelle più confacenti ai principi comunitari di apertura del mercato delle commesse pubbliche, con l'implicazione che l'impugnazione avverso la decisione potrebbe essere esperita da tutti gli operatori economici appartenenti al settore cui si riferisce il contratto stipulando, ritenendosi tale appartenenza idonea a differenziarne la posizione giuridica sostanziale rispetto a quella del *quivis de populo*; v. anche Cass. civ., sez. un., 31 ottobre 2019, n. 28211, in Dejure, ove si legge che «*la domanda con cui il terzo titolare di posizione differenziata […], contestando la sussistenza dei presupposti per la modifica o variazione del contratto durante il periodo di efficacia, previsti dall'art. 106, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, invochi l'annullamento o la declaratoria di inefficacia degli atti amministrativi con cui la P.A. committente abbia ampliato l'oggetto dello stesso in favore dell'aggiudicatario, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, venendo in rilievo, non già una questione relativa all'esecuzione del contratto […], né una questione di invalidità del contratto per vizi del procedimento di evidenza pubblica, bensì l'illegittima decisione dell'ente committente di procedere all'affidamento diretto dei lavori o servizi aggiuntivi in favore dell'aggiudicatario, senza indire un'ulteriore gara d'appalto, così ledendo l'interesse legittimo del terzo a partecipare a tale gara*».

[45] Così R. DE NICTOLIS, *Il processo in materia di appalti pubblici*, in *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2023, p. 2008, secondo cui, pur consistendo la rinegoziazione in una trattativa pura tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, essa può comunque tradursi in una violazione delle regole dell'evidenza pubblica, denunciabile in giudizio dai controinteressati, i quali, lamentando l'utilizzo della rinegoziazione in luogo della gara, devono agire dinanzi al g.a. ai sensi dell'art. 133 lett. e) c.p.a..

[46] Nel senso che si tratti di un interesse strumentale alla caducazione dell'atto di affidamento diretto della commessa e all'attivazione di una vera e propria procedura di evidenza pubblica, F. CARINGELLA, *op. cit.*, p. 1338; sulla tutelabilità degli interessi strumentali in guisa di posizioni giuridiche di vantaggio allorquando la violazione dei primi possa incidere sul bene della vita finale anelato dal privato, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo*, Torino, 2017, p. 230 ss..

[47] La giurisprudenza amministrativa propende per l'ammissibilità del provvedimento amministrativo implicito, a condizione che: a) esista, a monte, una manifestazione espressa di volontà (affidata ad un atto amministrativo formale o anche ad un comportamento a sua volta concludente), da cui possa desumersi l'atto implicito: e ciò in quanto la rilevanza relazionale dei comportamenti amministrativi deve essere apprezzata, in termini necessariamente contestualizzati, nel complessivo quadro dell'azione amministrativa; b) la manifestazione di volontà a monte provenga da un organo amministrativo; c) non sia normativamente imposto il rispetto di una forma solenne, dovendo operare il generale principio di libertà delle forme; d) dal comportamento si desuma in

ISSN 2036-7821

dell'evidenza pubblica, entro il termine semestrale decorrente dalla stipulazione del contratto previsto dall'art. 120, comma 3, c.p.a.

L'impossibilità di ricorrere al g.a. decorsi sei mesi dalla rinegoziazione del contratto che non ha avuto alcuna pubblicità[48], non esclude che il g.o. possa adeguatamente tutelare gli interessi degli operatori economici esclusi. In caso contrario si indulgerebbe forse a riconoscere al fatto compiuto un'importanza eccessiva; nella logica del bilanciamento tra l'interesse alla celere esecuzione dell'opera e il principio di trasparenza dell'azione amministrativa, strumentale al diritto alla parità di accesso alle commesse pubbliche, maturata la preclusione prevista dall'art. 120, comma 3, c.p.a., l'ordinamento deve riconoscere agli operatori economici pregiudicati una qualche forma di tutela giurisdizionale. Talché, per fugare dubbi di costituzionalità, la decadenza semestrale va intesa come mera preclusione dell'azione dinanzi al giudice amministrativo e non come decadenza da ogni forma di tutela giurisdizionale avverso l'aggiudicazione illegittima[49]. A tale ricostruzione non osta il dettato dell'art. 133 lett. e) c.p.a. che qualifica *in subiecta materia* la giurisdizione del g.a. come "esclusiva", giacché essa attiene alla fase antecedente alla stipula ovvero a quella dell'evidenza pubblica, non già al rapporto contrattuale. Non sembra, dunque, inibito al g.o. disapplicare incidentalmente l'aggiudicazione implicita, emessa in violazione dei presupposti di cui all'art. 120 del d.lgs. 36 del 2023, anche oltre il termine semestrale di decadenza.

Passando ai rimedi esperibili, l'imprenditore, venuto a conoscenza oltre il termine semestrale della rinegoziazione pratica in assenza dei presupposti di legge, potrà domandare al g.o. l'accertamento della nullità del contratto d'appalto pubblico concluso nonostante la violazione delle regole imperative dell'evidenza pubblica[50], fermo restando il diritto al risarcimento del danno per perdita di *chances*[51].

---

modo non equivoco la volontà provvedimentale, dovendo esistere un collegamento di necessaria implicazione tra atto implicito e atto presupponente; e) che, in ogni caso, emergano *e factis* gli elementi necessari alla ricostruzione del potere esercitato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 589; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5822; T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 15 marzo 2023, n. 658; T.A.R. Firenze, (Toscana) sez. II, 12 luglio 2023, n. 701, tutte in Dejure).

[48] Osserva opportunamente F. FIGORILLI, *Tratti peculiari del rito speciale in materia di appalti*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villatta, Torino, 2012, p. 1030 ss., che l'art. 120, comma 3, c.p.a. infrange un principio consolidato nel nostro ordinamento processuale, secondo cui in assenza di idonee forme di comunicazione/notificazione/pubblicazione dei provvedimenti amministrativi «*è la piena conoscenza a costituire il parametro di riferimento per calcolare i termini per proporre ricorso al avanti al giudice*».

[49] Così M. FRACANZANI, *Il rito in materia di contratti pubblici*, in *Diritto processuale amministrativo*, diretto da G. P. Cirillo, Milano, 2017, p. 1196 ss.

[50] Per la sussistenza della giurisdizione del g.o. rispetto alle controversie in materia di nullità contrattuale, Cass. civ., sez. un., 31 gennaio 2017, n. 2482, in *Onelegale*.

[51] Su cui v. l'ottimo lavoro di S. BARONE, *La tutela giurisdizionale delle* chances *illegittimamente perdute*, Roma, 2023, p. 201, ove correttamente si prospetta l'alternatività della domanda di risarcimento del danno da perdita di *chances* rispetto a quella principale.

ISSN 2036-7821

Pertanto, la giurisdizione sulle vicende modificative del contratto spetta al g.o. quando l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare viene contestato dall'appaltatore, mentre spetterà al g.a. qualora il terzo estraneo rispetto al contratto, titolare di un interesse strumentale al rifacimento della gara, contesti la violazione dei presupposti previsti dagli artt. 9 e 120, lamentando un affidamento diretto della commessa pubblica fuori dai casi tassativamente previsti dalla legge[52]. Infine, esigenze di effettività della tutela giurisdizionale impongono di riconoscere la giurisdizione del g.o. una volta decorso il termine di decadenza semestrale dalla sottoscrizione del contratto rinegoziato in assenza dei presupposti, fattuali e pubblicitari, previsti dall'art. 120.

[52] Sulla legittimazione del terzo non aggiudicatario, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2004, p. 1160 ss., con nota di A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Dubbi amletici sui canali di segnalazione interna di whistleblowing

di Patrizia Parisi

(Dottoressa in Giurisprudenza)

Sommario

Introduzione - 1. La struttura gerarchica dei canali di segnalazione - 2. Il canale di segnalazione interno – 3. Segnalazioni scritte e/o orali: opzione singola o duplice? – 4. Le modalità per la segnalazione scritta e orale. – 5. La condivisione del canale di segnalazione: a) i soggetti legittimati. - 5.1 Segue: b) le modalità di condivisione – 6. Conclusioni.

Abstract

March 10, 2023 marked the launch of Legislative Decree no. 24 in our legal system, with which, in execution of the delegation contained in art. 13 of Law no. 127 of August 4, 2022, EU Directive 2019/1937 on the protection of persons reporting violations of Union law was implemented in Italy and the legislation already existing in our country regarding the protection of authors of reports of known illicit conduct by reason of the employment relationship was amended.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

Introduzione.

Il 10 marzo 2023 ha segnato il varo nel nostro ordinamento del decreto legislativo n. 24[1], con il quale, in esecuzione della delega contenuta nell'art. 13 della legge 4 agosto 2022, n. 127, si è recepita in Italia la Direttiva U.E. 2019/1937[2] sulla protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e si è modificata la normativa già esistente nel nostro Paese in materia di tutela degli autori di segnalazioni di condotte illecite conosciute in ragione del rapporto di lavoro.

Com'è risaputo, in Italia, la fattispecie comunemente nota con il termine anglofono di *whistleblowing* e volta a tutelare il dipendente che avesse rivelato condotte illecite apprese in ragione del rapporto di lavoro, aveva ricevuto una prima disciplina "organica", relativamente al settore pubblico, ad opera della cd. legge Severino[3], che aveva inserito nel Testo unico del pubblico impiego (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) una disposizione *ad hoc*, vale a dire l'art. 54-*bis*[4].

---

[1] Le disposizioni del decreto - pubblicato nella Gazzetta ufficiale del 15 marzo 2023 ed entrato in vigore il 30 marzo (dopo l'ordinario periodo di *vacatio legis*) - hanno avuto una efficacia differita al 15 luglio 2023, eccezion fatta per quelle relative ai soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato, fino a duecentoquarantanove, per i quali la decorrenza dell'obbligo di istituzione del canale interno è stata fissata nel 17 dicembre 2023 (cfr. art. 24, co. 1 e 2, d.lgs. n. 24 del 2023).

[2] V. Direttiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, pubblicata il 26 novembre 2019, in Gazzetta Ufficiale UE L. 305/17.

[3] Il riferimento è alla Legge 11 novembre 2012, n. 190, in particolare all'art. 1, co. 51. Prima della Legge Severino si registra l'esistenza nel nostro ordinamento di alcuni interventi normativi volti a promuovere la comunicazione di informazioni su condotte illecite. Si trattava, però, di ipotesi settoriali, peraltro non sempre completamente assimilabili alla fattispecie del *whistleblowing*. Per richiami alla legislazione antecedente al 2012, v., *ex multis*, G. FRASCHINI – N. PARISI – D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno, 2011; R. LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare "ad occhi chiusi"?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, pp. 335 ss.; R. CANTONE, La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001, in B. G. MATTARELLA – M. PELLISSERO (a cura di), La legge anticorruzione, Giappichelli, 2013, pp. 250 ss.; G. LIGUORI, La figura del whistleblower in Italia, in Resp. amm. enti, 2015., 2, pp. 157 ss; A. RICCIO, La tutela del whistleblower in Italia, in Giorn. dir. lav. relaz. ind., 2017, 1, pp. 142 ss.; G. CARDINALE, *Whistleblowing: tra discipline di settore e interventi di riforma*, in *Giur. pen. web*, 2018, 6, pp. 1 ss.; S. M. CORSO, *Il whistleblowing dopo la legge n. 179/2017. La tutela del prestatore d'opera che segnala illeciti aziendali*, LaTribuna, 2018, pp. 97 ss.; S. M. CORSO, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli, 2020, pp. 73 ss.

[4] Per un approccio alla disciplina introdotta dalla legge Severino si rinvia, a titolo meramente esemplificativo, a: R. CANTONE, La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001, cit., pp. 243 ss.; R. PATUMI, *Il whistleblowing come introdotto dalla legge anticorruzione*, in *Azienditalia*, 2013, 8-9, pp. 365 ss.; L. RIZZA, *La tutela del dipendente pubblico ex art. 1 comma 51 legge n. 190/2012. Diffondere la cultura del whistleblowing per un'efficace lotta alla corruzione*, in *I quaderni europei*, 2013, 58, pp. 3 ss.; A. MARCIAS, *La disciplina del whistleblowiong tra prospettive di riforma e funzioni dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I. A. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, 2016, pp. 173 ss.; M. DE ROSA, *La prevenzione della corruzione nella tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblowing)*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione* Carocci Editore, 2017, pp. 137 ss.; A. RICCIO, *La tutela del whistleblower in Italia*, cit., pp. 139 ss..

ISSN 2036-7821

Pur vantando una regolamentazione di conio non vecchio, l'istituto è stato fatto segno, nel corso di poco più di un decennio dal suo esordio nel nostro ordinamento, di diversi interventi riformatori.
Il primo, nel 2014, si realizzava con il cd. decreto Madia (d.l. 24 giugno 2014, n. 90), con il quale si aggiungeva anche l'Anac tra i destinatari delle segnalazioni: un *addendum* di poche parole ma di notevole impatto nella realtà.
Più consistente il *restyling* effettuato con la legge 30 novembre 2017, n. 179, composta di soli tre soli articoli tutti dedicati all'istituto[5]. La riforma intervenuta, pur non essendo riuscita a creare un *corpus* unitario dedicato alla materia perché alcune delle sue disposizioni erano innestate in altri provvedimenti legislativi, apportava, però, modifiche di rilievo. In particolare, la novella, con l'art. 1, riscriveva l'art. 54-*bis* del d.lgs. 165/2001; introduceva poi, con il successivo art. 2, una tutela anche per il segnalante di illeciti nel settore privato, aggiungendo all'art. 2 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, i commi 2 *bis*, 2 *ter* e 2 *quater*; dettava, infine, all'art. 3 – unico rimasto nella *sedes* d'origine – una disciplina per il caso di rivelazione di segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico ed industriale, destinata ad operare sia nel campo pubblico che in quello privato.
Anche la conformazione assunta in seguito alla legge n. 179, però, non era destinata a durare nel tempo.

[5] Con l'avvento della riforma del 2017, la letteratura in materia si è arricchita di vari contributi anche monografici. Senza pretesa di esaustività si rinvia - per le monografie - a: S. M. CORSO, *Il whistleblowing dopo la legge n. 179/2017. La tutela del prestatore d'opera che segnala illeciti endoaziendali*, LaTribuna, 2018; P. PIZZUTI, *Whistleblowing e rapporto di lavoro*, Giappichelli, 2019; S. M. CORSO, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli, 2020; A. DELLA BELLA – S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del Convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020. Per altri lavori sul tema v. D. BOLOGNINO, *Spunti di riflessione sui chiaro-scuri della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, in *Amministrazione in cammino*, 13.3.2018; F. COPPOLA, *Il Whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 4, pp. 475 ss; M. MARTONE, *La repressione della corruzione e la tutela del whistleblower alla luce della l. 30 novembre 2017*, n. 179, in *Adl*, 2018, 1, pp. 61 ss.; N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2018, 1, pp. 2 ss.; F. COPPOLA, *Ricompensare chi segnala condotte illecite: pros & cons di una possibile riforma del whistleblowing*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della P.a. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Giappichelli, 2018, pp. 162 ss.; S. VILLAMENA, *Il whistleblowing pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3-4, pp. 841 ss.; L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2020, 2, pp. 1 ss.; R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio della riforma del 2017*, in *Sistema penale*, 29.6.2020; F. DALL'ACQUA, *Il whistleblowing nella prassi applicativa*, in A. DELLA BELLA – S. ZORZETTO (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del Convegno annuale del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"*, cit., pp. 521 ss.; D. TAMBASCO, *La protezione del whistleblower all'esame della giurisprudenza di merito e delle linee guida ANAC: effettività della tutela o diabolica probatio?*, in *Il giuslavorista*, 21.2.2022, pp. 1 ss. V. inoltre, F. D'AMORA – G. FERA, *La disciplina del whistleblowing. Le indicazioni dell'Anac.*, in A. ORLANDI – R. TORINO – E. M. TRIPODI (a cura di), *Privacy, trasparenza, anticorruzione, antiriciclaggio, responsabilità degli enti*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, pp. 1281 ss.; IDD., *Le procedure*, in A. ORLANDI – R. TORINO – E. M. TRIPODI (a cura di), *Privacy, trasparenza, anticorruzione, antiriciclaggio, responsabilità degli enti*, cit., pp. 1301 ss.; IDD., *Il risarcimento dei danni*, in A. ORLANDI – R. TORINO – E. M. TRIPODI (a cura di), *Privacy, trasparenza, anticorruzione, antiriciclaggio, responsabilità degli enti*, cit., 1332 ss.

ISSN 2036-7821

Nell'ottobre del 2019, infatti, il Parlamento europeo e il Consiglio dell'U.E. adottavano la direttiva 2019/1937, poc'anzi citata, volta, in settori puntualmente elencati[6], ad uniformare negli Stati membri la disciplina sulla protezione degli informatori che segnalano violazioni del diritto dell'Unione, lasciando tuttavia impregiudicato il potere di ciascun Paese membro di estendere la tutela pure ad altri ambiti, al fine di garantire un quadro completo e coerente a livello nazionale[7].
L'*iter* per l'allineamento alle indicazioni sovranazionali è stato tortuoso[8].
Con la legge di delegazione europea 22 aprile 2021, n. 53 si è, infatti, affidato al Governo il compito di recepire la normativa comunitaria ma il termine previsto per conformarsi alle prescrizioni dell'Unione è spirato invano[9] con conseguente apertura di una procedura di infrazione[10].

---

[6] In particolare, l'art. 2 della Direttiva, rubricato "Ambito di applicazione materiale" recitava: 1. La presente direttiva stabilisce norme minime comuni di protezione delle persone che segnalano le seguenti violazioni del diritto dell'Unione: a) violazioni che rientrano nell'ambito di applicazione degli atti dell'Unione di cui all'allegato relativamente ai seguenti settori: i) appalti pubblici; ii) servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo; iii) sicurezza e conformita` dei prodotti; iv) sicurezza dei trasporti; v) tutela dell'ambiente; vi) radioprotezione e sicurezza nucleare; vii) sicurezza degli alimenti e dei mangimi e salute e benessere degli animali; viii) salute pubblica; ix) protezione dei consumatori; x) tutela della vita privata e protezione dei dati personali e sicurezza delle reti e dei sistemi informativi; b) violazioni che ledono gli interessi finanziari dell'Unione di cui all'articolo 325 TFUE e ulteriormente specificate nelle pertinenti misure dell'Unione; c) violazioni riguardanti il mercato interno, di cui all'articolo 26, paragrafo 2, TFUE, comprese violazioni delle norme dell'Unione in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, nonche violazioni riguardanti il mercato interno connesse ad atti che violano le norme in materia di imposta sulle societa` o i meccanismi il cui fine e` ottenere un vantaggio fiscale che vanifica l'oggetto o la finalita` della normativa applicabile in materia di imposta sulle societa`. 2. La presente direttiva non pregiudica il potere degli Stati membri di estendere la protezione prevista dal diritto nazionale relativamente a settori o atti non contemplati dal paragrafo 1.

[7] Sull'incidenza della Direttiva sull'istituto del *whistleblowing*, v. P. NOVARO, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di whistleblowing alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2019, 5, pp. 737 ss.; R. MARAGA, *L'Unione Europea adotta la Direttiva sul Whistleblowing*, in *Il giuslavorista*, 10.10.2019, pp. 1 ss; A. F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen.*, 2020, 2, pp. 11 ss.; A. BOSCATI, *La disciplina del whistleblowing nel settore pubblico nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *ADL*, 2020, 3, pp. 521 ss.; S. M. CORSO, *La Direttiva europea 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2020, 6, pp. 600 ss.; C. MARENGHI, *Direttiva sul whistleblowing e ordinamento italiano: qualche riflessione in vista dell'attuazione*, in *Jus-online*, 2020, 6, pp. 113 ss.; G. ARMONE, *Whistleblowing e direttiva 1937/2019/UE: questioni lavoristiche e non*, in *Diritti Lavori mercati*, 2021, 3, pp. 573 ss.

[8] In termini, D. TAMBASCO, *Introduzione*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 7.

[9] In merito ai termini per la trasposizione delle indicazioni sovranazionali appare opportuna una precisazione. L'art. 26 della Direttiva fissava nel 17 dicembre 2021 il giorno di scadenza entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto dotarsi di norme interne per conformarsi a quelle europee e, in deroga a questa prescrizione, poneva nel 17 dicembre 2023 la *dead line* per l'efficacia delle disposizioni relative ai soggetti del settore privato con un numero di dipendenti compreso tra le 50 e le 250 unità. Il riferimento a queste date, però, non è da solo sufficiente a definire del tutto il cronoprogramma. I confini temporali così delineati, infatti, vanno coordinati con quanto previsto nel nostro ordinamento in ordine all'adempimento degli obblighi derivanti all'Italia dalla partecipazione all'Unione, in particolare, con la legge 24 dicembre 2012, n. 234. Quest'ultima, com'è noto, nell'*incipit* dell'art. 31, co. 1, stabilisce che, laddove, come nel caso in esame, si provveda all'attuazione della Direttiva in seguito ad una delega al Governo contenuta in una cd. legge di delegazione europea, l'Esecutivo

ISSN 2036-7821

Si è arrivati, così, nell'estate del 2022, alla seconda legge di delegazione europea[11] in esecuzione della quale è stato – finalmente – varato il decreto legislativo n. 24 del 2023[12] contenente, come poc'anzi rilevato, novità di rilievo in materia di *whistleblowing*[13].

Esula dagli obiettivi del presente lavoro una disamina di tutti i profili dell'istituto. In questa sede ci si soffermerà, limitatamente al settore pubblico[14], sul canale di segnalazione interno, mettendone in evidenza i non pochi profili di problematicità.

---

debba, nel rispetto del mandato ricevuto, adottare il relativo decreto legislativo entro il termine di quattro mesi antecedenti a quello di recepimento indicato nel provvedimento da trasporre. Nello specifico, il compito al Governo di conformarsi alle indicazioni sovranazionali era stato assegnato con la legge di delegazione europea 22 aprile 2021, n. 53 (art. 23); il limite per adeguarsi alla normativa comunitaria, alla luce di quanto fin qui evidenziato, avrebbe pertanto dovuto essere il 17 agosto 2021.

[10] V., in particolare, la procedura 2022/0106. Quest'ultima è stata aperta dalla Commissione europea il 27 gennaio 2022 con una messa in mora (ex art. 258 TFUE) nei confronti dell'Italia, cui ha fatto seguito il successivo 15 luglio un parere motivato con il quale si sono cristallizzate le contestazioni addebitate. Il persistere dell'inadempimento da parte del nostro Paese ha portato all'attivazione della fase contenziosa con la decisione in data 15 febbraio 2023 di un ricorso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; decisione poi sospesa in data 1 giugno 2023.

[11] Cfr. art. 13 della legge 4 agosto 2022, n. 127.

[12] Sui termini per l'approvazione del decreto legislativo n. 24 del 2023 occorre richiamare, ancora una volta, le disposizioni contenute nella legge n. 234 del 2012, in particolare nell'art. 31, co. 1 e 3. Il primo comma, dopo aver stabilito che, in presenza di una legge di delegazione europea, il decreto attuativo deve essere adottato nel termine di quattro mesi antecedenti a quello di recepimento indicato nella Direttiva, precisa anche che, laddove la soglia così determinata sia già scaduta alla data di entrata in vigore della legge delega, "il Governo adotta i decreti legislativi di recepimento entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge medesima". L'art. 31, co. 3, invece, scandisce il cronoprogramma per l'eventualità in cui sia previsto un parere delle competenti Commissioni parlamentari, stabilendo che lo schema di decreto sia inviato a queste ultime per il relativo adempimento e che, decorsi quaranta giorni dalla data di trasmissione, il provvedimento, anche in assenza dei rilievi del Parlamento, sia comunque emanato. A questa regola si fa eccezione laddove il tempo concesso per le valutazioni di Camera e Senato ricada nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini di delega. In questo caso, infatti, al fine di consentire al Governo di recepire e ponderare le eventuali indicazioni provenienti dai deputati, il legislatore ha previsto un differimento della *dead line* della delega di tre mesi. Nell'ipotesi in esame, spirata invano la data del 17 dicembre 2021 (*rectius* 17 agosto) per adeguarsi ai dettami dell'UE, è intervenuta la seconda legge di delegazione europea (legge 4 agosto 2022, n. 127), entrata in vigore il 10 settembre 2022. Individuato così il *dies a quo* per il calcolo dei tre mesi previsto dall'art. 31, co. 1, della legge n. 234 del 2012, il decreto di recepimento avrebbe dovuto essere varato entro il 10 dicembre 2022. La trasmissione dell'atto al Parlamento per il relativo parere, tuttavia, ha fatto sì che, in applicazione dell'art. 31, co. 3, la soglia per l'esercizio della delega fosse spostata al 10 marzo 2023.

[13] Definisce il provvedimento un "mini testo unico" R. CANTONE, *I riflessi penalistici*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., p. 117. Sul d.lgs. n. 24 del 2023 si registrano diversi studi. Senza pretesa di esaustività, si rinvia, *ex plurimis*, a D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del* whistleblowing *dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit.; E. BUSUITO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing*, Wolters Kluwer, 2023; R. TORINO – E. M. TRIPODI (a cura di), *Il Whistleblowing. Guida al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24*, Pacini Giuridica, 2023; V. M. DONINI (a cura di), *Whistleblowing e cultura dell'integrità: riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, SNA – Scuola nazionale dell'Amministrazione, Roma, 2023; L. DAFFRA – C. FOSSATI – M. PALLINI – L. PANCIROLI – F. TOFACCHI (a cura di), *La disciplina del* whistleblowing, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024.

[14] Per un primo approccio alla disamina della disciplina del whistleblowing nel settore privato si rinvia a: A. UBALDI, *Ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della nuova disciplina del whistleblowing*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 9 ss.

ISSN 2036-7821

1. La struttura gerarchica dei canali di segnalazione.

La fattispecie del *whistleblowing* ruota intorno ad un'azione: quella attraverso la quale informazioni su "condotte illecite" – che, altrimenti, probabilmente, non sarebbero svelate - sono portate a conoscenza di più soggetti. In quest'ottica, quindi, gli strumenti e le modalità di svolgimento dell'attività indicata assumono un ruolo di primo piano nella configurazione dell'istituto.

La riforma del 2023, per quanto qui rileva, crea un sistema fondato su tre arterie attraverso le quali – secondo modalità precise e, talora, in presenza di specifici presupposti – transitano le informazioni sulle violazioni. Alle segnalazioni e alle denunce, già contemplate sotto la vecchia disciplina, il d.lgs. n. 24 aggiunge anche le divulgazioni pubbliche. In particolare, le prime prevedono due binari: canali di segnalazione interna e/o canali di segnalazione esterna; le seconde passano attraverso l'autorità giudiziaria ordinaria o contabile; quelle di nuovo conio, invece, contemplano il ricorso a mezzi di comunicazione di massa[15].

Eccezion fatta per le denunce che, pur costantemente richiamate dall'articolato normativo, non ricevono alcuna regolamentazione se non quella del rinvio alle disposizioni del codice di procedura penale[16], il legislatore interviene ad irreggimentare tutti gli altri strumenti che contribuiscono a comporre il sistema messo in campo, soffermandosi in maniera significativa proprio sul canale endogeno, attivato all'interno della stessa amministrazione in cui ha origine la violazione oggetto di comunicazione.

Occorre subito evidenziare che, a differenza di quanto accadeva in passato, la decisione in ordine alla strada e alle modalità attraverso le quali esternare le informazioni non è più rimessa ad una libera scelta del *whistleblower*: quello delineato con il decreto n. 24, infatti, è un sistema gerarchizzato, in cui l'opzione sul mezzo da utilizzare è condizionata dalla sussistenza di una serie di requisiti puntualmente declinati dal legislatore[17] (che, peraltro, si aggiungono a quelli relativi alla

[15] Vale la pena evidenziare che spesso, nel linguaggio comune, si tende a designare con la stessa denominazione sia il mezzo di trasmissione sia l'informazione che transita lungo quella strada. Il termine segnalazione, ad esempio, viene talvolta utilizzato per identificare lo strumento utilizzato per esternare la notizia, talaltra per indicare l'illecito rivelato. Si tratta di un'ambiguità – per la verità favorita anche dal legislatore, che con il decreto legislativo del 2023 non ha colto l'occasione per procedere ad una sistematizzazione puntuale della materia – priva comunque di conseguenze pratiche di rilievo, potendosi dedurre dal contesto a cosa nello specifico ci si sta riferendo.

[16] Sulla denuncia di *whistleblowing* all'autorità giudiziaria v. R. CANTONE, *I riflessi penalistici*, in *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 118 ss. Per l'Autore l'assenza nel decreto legislativo di una definizione esplicativa del termine "denuncia" in questo ambito non è frutto di una colpevole dimenticanza ma è, al contrario, coerente con la riserva contemplata nel comma 4 dell'art. 1 del medesimo d.lgs., a norma della quale «resta ferma l'applicazione delle norme del codice di procedura penale».

[17] Rimarcano la novità sul punto anche G. COSSU – L. VALLI, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto legislativo 24/2023*, in *Federalismi.it*, 26 luglio 2023, p. 174, ritenendola "particolarmente significativa" soprattutto alla luce del dato che "dal varo della normativa ad oggi, i segnalanti hanno per lo più preferito ricorrere al canale esterno, ossia all'ANAC, la quale ha registrato negli anni considerevoli volumi di segnalazioni, rispetto ai canali

ISSN 2036-7821

delimitazione della disciplina sotto il profilo soggettivo – riferito sia alle persone che beneficiano della protezione che agli enti tenuti all'attivazione dei mezzi di segnalazione – ed oggettivo, attinente alle condotte segnalabili)[18].

Il primo livello nell'architettura disegnata con l'ultima riforma è rappresentato dal canale interno[19] che, ai sensi dell'art. 4, i soggetti del settore pubblico e privato, sentite le rappresentanze sindacali, sono tenuti ad attivare *intra moenia*, garantendo – anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia – la riservatezza dell'autore della comunicazione, della persona coinvolta o menzionata, del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione.

La novella del 2023 è intervenuta su questo tipo di *report* con una serie di prescrizioni puntuali sulle quali si avrà modo di soffermarsi più approfonditamente di qui a breve. Basti per ora aver dato atto del primo *step* ipotizzato dal legislatore nella esternazione delle informazioni.

Per veicolare la comunicazione, come anticipato, il decreto n. 24 prevede anche una ulteriore possibilità, quella di ricorrere ad un canale esterno allestito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione[20]. Questo binario, tuttavia, è percorribile soltanto in presenza di una delle condizioni declinate nell'art. 6, co. 1, lett. a), b), c) e d).

---

interni che sono stati scarsamente utilizzati, come si ricava dalle relazioni annuali pubblicate dai RPCT nei siti istituzionali". L'introduzione di condizioni per la scelta in ordine alle modalità con le quali far conoscere la notizia è stata oggetto di diverse riflessioni in dottrina. Secondo G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione interna*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., p. 22, il legislatore "ha male interpretato" la Direttiva, introducendo delle condizioni vere e proprie per effettuare la segnalazione esterna. Per N. PARISI, *Il whistleblowing in Italia. Dalla legge 190/2012 al decreto 24/2023*, in V. M. DONINI (a cura di), *Whistleblowing e cultura dell'integrità: riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, cit., p. 92, "il nostro legislatore ha introdotto taluni presupposti per l'abbandono della via interna a favore dell'esterna, presupposti che non solo segnano un percorso obbligato per il segnalante, ma lo caricano anche dell'onere di motivare la propria scelta di attivare il canale esterno di segnalazione: situazione prima certamente non contemplata". Ritiene, invece, E. CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione*, in *Munus*, 2023, 2, p. 339, che "le condizioni che legittimano il ricorso al canale «esterno» (e quindi ad Anac) sono ragionevoli e non costituiscono una barriera insormontabile, quindi presumibilmente in grado di rendere il percorso esterno un canale tutt'altro che secondario". Sul punto, v. pure V. M. DONINI, *Il decreto legislativo 24/2023: reale innalzamento delle tutele del whistleblower oppure un'occasione mancata? Un'analisi critica e comparatistica*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2024, 3, p. 13.

[18] All'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo sono dedicati rispettivamente gli artt. 3 e 1 del d.lgs. 24/2023.

[19] Per G. ESCUROLLE, D. MONCALVO, *Le segnalazioni interne*, in R. TORINO, E. M. TRIPODI (a cura di), *Guida al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24*, cit., p. 57, "l'istituzione del canale interno rappresenta l'elemento trainante dell'intero comparto normativo in materia di *whistleblowing*".

[20] Come per il canale interno, così per quello esterno, il legislatore richiede garanzie - anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia - di riservatezza dell'identità del segnalante, della persona coinvolta o menzionata nella segnalazione, nonché del contenuto e della documentazione quest'ultima (cfr. art. 7, co. 1). Sui canali esterni v. G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione esterna*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 29 ss.; N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 81 ss. Per riferimenti al tema v. pure, *ex multis*, A. SILVERIO, *Le architravi della disciplina del whistleblowing delineata dal d.lgs. n. 24/2023: ambiti di applicazione e canali di segnalazione*, in E. BUSUITO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing*, cit., pp. 131 ss.; F. LORÈ, *Le*

ISSN 2036-7821

I requisiti fissati hanno natura diversa e possono essere ricondotti a difetti oggettivi – genetici o funzionali – del canale interno o anche a fattori di carattere soggettivo, collegati all'*animus* del segnalante. Con riferimento ai primi, la riforma del 2023 prevede che l'intervento dell'Anac sia ammissibile laddove manchi un canale presso l'Ente interessato (vuoi perché non ne è prevista l'attivazione, vuoi perché il relativo obbligo non è stato adempiuto), ovvero lo stesso, sebbene istituito, non risulti conforme alle prescrizioni legislative (art. 6, co. 1, lett. a), o, ancora, laddove il *whistleblower* abbia già effettuato una comunicazione rimasta, però, priva di seguito (art. 6, co. 1, lett. b). Quanto ai secondi, invece, si richiede che il propalante abbia fondato motivo di ritenere sussistente una delle tre seguenti situazioni: che alla segnalazione interna non verrebbe dato efficace seguito; che l'informazione possa determinare il rischio di ritorsione (art. 6, co. 1, lett. c); che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse (art. 6, co. 1, lett. d).

A chiudere il sistema delineato in sede di recepimento della Direttiva concorre un ultimo strumento: la divulgazione pubblica, tesa a "rendere di pubblico dominio informazioni sulle violazioni tramite la stampa o mezzi elettronici o comunque tramite mezzi di diffusione in grado di raggiungere un numero elevato di persone" (art. 2, co. 1, lett. f).

Anche l'operatività di questa strada per veicolare una *notitia criminis* è subordinata alla ricorrenza di una serie di presupposti tra loro alternativi, in parte forgiati sul modello di quelli appena enunciati con riferimento al canale esterno.

Innanzitutto, per legittimare la divulgazione a mezzo stampa, si richiede che il *lanceur d'alerte* abbia previamente effettuato una segnalazione interna ed esterna o direttamente esterna ma non sia stato dato un riscontro nei termini previsti in merito alle misure prescritte ed adottate per dare seguito alla stessa (art. 15, co. 1, lett. a). Inoltre, la diffusione sui *media* è consentita nel caso in cui il segnalante abbia fondato motivo di ritenere che il ricorso al canale esterno possa comportare il rischio di ritorsioni o possa non avere efficace seguito in ragione delle specifiche circostanze del caso concreto[21], ovvero anche che chi ha ricevuto l'informazione possa essere colluso con l'autore della violazione o coinvolto nella violazione stessa (art. 15, co. 1, lett. c). Infine, l'utilizzo di questo impianto di esternazione è ammesso – nel caso specifico, si ritiene anche in via immediata[22] – laddove il propalante abbia fondato

segnalazioni esterne, in R. TORINO – E. M. TRIPODI (a cura di), *Il Whistleblowing. Guida al d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24*, pp. 73 ss.

[21] Nel declinare questo requisito, la lett. c, del co. 1, dell'art. 15 indica a titolo esemplificativo, casi di occultamento o distruzione di prove.

[22] Il requisito ricalca quello che l'art. 6, co. 1, lett. d), prescrive per legittimare l'inoltro della segnalazione all'Anac. Al ricorrere della circostanza, pertanto, si ritiene che sia rimessa alla discrezionalità del *whistleblower* la scelta fra il ricorso al canale esterno o la *public disclosure*.

ISSN 2036-7821

motivo di ritenere che la violazione possa costituire un pericolo imminente o palese per il pubblico interesse (art. 15, co. 1, lett. b).
Si tratta, com'è evidente di requisiti che, anche ad una semplice elencazione, appaiono particolarmente stringenti e che contribuiscono a configurare la divulgazione pubblica quale valvola di chiusura del sistema, deputata a sopperire a disfunzioni dei canali di segnalazione interni ed esterni e a soccorrere in situazioni di rischio qualificato per il pubblico interesse[23].

2. Il canale di segnalazione interno.

Il decreto legislativo n. 24/2023, come anticipato, prescrive l'attivazione, da parte dei soggetti del settore pubblico, di propri canali di segnalazione che, in quanto allestiti nell'ambito della stessa amministrazione nella quale ha avuto origine la violazione oggetto di comunicazione, possono essere definiti "di prossimità".
Su di essi, anche in considerazione delle molteplici novità apportate dalla riforma del 2023, occorre ora soffermarsi più approfonditamente.
L'analisi non può che prendere le mosse da un breve richiamo a quanto contemplato sul punto dalla Direttiva europea.
Quest'ultima, in particolare, aveva evidenziato i vantaggi del canale interno, quale strumento idoneo, da un lato, a far sentire i segnalanti maggiormente a proprio agio e, dall'altro, a far pervenire celermente le informazioni all'attenzione dei soggetti che, in quanto più vicini alla fonte del problema, erano anche in grado di affrontarlo in maniera rapida ed efficace, eventualmente ponendovi rimedio[24]; inoltre, aveva sottolineato la necessità che il *whistleblower* potesse scegliere la modalità di esternazione più adeguata in funzione delle circostanze specifiche del caso (consid. n. 33); ancora, aveva richiesto che gli Stati membri incoraggiassero le comunicazioni *intra moenia* laddove le violazioni potessero essere efficacemente affrontate in quella sede e non fosse ritenuto sussistente il rischio di ritorsioni (art. 7, par. 2); infine, aveva posto l'obbligo di istituzione di canali di prossimità (art. 8), dettandone anche la relativa disciplina (art. 9). In particolare, al par. 2 dell'art. 9, aveva previsto che gli stessi dovessero consentire "segnalazioni in forma scritta od orale" e che queste ultime dovessero effettuarsi "attraverso linee telefoniche o attraverso altri sistemi di messaggistica vocale e, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto entro un termine ragionevole".

[23] Per una disamina più puntuale della *public disclosure* sia consentito il rinvio a P. PARISI, *La divulgazione pubblica*, in *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., pp. 40 ss.;

[24] I rilievi fatti rappresentano non solo una sorta di *endorsement* del legislatore europeo nei confronti dell'impianto di segnalazione interna ma anche e soprattutto un richiamo sull'importanza di questi canali e, quindi, un monito, nei confronti degli Stati chiamati ad adempiere alla Direttiva, ad una loro attenta istituzione.

ISSN 2036-7821

Nel recepire le indicazioni eurounitarie, il decreto legislativo n. 24/2023 ha dedicato ai canali interni due disposizioni: l'art. 4, concernente la loro istituzione e organizzazione[25], e l'art. 5 riguardante essenzialmente[26] le relative attività di gestione.
Il primo nodo da sciogliere per le pubbliche amministrazioni tenute ad attivare questi veicoli di trasmissione delle comunicazioni sulle violazioni concerne la loro tipologia.
Vale la pena ricordare che la disciplina dettata dalla legge n. 179 del 2017 non conteneva specifiche indicazioni sul punto; rimetteva, tuttavia, all'Anac il compito di adottare apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e il *management* delle segnalazioni, precisando che le stesse dovessero prevedere l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovere il ricorso a strumenti di

[25] L'art. 4, rubricato "Canali di segnalazione interna" prescrive: "1. I soggetti del settore pubblico e i soggetti del settore privato, sentite le rappresentanze o le organizzazioni sindacali di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015, attivano, ai sensi del presente articolo, propri canali di segnalazione, che garantiscano, anche tramite il ricorso a strumenti di crittografia, la riservatezza dell'identità della persona segnalante, della persona coinvolta e della persona comunque menzionata nella segnalazione, nonchè del contenuto della segnalazione e della relativa documentazione. I modelli di organizzazione e di gestione, di cui all'articolo 6, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 231 del 2001, prevedono i canali di segnalazione interna di cui al presente decreto. 2. La gestione del canale di segnalazione è affidata a una persona o a un ufficio interno autonomo dedicato e con personale specificamente formato per la gestione del canale di segnalazione, ovvero è affidata a un soggetto esterno, anch'esso autonomo e con personale specificamente formato. 3. Le segnalazioni sono effettuate in forma scritta, anche con modalità informatiche, oppure in forma orale. Le segnalazioni interne in forma orale sono effettuate attraverso linee telefoniche o sistemi di messaggistica vocale ovvero, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole. 4. I comuni diversi dai capoluoghi di provincia possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione. I soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato, non superiore a duecentoquarantanove, possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione. 5. I soggetti del settore pubblico cui sia fatto obbligo di prevedere la figura del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, affidano a quest'ultimo, anche nelle ipotesi di condivisione di cui al comma 4, la gestione del canale di segnalazione interna. 6. La segnalazione interna presentata ad un soggetto diverso da quello indicato nei commi 2, 4 e 5 è trasmessa, entro sette giorni dal suo ricevimento, al soggetto competente, dando contestuale notizia della trasmissione alla persona segnalante.

[26] L'articolo 5 è formato da un unico comma, diviso a sua volta in cinque lettere. Le prime quattro contengono prescrizioni relative alle attività successive alla segnalazione (rilascio dell'avviso di ricevimento della segnalazione entro sette giorni dalla data di ricezione; previsione di interlocuzioni con il segnalante e possibilità di richiedere a quest'ultimo eventuali integrazioni; necessità di dare diligente seguito alle segnalazioni ricevute e di dare riscontro alla segnalazione entro tre mesi dalla data dell'avviso di ricevimento o in mancanza dell'avviso, entro tre mesi dalla scadenza del termine di sette giorni dalla presentazione della segnalazione); l'ultima lettera, invece, - lett. e) – prevede che i soggetti ai quali è affidata la gestione del canale di segnalazione "mettono a disposizione informazioni chiare sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni interne, nonché sul canale, sulle procedure e sui presupposti per effettuare le segnalazioni esterne. Le suddette informazioni sono esposte e rese facilmente visibili nei luoghi di lavoro, nonché accessibili alle persone che pur non frequentando i luoghi di lavoro intrattengono un rapporto giuridico in una delle forme di cui all'articolo 3, commi 3 o 4. Se dotati di un proprio sito internet, i soggetti del settore pubblico o del settore privato pubblicano le informazioni di cui alla presente lettera anche ina sezione dedicata del suddetto sito".

ISSN 2036-7821

crittografia per garantire la riservatezza dell'identità dell'autore delle informazioni, del contenuto delle stesse e della relativa documentazione[27].
In adempimento del mandato ricevuto, l'Autorità anticorruzione, con delibera del 9 giugno 2021[28], aveva individuato quale scelta prioritaria per tutelare l'identità del *whistleblower* la gestione in via informatizzata delle segnalazioni[29], puntualizzando che laddove le amministrazioni non avessero provveduto all'automatizzazione dell'*iter* a causa di specifiche difficoltà organizzative, avrebbero dovuto motivare adeguatamente la circostanza e avrebbero potuto, in via residuale, utilizzare canali e tecniche tradizionali, da disciplinare nel Piano triennale di prevenzione della corruzione e trasparenza o nell'atto organizzativo con particolare riferimento proprio alle misure predisposte a salvaguardia della riservatezza dell'informatore.
Alla luce del quadro normativo appena ricostruito è palese che, vigente la legge n. 179 del 2017, non fosse obbligatoria l'attivazione contestuale di almeno due strumenti (uno per le informazioni scritte e l'altro per quelle orali), essendo sufficiente l'adozione anche della sola procedura informatizzata e relegandosi gli altri metodi ad operare, con idonea giustificazione, esclusivamente in via sussidiaria.

3. Segnalazioni scritte e/o orali: opzione singola o duplice?

L'assetto fin qui delineato è stato considerevolmente inciso dal d.lgs. n. 24 del 2023 che si è soffermato con maggiore puntualità sull'architettura dei canali interni, dedicandovi una prescrizione specifica.
In particolare, nel comma 3 dell'art. 4, la novella ha statuito che "le segnalazioni sono effettuate in forma scritta, anche con modalità informatiche, oppure in forma orale. Le segnalazioni interne in forma orale sono effettuate attraverso linee telefoniche o sistemi di messaggistica vocale ovvero, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole".
Nella descrizione dei possibili modi di propalazione delle violazioni, il primo dato da sottolineare è il ricorso a tre diverse congiunzioni: "oppure", "o" ed "ovvero".
Più precisamente, nel segmento iniziale della norma il legislatore utilizza la parola "oppure" per separare le segnalazioni scritte da quelle orali; successivamente viene adoperato il vocabolo "o" per proporre, relativamente alla comunicazione verbale degli illeciti, due diversi strumenti: l'uso di linee telefoniche e la messaggistica vocale; infine, nell'ultima parte dell'articolo, si impiega il termine "ovvero", per

[27] Così l'art. 1, co. 5, della L. 30 novembre 2017, n. 179.
[28] V. *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001*, adottate con Delibera n. 649 del 9 giugno 2021.
[29] Questa indicazione, peraltro, era conforme a quanto già precisato dall'Anac nelle Linee guida varate sotto la vigenza del regime introdotto con la Legge Severino. V. *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, adottate con Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, p. 9.

ISSN 2036-7821

introdurre, nell'ambito delle informazioni a voce, una modalità *on demand*: la richiesta da parte del *whistleblower* di un incontro *vis à vis*.
Come si avrà modo di mettere in luce nel prosieguo, l'interpretazione di questi lemmi ha una incidenza determinante nella ricostruzione della portata della norma.
L'analisi della disposizione non può che partire dall'*incipit* del comma dove si contemplano segnalazioni in forma scritta "oppure" orale.
È noto che la congiunzione adoperata ha un valore disgiuntivo e serve a coordinare due parti di una frase che possono essere intese come alternative (per cui l'una esclude l'altra) o anche come inclusive (per cui l'una non esclude l'altra).
Quale delle due funzioni viene in rilievo nel nostro caso? In altri termini, la norma richiede l'attivazione di due mezzi – uno per trasmettere le informazioni messe "nero su bianco" e l'altro per quelle riferite verbalmente – o è sufficiente anche la predisposizione di uno soltanto di essi?
La risposta a queste domande è destinata ovviamente ad avere una notevole incidenza nella pratica.
Secondo una prima lettura, la disposizione imporrebbe l'adozione di canali per veicolare informazioni sia per iscritto che oralmente.
Su questa interpretazione sembra essersi assestata anche l'Anac. L'organismo anticorruzione, nelle Linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni esterne, adottate nel luglio del 2023[30], si sofferma anche su "alcuni profili relativi ai canali interni" e, pur rinviando per una trattazione più approfondita ad una successiva integrazione dell'atto regolatorio[31], precisa sul punto che – al fine di agevolarlo – al *whistleblower* va garantita la scelta fra diverse opzioni[32].

[30] Si tratta, in particolare delle "*Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*", approvate dal Consiglio dell'Anac con Delibera n. 311 del 12 luglio 2023.

[31] Cfr. *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, cit., p. 37.

[32] Si legge nelle Linee guida: "al fine di agevolare il segnalante, a quest'ultimo va garantita la scelta fra diverse modalità di segnalazione: ° in forma scritta, anche con modalità informatiche (piattaforma online). La posta elettronica ordinaria e la PEC si ritiene siano strumenti non adeguati a garantire la riservatezza. Qualora si utilizzino canali e tecniche tradizionali, da disciplinare nell'atto organizzativo, è opportuno indicare gli strumenti previsti per garantire la riservatezza richiesta dalla normativa. Ad esempio, a tal fine ed in vista della protocollazione riservata della segnalazione a cura del gestore, è necessario che la segnalazione venga inserita in due buste chiuse: la prima con i dati identificativi del segnalante unitamente alla fotocopia del documento di riconoscimento; la seconda con la segnalazione, in modo da separare i dati identificativi del segnalante dalla segnalazione. Entrambe dovranno poi essere inserite in una terza busta chiusa che rechi all'esterno la dicitura «riservata» al gestore della segnalazione (ad es. «riservata al RPCT»). La segnalazione è poi oggetto di protocollazione riservata, anche mediante autonomo registro, da parte del gestore; ° in forma orale, alternativamente, attraverso linee telefoniche, con sistemi di messaggistica vocale, ovvero, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole". Così "*Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano*

ISSN 2036-7821

La posizione è ribadita, con maggiore efficacia esplicativa, anche nello schema delle preannunciate 'Linee guida sui canali interni', sottoposte sul sito istituzionale dell'Autorità ad una consultazione pubblica conclusasi il 9 dicembre 2024[33] ma, nel momento in cui si licenzia questo lavoro, non ancora definitivamente approvate. Anche in questo testo viene sottolineato che "i soggetti destinatari dell'applicazione del d.lgs. n. 24/2023 devono assicurare entrambe le modalità di ricezione delle segnalazioni"[34].

Si tratta di una impostazione che, se da un lato, appare rispondere a quell'esigenza – rimarcata anche nella Direttiva europea – di mettere il potenziale informatore nelle condizioni di selezionare la modalità di esternazione più adeguata in funzione delle circostanze specifiche del caso, dall'altro, rischia di risultare eccessivamente onerosa per le pubbliche amministrazioni, soprattutto quelle di piccole dimensioni, chiamate ad uno sforzo in termini economici e di risorse umane non facile da sostenere[35] e sulle quali, giova evidenziarlo, in caso di adozione di procedure non conformi a quelle prescritte nel decreto legislativo, può cadere la scure di una delle sanzioni irrogabili dalla stessa Autorità anticorruzione[36].

A ciò si aggiunga che la preferenza accordata sotto il vecchio regime alle segnalazioni scritte attraverso una piattaforma informatica con strumenti di crittografia valeva - e vale tutt'ora - a tutelare uno dei profili principali dell'istituto del *whistleblowing*: quello della riservatezza.

---

violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne", cit., p. 37.

[33] Occorre segnalare che l'organismo anticorruzione, nel corso del 2023, ha condotto un monitoraggio sulle criticità nell'applicazione della nuova disciplina di *whistleblowing* e, nell'anno successivo, ha svolto consultazioni mirate con soggetti istituzionali, organizzazioni della società civile e del Terzo settore nonché con associazioni di rappresentanza delle imprese coinvolte nell'implementazione della normativa in materia. Anche alla luce di quanto emerso da queste attività, il Consiglio dell'Aanac ha poi approvato uno schema di Linee guida sui canali interni di segnalazione che, pubblicato sul sito istituzionale della stessa Autorità, è stato sottoposto a consultazione pubblica dal 7 novembre al 9 dicembre 2024.

[34] Così, *Linee guida in materia di whistleblowing sui canali interni di segnalazione. Testo in consultazione*, p. 8

[35] Lo sforzo al quale si sottoporrebbero le pubbliche amministrazioni appare comunque elevato nonostante il dettato dell'art. 4, co. 4, ove si prescrive che "I comuni diversi dai capoluoghi di provincia possono condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione" in considerazione anche delle difficoltà che questa prescrizione comporta e sulle quali si avrà modo di soffermarsi nel prosieguo del lavoro.

[36] Il decreto 24/2023 conferma il riconoscimento di un potere sanzionatorio in capo all'Autorità nazionale anticorruzione, ma, sia pure solo in parte, modifica le ipotesi in cui lo stesso è applicabile nonchè la somma alla quale si può essere condannati. In particolare, l'art. 21 prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro quando è accertato che: a) sono state commesse ritorsioni; b) la segnalazione è stata ostacolata o si è tentato di ostacolarla o è stato violato l'obbligo di riservatezza di cui all'articolo 12; c) non sono stati istituiti canali di segnalazione; d) non sono state adottate procedure per l'effettuazione e la gestione delle segnalazioni ovvero che l'adozione di tali procedure non è conforme a quelle di cui agli articoli 4 e 5; e) non è stata svolta l'attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute. Il *range*, invece, varia da 500 a 2.500 euro, nel caso di cui all'articolo 16, comma 3, salvo che la persona segnalante sia stata condannata, anche in primo grado, per i reati di diffamazione o di calunnia o comunque per i medesimi reati commessi con la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile.

ISSN 2036-7821

L'inoltro di una comunicazione verbale attraverso linee telefoniche e/o messaggistica vocale, infatti, presenta maggiori criticità nella protezione dell'identità del segnalante. Si potrebbe allora ipotizzare una informazione vocale attraverso un mezzo avente le medesime caratteristiche di quelle poc'anzi descritte (piattaforma digitale con presidi a salvaguardia della *privacy*): questa soluzione, però, ove mai tecnicamente possibile, non offrirebbe un'alternativa valida ai potenziali *whistleblowers* che non hanno particolare dimestichezza con la tecnologia. A nulla varrebbe obiettare che, il decreto legislativo n. 24 del 2023, anche al fine di consentire a chi non è a proprio agio con i sistemi digitali di superare le difficoltà, ha introdotto una serie di misure di sostegno, tra le quali, per quanto qui rileva, sono previste informazioni, assistenza e consulenze a titolo gratuito fornite da enti del terzo settore in ordine alle modalità di segnalazione. L'argomentazione, infatti, potrebbe essere utilizzata anche per sostenere l'efficacia e la validità della creazione di un unico canale. Il tutto senza considerare che la predisposizione di entrambe le opzioni elencate nella norma rischia non solo di vanificare lo sforzo fatto finora dagli enti pubblici nelle attività di formazione dei dipendenti ma anche di disorientare questi ultimi, con l'effetto paradossale di disincentivare dall'utilizzo dell'istituto.

Secondo una diversa lettura, il comma 3 dell'art. 4 del d.lgs. n. 24/2023, nel disporre che "le segnalazioni sono effettuate in forma scritta … oppure in forma orale" legittima gli enti pubblici ad istituire anche uno solo dei mezzi indicati per la ricezione e trattazione delle informazioni sulle violazioni, senza farle incorrere in una delle sanzioni irrogabili dall'Autorità anticorruzione.

Questa interpretazione, fondata sull'attribuzione alla congiunzione "oppure" di una funzione alternativa, se, da un lato, consente alle pubbliche amministrazioni di mantenere, senza arretrare, quel livello avanzato di tutela dell'informatore che, vigente il precedente regime, attivando piattaforme crittografate si era raggiunto, dall'altro, inevitabilmente, si rivela più restrittiva per il *whistleblower*, che vede ridursi i canali di segnalazione a sua disposizione.

Basta quest'ultimo rilievo a far propendere per la prima tesi? Possibile che le esigenze delle pubbliche amministrazioni debbano essere necessariamente sacrificate, dando priorità al dato quantitativo della pluralità di mezzi senza considerare lo standard qualitativo?

Per provare a rispondere alle domande poste appare opportuno prendere le mosse dalla Direttiva europea il cui art. 9 - dedicato alle procedure per la segnalazione interna e relativo seguito - al par. 2, prevede che i relativi canali "consentono segnalazioni in forma scritta od orale".

Occorre subito evidenziare che quella appena riportata è - ovviamente - la versione italiana della normativa sovranazionale. In essa, la formulazione della disposizione può essere interpretata sia nel senso dell'alternatività fra le due opzioni sia in quello

ISSN 2036-7821

della loro cumulatività. In quest'ottica, il riferimento al provvedimento comunitario non giova ai nostri fini.

A diversa conclusione si giunge, però, ove si guardi alla redazione (*rectius*: co-redazione) della Direttiva nelle altre lingue dell'Unione.

Nella quasi totalità delle trascrizioni nei vari idiomi[37], infatti, la scelta fra possibili diverse modalità viene esplicitata in maniera più dettagliata ed articolata[38], precisandosi che i canali consentono le segnalazioni per iscritto o oralmente "o in entrambe le forme" (espressione quest'ultima, resa in inglese con "*or both*" e in

[37] Il testo inglese recita: The channels provided for in point (a) of paragraph 1 shall enable reporting in **writing or orally, or both;** quello francese prevede: Les canaux prévus au paragraphe 1, point a), permettent d'effectuer des signalements **par écrit ou oralement, ou les deux**. Il riferimento oltre che alla forma scritta o orale singolarmente considerate anche ad entrambe le modalità risulta nella versione Bulgara (или по двата начина), Spagnola (o de ambos modos), Ceca, (či obojím způsobem), Danese (eller begge dele) Tedesca (in beiden Formen), Estone (või mõlemal viisil), Greca (και με τους δύο τρόπους), Irlandese (nó an dá rud), Croata (na oba načina), Lettone (vai abējādi), Lituana (arba abiem būdais), Ungherese (vagy mindkét módon), Maltese (jew it-tnejn), Portoghese (ou ambas), Rumena (sau ambele), Slovacca (oboma týmito spôsobmi), Slovena (ali oboje), Finlandese (taikka molemmin tavoin) e Svedese (eller båda delarna). Il richiamo alla modalità cumulativa (entrambe) sembra, invece, assente nella redazione olandese e polacca.

[38] Vale la pena ripercorrere brevemente l'*iter* che ha portato al varo della Direttiva. In risposta agli *input* provenienti dalla società civile, il Parlamento europeo con due risoluzioni rispettivamente del 14 febbraio 2017 (sul ruolo degli informatori nella protezione degli interessi finanziari dell'UE) - 2016//2055(INI) - e del 24 ottobre 2017 (sulle misure legittime per proteggere gli informatori che agiscono nell'interesse pubblico, quando divulgano informazioni riservate di imprese e organismi pubblici) - 2016/2224(INI) - aveva sollecitato la Commissione a presentare immediatamente una proposta legislativa. Quest'ultima aveva avviato una serie di attività – consultazioni pubbliche, seminari con esperti e studi vari – all'esito delle quali aveva poi formulato una proposta di Direttiva inviata al Parlamento Europeo e al Consiglio il 23 aprile 2018. Il documento, per quanto qui rileva, prevedeva all'art. 5, par. 2, che i canali interni dovessero consentire di effettuare le segnalazioni "per iscritto su supporto elettronico o in formato cartaceo e/o oralmente mediante linee telefoniche registrate o non registrate. La versione inglese recitava "written reports in electronic or paper format and/or oral report through telephone lines, whether recorded or unrecorded"; quella francese prescriveva "signalements écrits sur support électronique ou papier et/ou signalements oraux par téléphone, enregistrés ou non". L'uso della congiunzione "e" accompagnato – in aggiunta – dalla disgiunzione "o", rende evidente l'intenzione del progetto iniziale di lasciare uno *spatium deliberandi* in capo ai singoli Paesi, ponendoli di fronte ad una scelta. Questa duplice opzione veniva confermata anche nel testo base utilizzato per i negoziati, avviati tra le due istituzioni coinvolte nel processo legislativo ordinario (Consiglio e Parlamento europeo) il 29 gennaio 2019, con l'obiettivo di raggiungere un accordo in prima lettura antecedentemente alle elezioni per il rinnovo dell'assise di Strasburgo, fissate per il mese di maggio. Il documento, redatto solo in inglese, prevedeva all'art. 5, par. 2 che i canali interni dovessero consentire le segnalazioni per iscritto "e/o" oralmente (*in writing and/or orally*). Cfr. Documento ST_5747_2019_INIT, ove si legge: The channels provided for in point (a) of paragraph 1 shall allow for reporting in writing and/or orally, through telephone lines, and, upon request, by means of a physical meeting within a reasonable timeframe. Nel corso dei lavori parlamentari il testo era emendato e la stesura approvata in prima lettura il 16.4.2019, per quanto qui rileva, evidenziava due modifiche: la prima coinvolgeva la numerazione degli articoli - diventando quello di riferimento il numero 9 e non più il 5 – la seconda, invece, più rilevante, riguardava la formulazione della disposizione (P8_TA-PROV(2019)0366 - EP-PE_TC1-COD(2018)0106**)**. Proprio nella elaborazione del nuovo costrutto emerge una difformità tra la versione italiana e quella negli altri idiomi. Mentre, infatti, il testo adottato nei vari Paesi europei prevede che i canali interni permettono di effettuare segnalazioni per iscritto o oralmente o in entrambe le forme, quello adottato dal nostro Paese si limita a prevedere la forma scritta o orale, senza aggiungere altro. Con questa difformità tra le redazioni, il testo è stato poi approvato in via definitiva anche dal Consiglio.

ISSN 2036-7821

francese con "*ou les deux*"). Nel costrutto italiano, inspiegabilmente, il riferimento alla doppia *chance* si perde e per le informazioni, come anticipato, ci si limita a prescrivere la "forma scritta od orale", senza aggiungere altro.
La lettura comparata del provvedimento sovranazionale nella veste assunta nei singoli Stati, dunque, fa emergere la presenza nella redazione nostrana di una omissione, che non può essere ignorata.
Non si vuole qui entrare nel merito della questione relativa alla difformità fra i vari *co-drafting* di un atto normativo in un ordinamento, quale quello dell'U.E., nel quale tutti i testi di diritto – sia primario che secondario[39] – sono scritti nelle ventiquattro lingue ufficiali con pari valore ed autenticità[40]. Si tratta, infatti, di un tema particolarmente controverso, sul quale, peraltro, la Corte di giustizia, chiamata a ricomporre le divergenze e ad assicurare l'interpretazione uniforme del diritto, non ha ancora maturato un criterio interpretativo univoco consolidato[41].
L'esame dettagliato della giurisprudenza esula dagli obiettivi del presente lavoro[42]. Basti qui aver dato atto della problematicità della questione e, anche alla luce di tale

[39] Con Regolamento n. 1 del 15.4.1958, il Consiglio, nel disciplinare il regime linguistico delle istituzioni comunitarie, dopo aver elencato ventiquattro lingue ufficiali e di lavoro (art. 1), ha prescritto, all'art. 4, che i regolamenti e gli altri testi di portata generale siano redatti nelle lingue ufficiali degli Stati.

[40] Uno dei valori dell'Unione Europea, espressione di democraticità ed eguaglianza fra i cittadini, è quello del multilinguismo, che consente ad ognuno di essi di interloquire con le istituzioni nel proprio "gergo". Questa dimensione "poliglotta" comporta che i testi normativi comunitari debbano essere pubblicati in tutte gli idiomi ufficiali e che la norma trasposta nei diversi lemmi debba dar luogo allo stesso risultato. L'affermazione di questo principio, però, non impedisce che i testi licenziati nei singoli Paesi talvolta siano tra loro difformi, presentando incongruenze o divergenze, sulle quali la Corte di Giustizia è chiamata ad intervenire, ricomponendo le antinomie ed assicurando l'uniforme interpretazione del diritto europeo.

[41] Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in caso di dubbio, il testo di una disposizione non può essere considerato isolatamente ma va interpretato alla luce delle redazioni nelle altre lingue. Partendo da questo principio granitico, peraltro ribadito anche laddove la versione presa in esame sia chiara e di per sé inequivoca, i Giudici del Lussemburgo hanno poi concretamente ricomposto le divergenze facendo ricorso a canoni ermeneutici diversi. In alcuni casi, ad esempio, si ricorre ad un criterio di prevalenza e si interpreta l'atto normativo difforme secondo la stesura prevalente nelle altre formulazioni linguistiche (v., *ex multis*, CGCE, 27.3.1990, C-372/88, *Cricket St.* Thomas), in altri, nella scelta tra significati più generici e più specifici, si opta per questi ultimi, ritenendoli comuni a tutti (v., a titolo esemplificativo, CGCE, 2.4.1998, C-296/95, *Emu Tabac*); in altri casi, ancora, si utilizza un criterio teleologico e sistematico (v. *ex plurimis*, CGCE 27.10.1977, C-30/77, *Bouchereau*). Nelle pronunce più recenti sembra prevalere un indirizzo ermeneutico che interpreta la disposizione per cui è causa "in funzione del sistema e della finalità della normativa di cui essa fa parte" (CGUE, sez. I, 8.10.2020, n. 476/19; CGUE, sez. VIII, 23.1.2020 n. 29/19); o "in funzione dell'economia generale e della finalità della normativa di cui essa fa parte" (CGUE, sez. VI, 21.12.2021, n. 243/20; CGUE, sez. I, 24.1.2019, n. 477/17), o, ancora, "in funzione del contesto e della finalità della normativa di cui fa parte" (CGUE, 16.6.2022, n. 229/21). Vale la pena evidenziare che le ipotesi giunte al vaglio della Corte europea, aumentate con gli anni anche in seguito all'allargamento dell'Unione, sono estremamente eterogenee. Sebbene in prevalenza le divergenze attengano alla mancanza di equivalenza tra i concetti giuridici o ad errori nella traduzione, non mancano ipotesi nelle quali, come nel nostro caso, la difformità è determinata dall'omissione o lacuna presente in una delle versioni (CGCE 27.2.1997, C-177/9, *Ebony*);

[42] Per un approfondimento sul tema del multilinguismo e sul ruolo della Corte del Lussemburgo si rinvia, a titolo meramente esemplificativo, a: V. F. VISMARA, *Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee nell'interpretazione dei testi multilingue*, in V. JACOMETTI – B. POZZO (a cura di), *Le politiche linguistiche delle istituzioni*

ISSN 2036-7821

rilievo, provare a fornire, in una prospettiva *de iure condendo*, una lettura dell'art. 9 par. 2 della Direttiva e, conseguentemente, del decreto legislativo.

Esaminati i lavori preparatori, considerata la formulazione presente nella quasi totalità delle diverse stesure linguistiche della Direttiva, valutata la *ratio* sottesa al provvedimento, letta la disposizione alla luce dell'intero contesto normativo – in particolare del considerando n. 53 ove, oltre alle segnalazioni scritte o orali singolarmente considerate, si fa riferimento ad entrambe le modalità cumulativamente intese – vagliati i canoni ermeneutici propugnati dalla Corte di giustizia, non sembra azzardato affermare che, quello presente nel testo italiano, sia un *lapsus calami*, un errore materiale *sub specie* di omissione, che appare lecito colmare facendo riferimento alle versioni più "complete".

In questa prospettiva, il lemma "od", utilizzato nell'art. 9, par. 2 dell'atto sovranazionale per separare la forma scritta da quella orale, non potrebbe che avere valore disgiuntivo, esprimendo il rapporto tra le due opzioni fra loro coordinate in termini di alternatività. In altre parole, questo segmento della disposizione andrebbe interpretato nel senso che sarebbe sufficiente anche l'istituzione di una sola modalità fra quelle prescritte, avendo il legislatore europeo esplicitato con successiva, diversa locuzione la possibilità di avvalersi di entrambi i mezzi. A cascata, pertanto, anche il decreto legislativo - adottato in adempimento dei dettami sovranazionali - potrebbe essere inteso, allo stesso modo.

Fatta questa ricostruzione, però, occorre comunque riconoscere che, ove si propendesse per la diversa tesi della cumulatività dei mezzi previsti, l'interpretazione, pur non aderente alla stesura italiana nell'esegesi poc'anzi proposta, di fatto, risulterebbe, in una sorta di eterogenesi dei fini, comunque corrispondente ad una parte della versione più completa della Direttiva europea.

Entrambe le soluzioni prospettate, singolarmente considerate, non appaiono soddisfacenti.

La formulazione "integrale" della normativa sovranazionale, infatti, attesta la volontà del legislatore europeo di lasciare un margine di scelta ai Paesi membri in

---

comunitarie dopo l'allargamento, Giuffrè, 2006, p. 93 ss; M. DERLÉN, *A Castle in the Air. The Complexity of the Multilingual Interpretation of European Community Law*, Umeå University, 2007; E. PAUNIO, *The Tower of Babel and the Interpretation of the EU Law. Implications for Equality and Legal Certainty*, in T WILHEMSSON – E. PAUNIO – A. POHOLAINEN (a cura di), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, Kluwer Law International, 2007; D. COSMAI, *Tradurre per l'Unione europea*, Hopeli, 2007; A. VENCHIARUTTI, *Il multilinguismo come valore europeo*, in B. POZZO – M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, 2008, p. 303 ss.; B. POZZO, *L'interpretazione della Corte di Lussemburgo del testo multilingue: una rassegna giurisprudenziale*, in B. POZZO – M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, cit., p. 383 ss.; M DERLÉN, *Multilingual interpretation of European Union Law*, Wolters Kluwer, 2009; M. COMBA, *Divergenze nei testi giuridici multilingue dell'Unione europea*, in R. RAUS (a cura di), *Multilinguismo e terminologia*, Giuffrè, 2010, p. 13 ss.; L. PASQUALI, *Multilinguismo negli atti normativi internazionali e necessità di soluzioni interpretative differenziate*, Giappichelli, 2016; V. JACOMETTI – B. POZZO (a cura di), *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Cedam, 2018.

ISSN 2036-7821

ordine alle possibili forme di comunicazione previste dai canali interni, che, nella stesura parziale, inevitabilmente si finisce col tradire.
Ovviamente non è dato sapere se, in sede di trasposizione dei dettami dell'Unione il nostro legislatore fosse consapevole della lacuna presente nella stesura italiana e se la decisione di ancorarsi ad un'unica possibilità sia stata il risultato di una scelta libera e non sia piuttosto derivata dalla mancata conoscenza di possibili alternative.
Di certo, la soluzione adottata, oltre che ambigua, appare particolarmente restrittiva a fronte di prescrizioni europee che – ove opportunamente conosciute – avrebbero consentito soluzioni più flessibili ed adattabili alle circostanze concrete.

4. Le modalità per la segnalazione scritta e orale.

A prescindere da come si voglia interpretare il segmento iniziale del comma 3 dell'art. 4, – se cioè la segnalazione scritta e quella orale siano previste in via alternativa o cumulativa – occorre comunque passare ad analizzare come in concreto ciascuna delle due opzioni possa essere realizzata, non senza aver prima rimarcato che, ai sensi del comma 1 dell'art. 4, i canali attivati devono tutti garantire, anche tramite l'impiego di strumenti di crittografia, la riservatezza dell'identità del *whistleblower*, di quella della persona coinvolta o comunque menzionata nella comunicazione, nonché del contenuto della stessa e della relativa documentazione.
Con riferimento alle informazioni scritte, il legislatore non offre molte indicazioni, limitandosi a suggerire, nella prima parte del comma 3 dell'art. 4, il ricorso "anche" a "modalità informatiche"[43]. L'uso del termine "anche" lascia intendere che la prescrizione non sia tassativa e che, dunque, resti aperta la possibilità di avvalersi di altre modalità. Di queste ultime vi è traccia nelle Linee guida dell'Anac del luglio 2023. Sul punto l'Autorità ha avuto modo di precisare che né la posta elettronica ordinaria né la pec rappresentano strumenti adeguati a garantire la riservatezza[44] e

[43] Nello schema di Linee guida sui canali interni di segnalazione sottoposto a consultazione pubblica fino al 9 dicembre 2024, l'Anac ha precisato che le segnalazioni di *whistleblowing* andrebbero acquisite "preferibilmente" con apposita piattaforma informatica, dal momento che questo strumento *software*, da un lato, consente di adottare stringenti misure di sicurezza, assicurando un più elevato livello di protezione dei dati personali e mitigando eventi di *data breach*, e, dall'altro, permette di mantenere una interlocuzione riservata con la persona segnalante. V. sul punto, *Linee guida in materia di whistleblowing sui canali interni di segnalazione. Testo in consultazione*, p. 8. Per rilievi sulle caratteristiche delle piattaforme informatiche, cfr. G. PELLERANO, S. FERRO, *I canali di segnalazione*, in V. M. DONINI (a cura di), *Cultura dell'integrità: riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, cit., pp. 450 ss.

[44] La posizione è ribadita nello schema di Linee guida in consultazione, ove l'Autorità anticorruzione ha ulteriormente chiarito che l'*e-mail* (ordinaria o certificata) non è idonea a garantire la riservatezza dell'identità della persona segnalante "anche tenuto conto del rischio che i sistemi informatici per la gestione della posta elettronica possano generare e raccogliere per impostazione predefinita, in modo preventivo e generalizzato, i *log* relativi all'invio e alla ricezione dei messaggi di posta elettronica e conservare gli stessi anche per un esteso arco temporale". L'Anac ha, inoltre, evidenziato che il pericolo di risalire al *whistleblower* è ulteriormente aggravato nel caso in cui lo stesso, per presentare una segnalazione, utilizzi una casella di posta elettronica fornita dal datore di lavoro. Cfr. *Linee guida in materia di whistleblowing sui canali interni di segnalazione. Testo in consultazione*, pp. 8 e 9.

ISSN 2036-7821

che, laddove si utilizzino "tecniche tradizionali" (come ad esempio l'inoltro in busta cartacea), le stesse vanno disciplinate nell'atto organizzativo adottato dall'Ente ove vanno precisate anche le misure previste al fine di preservare la *privacy*[45].
Più dettagliate, invece, sono le disposizioni relative alle segnalazioni orali, alle quali il legislatore dedica tutta la rimanente parte del comma 3 dell'art. 4.
Le difficoltà interpretative che questo segmento della norma solleva impongono che lo si ritrascriva integralmente.
Recita il testo: "le segnalazioni interne in forma orale sono effettuate attraverso linee telefoniche o sistemi di messaggistica vocale ovvero, su richiesta delle persona segnalante, mediante un incontro diretto fissato entro un termine ragionevole".
Nella prima parte della proposizione il legislatore adopera il morfema "o" per suggerire due diverse strade per esternare verbalmente gli illeciti: da un lato, l'utilizzo di linee telefoniche e, dall'altro, la messaggistica verbale.
Sembra corretto ritenere che, in questo contesto, la vocale sia espressiva di correlazione in termini di alternatività, con valenza, cioè, escludente, tra i due elementi messi in rapporto. Appare, infatti, a dir poco improbabile che si siano voluti implementare i canali per le comunicazioni orali al punto tale da imporre l'attivazione di tutti quelli elencati nella norma.
Più complesso, invece, l'esame dell'ultimo tratto del comma introdotto dalla parola "ovvero", con la quale, nell'ambito delle segnalazioni orali, si dà la possibilità all'informatore di chiedere un incontro diretto.
La congiunzione utilizzata in questo caso dal legislatore, com'è noto, è da sempre foriera di dubbi interpretativi portati in diverse occasioni all'attenzione sia dei giudici[46] in sede di applicazione pratica delle norme, sia dell'Accademia della Crusca, nella sua attività di consulenza linguistica[47].

---

[45] Per ulteriori indicazioni, v. *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*", cit., p. 37, trascritte *sub* nota 32. Per un primo commento in dottrina si rinvia a: F. D'AMORA – I. ULETTO, *Whistleblowing: il canale interno di segnalazione e la sua gestione*, in *Guida al lavoro*, 7 luglio 2023, 28, inserto, p. XI s.

[46] Cfr., ad esempio, Cass. civ., sez. I, ord. 8.7.2022, n. 21753; Cons. Stato, sez. III, 28.5.2020, n. 3374, ove si legge: "È noto, infatti, che, per indicare una possibilità di scelta fra due o più elementi la medesima lingua predetta (ndr. l'italiano) ricorre spesso alle congiunzioni disgiuntive o, oppure ed ovvero (chiamate anche operatori di disgiunzione). In teoria, le forme oppure ed ovvero sono dei sinonimi, ma, essendo più formali, sono più frequenti nello scritto che nel parlato. In costrutti più lunghi o più complessi, come spesso accade proprio nei testi giuridici, l'uso di ovvero permette qualche volta - come spiegato da autorevoli studiosi - di «contrassegnare i termini principali di una coordinazione disgiuntiva rispetto ai termini accessori, distinti da o». Viene riportato il seguente esempio tratto dal codice penale (art. 43): «(il delitto) è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline». L'ovvero serve a distinguere le due fondamentali matrici del delitto colposo: la negligenza e l'inosservanza di una legge; gli o individuano, all'interno della definizione, alternative secondarie («negligenza o imprudenza o imperizia»), oppure semplici equivalenze terminologiche («colposo, o contro l'intenzione»). In altre parole, nei casi di concorrenza di o ed ovvero, è il

ISSN 2036-7821

Siamo di fronte, infatti, ad un termine che può svolgere una funzione ambivalente. In particolare, in senso esplicativo esso introduce un chiarimento, una spiegazione di un concetto precedentemente espresso, con il significato di "vale a dire"; con portata disgiuntiva, invece, il lemma ha il compito di unire diversi elementi di una proposizione o diverse proposizioni coordinate, attribuendo alla correlazione un peso che può essere di alternanza indifferente – in cui si lascia aperta la possibilità di una scelta – o di contrapposizione escludente, in cui si ha l'elisione di uno dei due elementi associati.

La molteplicità di ruoli che la parola assume impone di guardare al contesto e ad ulteriori elementi per stabilire quello che nel caso specifico la stessa assume.

Un supporto nell'esegesi della disposizione può venire dalla Direttiva 2019/1937 che, giova ricordarlo, rappresenta la matrice sovranazionale della disciplina italiana. La normativa europea, per quanto qui rileva, con una formulazione pressochè identica nelle versioni dei vari idiomi, all'art. 9, par. 2, nell'introdurre la possibilità per il *whistleblower*, nell'ambito delle segnalazioni orali, di richiedere un incontro diretto, utilizza (al posto di "ovvero") la congiunzione "e"[48].

Ove si consideri il costrutto della disposizione e le indicazioni provenienti dal legislatore dell'Unione sembrerebbe corretto ritenere che l'incontro diretto rappresenti una delle opzioni che, nell'ambito delle segnalazioni orali, deve essere necessariamente riconosciuta all'informatore, in aggiunta ad una delle altre due espressamente contemplate (linea telefonica o messaggistica vocale).

Su questa interpretazione non sembrerebbero residuare margini di dubbi, se non quelli di merito, già anticipati, di una soluzione che potrebbe risultare troppo onerosa per le piccole amministrazioni e, soprattutto, particolarmente problematica sotto il profilo della tutela della riservatezza.

Occorre, tuttavia, evidenziare che la ricostruzione proposta non trova conferma nelle indicazioni fornite dall'Anac. Sia nelle Linee guida del luglio 2023, sia, con maggiori dettagli esplicativi, nello schema delle Linee guida relative ai canali interni, poste in consultazione fino al 9 dicembre 2024, l'Autorità precisa che le propalazioni non scritte possono essere effettuate "in via alternativa" con linee telefoniche, sistemi di messaggistica vocale o incontro "a tu per tu"[49]. Nella lettura suggerita dall'organismo

---

termine più elevato che sembra avere maggiore importanza, e che, di conseguenza, fa da perno per strutturare il testo".

[47] V., in particolare, risposte a quesiti del 19.2.2004 e del 4.6.2004, in www.accademiadellacrusca.it

[48] Si legge nella parte finale del par. 2 dell'art. 9 della Direttiva UE/2019/1937 "Le segnalazioni orali sono possibili attraverso linee telefoniche o attraverso altri sistemi di messaggistica vocale e, su richiesta della persona segnalante, mediante un incontro diretto entro un termine ragionevole".

[49] Cfr. *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, cit., pp. 35 e 37 e *Linee guida in materia di whistleblowing sui canali interni di segnalazione. Testo in consultazione*, p. 9.

ISSN 2036-7821

anticorruzione, dunque, è lasciata la massima discrezionalità in capo all'ente in ordine alla soluzione da adottare, con possibilità di attivare anche una sola delle modalità indicate.
Si tratta di una impostazione che, sulla scorta delle considerazioni fin qui svolte, appare condivisibile solo relativamente alla scelta fra le prime due opzioni ma che, pur con le criticità poc'anzi evidenziate, con riferimento all'ipotesi di una richiesta del *whistleblower* di un contatto *de visu* non appare in linea con le indicazioni sovranazionali.

5. La condivisione del canale di segnalazione: a) i soggetti legittimati.
Vi è un ultimo aspetto da considerare relativamente ai canali di segnalazione interna.
Si tratta di un profilo non contemplato sotto il previgente regime e che, è bene anticiparlo, anche per questa sua caratteristica di novità, avrebbe meritato una disciplina più chiara e puntuale da parte del legislatore.
Il riferimento, in particolare, è alla possibilità che l'*incipit* del comma 4 dell'art. 4 riconosce in capo ai Comuni diversi dai capoluoghi di provincia di "condividere il canale di segnalazione interna e la relativa gestione"[50].
In questo segmento iniziale della norma, dunque, il legislatore mette a disposizione di alcuni enti locali territoriali una opzione operativa che potrebbe valere ad ottimizzare le risorse amministrative e ridurre gli oneri economici correlati all'attivazione delle procedure di *report*.
Il primo dato da evidenziare è che siamo di fronte ad un'ipotesi destinata ad avere un raggio d'azione piuttosto limitato.
Come risulta *icto oculi* evidente, infatti, i soggetti beneficiari di questa *chance*, vale a dire i Comuni non capoluoghi di provincia, non coincidono affatto con tutti quelli che, ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. p), sono coinvolti nell'istituto del *whistleblowing*, ovvero le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza o regolazione, gli enti pubblici economici, gli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 3, co. 1, lett. d), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, i concessionari di pubblico servizio, le società a controllo pubblico e le società *in house*, così come definite rispettivamente, all'art. 2, co. 1, lett. m) e o), del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, anche se quotate[51].

[50] La facoltà è estesa, dalla restante parte della norma, anche ai soggetti del settore privato che hanno impiegato, nell'ultimo anno, una media di lavoratori subordinati, con contratti di lavoro a tempo indeterminato o determinato, non superiore a duecentoquarantanove.

[51] La scelta di elencare le strutture organizzative del settore pubblico coinvolte nella disciplina rappresenta una novità del d.lgs. n. 24/2023. In costanza del regime iniziale delineato nell'art. 54 *bis* dalla legge Severino, infatti, l'individuazione degli soggetti tenuti alla predisposizione dei canali di *whistleblowing* era resa possibile sia considerando il richiamo fatto nella stessa norma alla categoria dei "dipendenti pubblici", sia tenendo conto del successivo comma 59 dell'art. 1, che prescriveva l'applicazione delle disposizioni sulla prevenzione della corruzione contemplate nei precedenti commi, da 1 a 57 – quindi anche di quelle di cui al comma 51 rientranti nel

ISSN 2036-7821

Difficile decifrare la logica sottesa a questa scelta, soprattutto ove si consideri che la stessa si distacca da quanto previsto nella Direttiva.
Quest'ultima, infatti, posto al par. 1 dell'art. 8, l'obbligo in capo ai soggetti pubblici di istituire canali e procedure per le segnalazioni interne ed il relativo seguito, concede, al par. 9, secondo e terzo alinea dello stesso articolo, quasi a mitigare il rigore del principio stabilito, agli Stati la possibilità di esentare dal dovere imposto i Comuni con una popolazione inferiore ai 10.000 abitanti o meno di 50 lavoratori e di prevedere che i canali *intra moenia* possano essere condivisi tra Comuni o possano essere gestiti da autorità comunali congiunte in conformità del diritto nazionale, purchè essi siano distinti e autonomi rispetto a quelli esterni.
Nel trasporre la normativa europea, il legislatore italiano, condivisibilmente, ha scelto di non ammettere eccezioni alla attivazione di strumenti di trasmissione delle informazioni sulle violazioni. La consistenza demografica o quella dell'organigramma di un ente locale, infatti, per quanto piccole e contenute possano essere, non fanno venir meno quel rischio di corruzione che il *whistleblowing* mira a combattere, mantenendo viva la vocazione dell'istituto in esame, teso a salvaguardare, conservandola o ripristinandola, l'integrità dell'ambiente di lavoro. Basti al riguardo considerare che anche gli Enti con pochi dipendenti si trovano a gestire ingenti somme di danaro per appalti, commesse *et similia* o ad intervenire in settori in cui si annidano pericoli di illeciti che una segnalazione può valere a stanare.
A fronte delle prescrizioni della Direttiva, meno comprensibili, invece, appaiono le ragioni sottese alla scelta di limitare la possibilità di condividere i canali interni solo ai Comuni non capoluoghi di provincia.
Se, infatti, la *ratio* della previsione è quella di "alleviare" il peso gravante sulle strutture organizzative di dimensioni modeste nell'allestimento e nella gestione delle linee endogene di segnalazione, risulta arduo comprendere i motivi che hanno indotto il legislatore, da un lato, ad escludere dall'alveo di operatività della disposizione la quasi totalità degli organismi interessati dalla normativa, poc'anzi

citato *range* – a tutte le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Anche dopo la riforma del 2017, l'art. 54 *bis* si era limitato ad indicare solo i lavoratori beneficiari della protezione ma aveva declinato (al comma 2), con maggiore puntualità, la categoria del "dipendente pubblico", nella quale aveva annoverato oltre al dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2 (già previsto in precedenza), anche quello di cui all'art. 3 del d.lsg. 165/2001, nonché quello di un ente pubblico economico e di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 c.c. A questi soggetti espressamente previsti, l'Anac, nelle Linee guida approvate con delibera n. 469 del 9 giugno 2021, aveva ritenuto di aggiungere, "in quanto e nella misura in cui esse costituiscono imprese private fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica", anche le società meramente partecipate da pubbliche amministrazioni ed altri enti di diritto privato a cui si applica la normativa sulla trasparenza ai sensi dell'art. 2 *bis*, co. 3, d.lgs. 33/2013. V. *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)*, p. 10.

ISSN 2036-7821

elencati – nel cui ambito pure possono annoverarsi enti di consistenza minore[52] –, dall'altro, ad includervi soltanto i Comuni non capoluoghi di provincia. Lo *status* di capoluogo, infatti, in sé considerato, (a parte il rilievo istituzionale) non sembra comportare alcuna condizione o privilegio tale da giustificare un simile *discrimen*; in ogni caso, lo stesso certamente non vale ad identificare le amministrazioni più grandi. Per comprendere il senso di questa affermazione basti considerare che la popolazione Giugliano, paese dell'*hinterland* napoletano, ammontante a più di 120.000 abitanti, supera di gran lunga quella di molti capoluoghi di Provincia; lo stesso dicasi per località come Guidonia Montecelio (Rm), Busto Arsizio (Va), Fiumicino (Rm), Torre del Greco (Na), Marsala (Tp), Sesto San Giovanni (Mi), Cinisello Balsamo (Mi), Altamura (Ba), Lametia Terme (Ct) e tante altre disseminate lungo la Penisola, la cui consistenza demografica risulta maggiore di quella di molte città aventi l'appellativo di capoluogo.

In quest'ottica sarebbe stato preferibile non discostarsi dalle indicazioni del legislatore europeo, sul punto certamente più lineari.

Vale la pena sottolineare che nelle Linee guida del luglio 2023[53], l'Anac ha ritenuto di ampliare la possibilità della *partnership* anche alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici di piccole dimensioni. Per l'individuazione di questi organismi l'Autorità ha reputato ragionevole far riferimento alla soglia dimensionale rappresentata da un numero inferiore a cinquanta dipendenti, già usata dal legislatore per distinguere tra le amministrazioni tenute all'adozione del Piano Integrato di Attività e Organizzazione (Piao) ordinario da quelle ammesse a redigerne uno semplificato[54].

L'estensione proposta fa leva su una logica di semplificazione degli oneri e sulla constatazione che il *whistleblowing* rientra fra le misure di prevenzione della corruzione; valutazioni queste, però, che, per quanto condivisibili in linea generale, non sembrano nello specifico da sole, in assenza di un ulteriore supporto normativo, idonee ad avvalorare l'ampliamento proposto[55].

---

[52] Ritiene i criteri soggettivi utilizzati dalla disposizione "non così apprezzabili", G. FRASCHINI, *I canali di segnalazione interna*, in D. TAMBASCO, (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D. Lgs. n. 24/2023*, cit., p. 27.

[53] V. "*Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, cit., p. 41. Merita di essere segnalato che nello schema di Linee guida sui canali interni rimasto in consultazione fino al 9 dicembre 2024, l'Anac ha affrontato il tema della condivisione della linea endogena di segnalazione solo relativamente agli enti privati.

[54] Cfr. art. 6, d.l. 9 giugno 2021, n. 80, conv. con modif. in l. 6 agosto 2021, n. 113.

[55] Nella relazione illustrativa che accompagna lo schema di decreto legislativo approvato dal Governo e trasmesso al Parlamento per il relativo parere si legge, senza ulteriori chiarimenti: "I Comuni diversi dai Capoluoghi di Provincia possono prevedere canali e procedure di segnalazione interna condivisi, anche nell'ambito delle Unioni di Comuni e delle altre forme associative". *Relazione illustrativa* all'*Atto del Governo n. 10, Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che*

ISSN 2036-7821

In ordine ai soggetti legittimati alla condivisione resta un ultimo rilievo da fare.
A parte la mancanza della qualifica di capoluogo di Provincia, per i Comuni non sono previsti altri requisiti. In quest'ottica la norma sembrerebbe in astratto autorizzare una condivisione dei canali anche fra enti posti a centinaia di chilometri di distanza gli uni dagli altri: un'ipotesi quest'ultima in verità che appare destinata a rimanere relegata tra gli esempi scolastici piuttosto che a trovare concreta applicazione[56].

5.1. Segue: b) le modalità di condivisione.

Un Comune non capoluogo di provincia che, ai sensi dell'art. 5, co. 4, decida di condividere il canale di segnalazione di *whistleblowing* con un'altra amministrazione si trova di fronte ad un notevole ostacolo: non sa in concreto come fare.
Il legislatore, infatti, nel contemplare la possibilità di "cooperazione", non precisa i criteri e le modalità per effettuarla, limitandosi ad una prescrizione che, tuttavia, più che risolutiva appare foriera di dubbi.
Il riferimento, in particolare, è al comma 5 dell'art. 4, ove si prevede che "i soggetti del settore pubblico cui sia fatto obbligo di prevedere la figura del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza[57] … affidano a quest'ultimo, anche nelle ipotesi di condivisione di cui al comma 4, la gestione del canale di segnalazione interna" [58].
Incontestato che le amministrazioni locali qui in evidenza rientrano fra gli enti tenuti alla istituzione di un RPCT, non appare agevole conciliare la prescrizione del comma 4, che prevede la condivisione del canale di segnalazione interna e della relativa gestione, con quella del successivo comma che, come poc'anzi ricordato, nei Comuni indicati attribuisce in via esclusiva questa gestione al Responsabile della prevenzione della corruzione.
Un primo rilievo si impone a livello terminologico.

---

segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni nazionali, consultabile in *www.camera.it*, p. 8.

[56] Secondo G. Cossu, *Il diritto a segnalare. La nuova normativa in materia di whistleblowing: il Decreto Legislativo 10 marzo 2023, n. 24*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2023, 2, p. 10, nel silenzio della legge, i criteri in base ai quali effettuare la condivisione di canali di segnalazione e la relativa gestione "potranno essere quelli di prossimità territoriale" o, per gli enti privati, "quelli relativi al settore industriale di appartenenza".

[57] La figura è prevista dall'art. 1, co. 7 della legge 6 novembre 20212, n. 190.

[58] L'altra disposizione nella quale si fa riferimento alla condivisione del canale è contenuta nel co. 5 dell'art. 13 e, concentrandosi sul *leitmotiv* nella disciplina del *whistleblowing*, vale a dire la tutela della riservatezza, richiede ai soggetti del settore pubblico o privato che si avvalgono della facoltà citata, di determinare in modo trasparente, mediante un accordo interno, le rispettive responsabilità in merito all'osservanza degli obblighi in materia di protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 26 del regolamento (UE) 2016/679 o dell'art. 23 del d.lgs. n. 51 del 2018. La *ratio* di questa prescrizione si giustifica ove si consideri che la gestione ripartita dei canali può implicare il rischio di una lesiva e pregiudizievole diffusione tanto delle notizie quanto delle persone coinvolte. Da qui la necessità di presidiare con particolare attenzione questo profilo.

ISSN 2036-7821

Nell'uso corrente e, spesso, anche tra gli addetti ai lavori, la locuzione "canale di segnalazione interna" viene adoperata in maniera promiscua per indicare sia l'impianto complessivo per l'inoltro delle informazioni (quello che potremmo definire come l'intero sistema di trasporto, il collettore generale), sia ciascuna delle diverse forme che contribuiscono a creare quell'assetto (quelle che plasticamente potremmo rappresentare come i veicoli attraverso i quali di volta in volta transitano le comunicazioni, le singole condutture). Nel decreto legislativo, inoltre, in maniera altrettanto ambigua si utilizza la parola "canale" al singolare e al plurale.

Da qui un primo dubbio. La condivisione contemplata nel comma 4 si riferisce al meccanismo nel suo insieme o ai singoli mezzi? In altri termini, laddove un'amministrazione abbia attivato più modalità, può decidere di mantenerne *intra moenia* solo alcune, esternalizzando le altre?

Le perplessità sono destinate ad aumentare ove si passi al successivo comma 5 nel quale si fa menzione della "gestione del canale di segnalazione"[59]. L'espressione va intesa come riferita alle azioni intraprese in seguito all'inoltro della comunicazione della violazione, o, invece, va riferita alle attività di "manutenzione tecnica" dello strumento attraverso il quale vengono veicolate le informazioni oppure allude ad entrambe le situazioni appena elencate?

In considerazione della novità della materia, sarebbe stata certamente auspicabile una maggiore puntualità da parte del legislatore nella individuazione dei limiti e dei contorni della possibile condivisione.

Alla luce di un dettato normativo così poco lineare come quello in esame, l'unica strada percorribile per ritagliare uno spazio di operatività alla fattispecie, sembra essere quella di ritenere che la condivisione del canale di segnalazione interna e della relativa gestione contemplata dall'art. 4, co. 4 del d.lgs. n. 24 del 2023 vada riferita all'impianto tecnologico-informatico utilizzato per le comunicazioni. In sostanza, i soggetti pubblici indicati potrebbero ripartire costi e spese di installazione, aggiornamento e conservazione della strumentazione e delle piattaforme informatiche utilizzate.

Non appare, invece, ammissibile che l'istruttoria e tutte le attività connesse all'inoltro delle informazioni possano essere esercitate in compartecipazione.

A favore di questa conclusione depone il dettato normativo che, almeno sul punto, è inequivocabile nell'affidare al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza la gestione del canale. Una scelta quest'ultima che, fra l'altro, appare coerente con le funzioni che in materia di prevenzione della corruzione sono state assegnate dal legislatore a questa figura.

[59] Nel decreto legislativo si trova adoperata anche la variante, utilizzata proprio nel comma 4, di "relativa gestione".

ISSN 2036-7821

6. Conclusioni.

La riforma dell'istituto del *whistleblowing*, approvata ormai quasi due anni fa con il d.lgs. n. 24 del 2023 in recepimento della Direttiva europea del 2019 n. 1937, ha apportato novità, anche sostanziali, in materia di protezione delle persone che comunicano violazioni di disposizioni nazionali o del diritto dell'Unione che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione, conosciute in un contesto lavorativo.

La disciplina introdotta, però, con riferimento al canale interno di segnalazione attivato nel settore pubblico, per quanto più puntuale e dettagliata rispetto a quella previgente, lascia aperto il campo a diverse perplessità, tanto più stigmatizzabili quanto più si pensi ai tempi lunghi trascorsi per la trasposizione delle prescrizioni comunitarie nell'ordinamento interno.

Il tenore dei problemi ermeneutici messi in luce nelle pagine precedenti testimonia, purtroppo, un approccio al tema da parte del legislatore talvolta approssimativo e comunque non sempre accurato ed adeguato.

L'importanza, più volte ribadita anche a livello europeo, che questo veicolo di trasmissione delle informazioni riveste nell'intera economia della fattispecie avrebbe richiesto un maggiore rigore nella formulazione della normativa e l'elaborazione di regole chiare e precise, soprattutto in ordine a profili, come quello relativo alla condivisione dei canali, di assoluto nuovo conio.

Certo, ove si guardi agli esordi dell'istituto, risalenti ormai a più di un decennio fa, non si possono non riconoscere i notevoli passi avanti fatti. Resta, però, la sensazione che la novella del 2023, relativamente agli aspetti segnalati, abbia rappresentato un'occasione persa per dare ulteriore impulso ad uno strumento che nel sistema della prevenzione della corruzione ancora tarda ad affermarsi.

L'auspicio è che a dissipare ogni dubbio intervenga presto il legislatore con un tagliando chiarificatore.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi osservazioni sulle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese

di Lina De Fusco

(Dottoranda di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. Premessa – 2. Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio – 2.1. Le misure straordinarie per finalità antimafia – 3. L'accantonamento dell'utile d'impresa e l'intervento della Corte costituzionale – 4. La giurisprudenza amministrativa in tema di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio – 5. Alcune osservazioni conclusive.

Abstract

Art. 32, Legislative Decree of June 24, 2014, no. 90, regulates the administrative, support and monitoring measures of companies that are part of the prevention of corruption and concern companies that deviate from the norms of legality in the procedures for the award and execution of public contracts. The aim of this brief reflection is to examine whether and to what extent the system of remedies provided for the 'cleaning up' of ongoing public contracts affects the sphere of autonomy of private individuals and entrepreneurial freedom, and therefore whether the satisfaction of the public interest in the conclusion of contracts can be combined with the free exercise of business activity.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Nella costruzione di una resistente 'barriera' posta a salvaguardia della prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni criminali nel tessuto economico, il legislatore ha dovuto necessariamente contemperare esigenze contrapposte: quella di efficacia dello strumento di prevenzione e quella di garanzia delle posizioni soggettive incise da tale strumento. Nella zelante ricerca di un punto di equilibrio, la produzione del legislatore ha creato un «composito arsenale di risorse preventivo/sanzionatorie»[1], le quali si propongono, tra l'altro, di «salvaguardare la continuità dell'attività dell'impresa, anche nella *prospettiva terapeutica* di una sua bonifica e successiva riabilitazione»[2].

In questo contesto si inserisce il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari», convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2024, n. 114, che all'art. 32 ha introdotto delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese[3], «per far fronte alle interferenze illecite nel settore degli appalti pubblici, di notoria vulnerabilità»[4]. Invero, queste misure colpiscono quelle imprese che, nel corso delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione di commesse pubbliche, si allontanano «dagli standard di legalità»[5].

---

[1] Così N.M. MAIELLO, *Traffico di influenze illecite e misure di commissariamento dell'impresa: le ragioni di una relazione problematica*, in *Cassazione Penale*, 12, 2018, pp. 4424 ss., p. 4426.

[2] Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia: problemi di coordinamento e prospettive evolutive*, in *Dir. pen. cont.*, 10, 2018, pp. 151 ss., p. 151.

[3] Sul tema si v., tra i vari: F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2014, pp. 1023 ss.; A. Longo, *«Un giusto equilibrio». La destinazione degli utili nel commissariamento del contratto*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 3, 2023, pp. 1118B ss.; N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario: l'art. 7 del d.l. "Calabria", 30 aprile 2019, n. 35*, in *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, G. Amarelli, S. Sticchi Damiani (a cura di), Torino, 2019, pp. 323 ss.; A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2018, pp. 443 ss.; A. MUTARELLI, M.M. MUTARELLI, *Considerazioni introno alle possibili ricadute della misura straordinaria ex art. 32 d.l. 90/2014 (debiti pregressi e rapporti di lavoro)*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 1, 2017, pp. 253 ss.; F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2017, pp. 137 ss.; R. TONELLI, *Sicurezza pubblica, libertà d'impresa e tutela del lavoro: un altro passo verso un più equilibrato bilanciamento nella prevenzione amministrativa antimafia?*, in *Riv. italiana di Diritto del Lavoro*, 3, 2023, pp. 604 ss.

[4] Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia* cit., p. 153. Sul punto si v. anche G.M. RACCA, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2-3, pp. 345 ss., p. 348, la quale evidenzia che «Come noto, il fenomeno corruttivo è risultato particolarmente diffuso nel settore dei contratti pubblici e ne ha pervaso ogni fase, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione».

[5] Si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 138. Sul punto si v. anche N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 333, il quale ritiene che le misure straordinarie di 'commissariamento' dell'impresa ex art. 32, d.l. n. 90/2014 «intervengono su imprese aggiudicatarie di commesse pubbliche tramite sospetti accordi *lato sensu* corruttivi».

ISSN 2036-7821

Al primo alinea la norma contempla due distinte misure: la rinnovazione degli organi sociali, che consente di estromettere dalla *governance* della società i soggetti coinvolti in fatti illeciti; e la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, nominando uno o più amministratori. Infine, il comma 8 dell'art. 32 prevede, nei casi meno gravi, l'adozione della più lieve misura di sostegno e monitoraggio.
Gli strumenti di controllo e prevenzione introdotti dall'art. 32 possono essere adottati per finalità diverse, anticorruzione o antimafia, tuttavia, la *ratio* della norma resta la stessa: proseguire nell'esecuzione del contratto per garantire il soddisfacimento di indifferibili esigenze pubbliche. Dunque, la finalità sarebbe, per un verso, quella di 'disinquinare' la gestione del contratto che ha ad oggetto opere di interesse pubblico; per altro verso, invece, quella di assicurare che l'esigenza di conclusione del contratto non si traduca in un illegittimo vantaggio economico per l'impresa coinvolta in episodi di malaffare[6]. E infatti, il comma 7 dell'art. 32 introduce l'ulteriore misura dell'accantonamento dell'utile d'impresa – derivante dalla conclusione dei contratti 'compromessi'– in un apposito fondo a gestione separata.
Il sistema delineato dall'articolo in parola, dunque, introduce una serie di misure di natura preventivo-cautelare, che, in ragione della loro incidenza (più o meno significativa) sulla *governance* delle imprese, meriterebbero di essere osservate anche in ragione del già precario rapporto tra autorità e diritti individuali, tra esigenze di prevenzione e libertà.
Pertanto, l'obiettivo che la presente breve riflessione si propone è quello di provare a verificare se e in che misura il sistema di rimedi previsto per 'disinquinare' le commesse pubbliche in corso di esecuzione incida sulla sfera di autotomia dei privati e sulla libertà di impresa e, quindi, se il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla conclusione del contratto riesca a coniugarsi con il libero esercizio di impresa.

2. *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio.*

Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio disciplinate dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, sono misure amministrative di carattere preventivo, con l'obiettivo di tutelare l'interesse pubblico alla celere realizzazione dell'opera, laddove nell'ambito dell'esecuzione di una commessa pubblica intervengano vicende legate a fenomeni corruttivi. Nel perseguimento di questo obiettivo, il sistema di misure straordinarie, per un verso, deve ripristinare la legalità per consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale 'compromesso'; per altro verso, deve coniugare l'esecuzione del contratto in un regime di «legalità controllata»[7] con il libero esercizio di impresa.

[6] Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 138; N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 333.

[7] L'espressione si rinviene in Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5569.

ISSN 2036-7821

La disciplina prevista dall'art. 32 identifica i soggetti titolari del potere di adozione delle misure oggetto della norma, i casi nei quali questi poteri possono essere esercitati e gli effetti giuridici che essi producono.

Il legislatore ha elaborato un sistema di prevenzione e di controllo che vede protagonisti due diversi soggetti pubblici: il Presidente dell'ANAC e il Prefetto «competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante» (art. 32, co. 1). I procedimenti istruiti dal Presidente dell'ANAC e dal Prefetto sono «distinti ma teologicamente collegati»[8] e, quindi, l'uno è condizione necessaria per l'altro. Infatti, mentre al Presidente dell'ANAC è attribuito un potere di impulso e proposta in ordine allo strumento ritenuto più idoneo a neutralizzare il contratto 'inquinato'; al Prefetto competente, invece, spetta il potere di decidere effettivamente se e quale misura disporre nei confronti dell'impresa.

Le condizioni che legittimano l'adozione delle misure sono previste al comma 1 dell'art. 32 e possono riguardare le imprese aggiudicatarie di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture nonché un concessionario di lavori pubblici o un contraente generale[9] nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per una serie di reati (di matrice corruttiva) individuati dalla norma[10]; ovvero anche in presenza di «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali» (art. 32, co.1)[11]. La dottrina ha avuto modo di osservare che i presupposti individuati dal legislatore sono, per un verso, di natura indiziaria; e, per altro verso – in particolare nel secondo caso – sono anche ampi e indefiniti, connotati, dunque, da una forte indeterminatezza[12].

---

[8] Così F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici* cit., p. 1028.

[9] L'art. 32, co. 1, inoltre, indica tra i soggetti anche le imprese che esercitano attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'art. 8-*quinques* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502.

[10] L'art. 32, co. 1, si riferisce ai reati di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p. Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 145, la quale chiarisce che «La disposizione sembra configurare come condizione sufficiente la pendenza di un procedimento penale, intesi sin dalla fase delle indagini preliminari, vale a dire dall'iscrizione nel relativo registro della notizia del reato *ex* artt. 355 del codice di procedura penale. Non è prevista, infatti, come necessaria la pendenza di un processo penale, l'esercizio dell'azione penale da cui derivi la qualifica di imputato per il soggetto coinvolto, né tanto meno una sentenza di condanna».

[11] Sul punto si v. N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 335, il quale rileva che i due presupposti individuati dall'art. 32, co. 1, sono rispettivamente presupposti «qualificati» e «generici».

[12] Si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 146, la quale osserva che «la genericità dei concetti espressi dalla norma corrisponde alla scelta del legislatore di attribuire all'autorità amministrativa un ampio margine di interpretazione/integrazione della stessa». Cfr. anche N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., pp. 337-338, secondo il quale la «condizione applicativa che desta maggiori perplessità è quella prevista nella seconda parte del primo comma, che legittima l'avvio del procedimento "in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad

ISSN 2036-7821

Il Presidente dell'ANAC, una volta rilevati i presupposti appena descritti e averne informato il procuratore della Repubblica, accertata e valutata la gravità dei fatti, propone al Prefetto competente, in maniera alternativa, di «ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto» e, nel caso in cui l'impresa destinataria della misura non si adegui nel termine di trenta giorni, di «provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione» (art. 32, co. 1, lett. a); ovvero di «provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione» (art. 32, co. 1, lett. b). E così, il Prefetto, a seguito dell'accertamento dei presupposti e «valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine» (art. 32, co. 2), adotta la misura che ritiene più adeguata.

Infine, l'art. 32, co. 8 prevede un'ultima misura, quella di sostegno e monitoraggio, considerata, l'unica tra le altre, in grado di svolgere «una vera funzione terapeutico-riabilitativa nei confronti dell'impresa»[13]. Tale misura si applica nei casi di lieve gravità, ovvero quando «le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma, anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto»[14] (art. 32, co. 8). In questo caso il Prefetto nomina «uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre» (art. 32, co. 8), che hanno il compito di affiancare la *governance* dell'impresa, sia sotto il profilo organizzativo che gestionale, assicurandone una revisione virtuosa. Nella prassi applicativa dell'ANAC si rinviene altresì che la misura di sostegno e monitoraggio, qualora venga accertata la conclusione o la risoluzione del contratto, è proposta in alternativa a quella di straordinaria e temporanea gestione d'impresa,

---

un'impresa". Non è peregrino osservare che un simile presupposto deroghi agli standard qualitativi che dovrebbe connotare la legge limitativa di un diritto fondamentale, nel caso di specie la libertà di impresa». Inoltre, l'ANAC nelle "Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.A.C. di adozione delle misure straordinarie ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, e s.m.i." (16 settembre 2022), specifica che altri presupposti oggettivi per l'esercizio del potere di proposta sono «la riferibilità, anche in via presuntiva, dei fatti illeciti all'operatore economico titolare del contratto o dell'accordo contrattuale» ovvero «l'accertamento dei fatti, inteso come consistenza oggettiva di condotte in grado di incidere, in termini di qualificata probabilità sul corretto svolgimento della procedura di affidamento o di esecuzione del contratto o dell'accordo contrattuale, e la gravità degli stessi».

[13] Così N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 344.

[14] L'art. 12, co. 1, capo 12-*ter*, d.l. 10 settembre 2021, n. 121 ha modificato il testo dell'art. 32, co. 8 prevedendo l'adozione della misura di sostegno e monitoraggio «anche laddove sia stato concluso e interamente eseguito il contratto di appalto» (art. 32, co. 8), determinando una notevole ingerenza della P.A. nella governance dell'impresa privata che non abbia più alcun rapporto contrattuale in essere con le stazioni appaltanti.

ISSN 2036-7821

ovvero è proposta anche contestualmente a quest'ultima, come se fosse una sorta di misura 'accessoria'[15].

È evidente che il legislatore abbia inteso prevedere strumenti connotati da diversi gradi di severità, per consentire di rispondere ad altrettante esigenze di diversa intensità criminale. Invero, come si è appena avuto modo di osservare, il comma 8 dell'art. 32, disciplina la più '*soft*' tra le misure; mentre la rinnovazione degli organi sociali – laddove si ritenga sufficiente l'allontanamento dei soggetti coinvolti nei fatti illeciti – e la straordinaria e temporanea gestione d'impresa (il cd. commissariamento) sono considerate, in misura diversa, certamente strumenti più afflittivi.

Nell'ipotesi del commissariamento, il Prefetto provvede con proprio decreto alla nomina «di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre» (art. 32, co. 2), ai quali, per la durata della misura, «sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa» (art. 32, co. 3). Pertanto, i titolari sono sospesi dall'esercizio dei poteri di disposizione e gestione; mentre, nel caso in cui l'impresa fosse costituita in forma societaria, i poteri dell'assemblea sarebbero sospesi per l'intera durata del commissariamento. Con il predetto decreto il Prefetto stabilisce altresì «la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto ovvero dell'accordo contrattuale e comunque non oltre il collaudo» (art. 32, co. 2).

La misura di commissariamento è sicuramente, tra le altre, quella che incide in maniera più significativa sull'autonomia privata e, infatti, è stata finanche definita dalla dottrina come una misura dalla «portata ablatoria», giacché comporta «una restrizione della sfera giuridica personale e patrimoniale»[16]. A tal proposito, il comma 7 dell'art. 32 disciplina un'ulteriore misura 'accessoria' che prevede l'accantonamento dell'utile, derivante dal contratto colpito dalle misure straordinarie, in un apposito fondo a gestione separata (su questo aspetto si tornerà più avanti al par. 3).

Sebbene la misura di commissariamento sia limitata nel tempo, non è chiaro se lo sia anche rispetto all'oggetto e, infatti, a questo riguardo, sono emersi alcuni dubbi interpretativi. Le incertezze hanno riguardato precipuamente il perimetro del commissariamento, che – per la durata della misura – può estendersi alla complessiva gestione dell'impresa, ovvero limitarsi alla gestione del singolo

[15] Cfr. Proposta di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b, o di sostegno e monitoraggio ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, Fasc. ANAC n. 1175/2021; Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione di cui all'art. 32, comma 1, lett. b, del d.l. 90/2014 e s.m.i. nei confronti di Omissis - Procedimento penale Omissis GIP del Tribunale di Omissis, Fasc. UCOM n. 1918/2023.

[16] Così F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 155.

ISSN 2036-7821

contratto[17]. A tutt'oggi, pare che i dubbi sull'invasività del commissariamento siano stati chiariti dal legislatore, il quale è intervenuto alla lett. b) del primo comma dell'art. 32, modificando la disposizione e introducendo la locuzione «anche», attribuendo, così, un significato ben più preciso all'ampiezza del commissariamento[18]. Sembrerebbe, quindi, che nelle ipotesi in cui la straordinaria e temporanea gestione d'impresa venga applicata direttamente possa interessare anche l'intera *governance* dell'impresa; nei casi in cui, invece, il commissariamento subentri a seguito della mancata osservanza alle prescrizioni imposte con la più blanda misura della rinnovazione degli organi sociali, debba limitarsi alla gestione del singolo contratto, senza alterare l'intera struttura dell'impresa. Pertanto, agli amministratori prefettizi, nel caso di commissariamento *dell'impresa* si attribuirebbero tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione, esautorando completamente i titolari; mentre, nel caso di commissariamento *del contratto* solo quelli necessari all'ultimazione della prestazione contrattuale[19], che comporterebbe ugualmente la sospensione dei poteri e delle funzioni degli organi sociali, ma limitatamente allo specifico appalto o concessione.
Dalla prassi applicativa dell'ANAC, però, si rileva che l'autorità amministrativa è orientata verso una meno invasiva applicazione della misura di commissariamento, dato che circoscrive le proposte di adozione, rivolte al Prefetto competente, solo a specifici contratti o concessioni, dunque, senza includere l'intero spossessamento gestionale dell'impresa.

2.1. *Le misure straordinarie per finalità antimafia.*

[17] Sul punto si v. N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 342, il quale osserva che la dottrina è stata divisa sul punto. Si v. anche F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 185, la quale spiega che a suggerire l'interpretazione secondo cui il commissariamento dovesse riguardare l'intera gestione dell'impresa è il comma 3 dell'art. 32, il quale prevede che «per la durata della straordinaria e temporanea gestione d'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa» disponendo la sospensione dell'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari.

[18] A tutt'oggi, la disposizione statuisce che il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto di «di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa anche limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto ovvero dell'accordo contrattuale o della concessione». Sembra necessario rilevare che le modifiche del legislatore sono frutto di una non ineccepibile tecnica redazionale, dato che la norma, così com'è stata concepita, contiene un ossimoro, accostando gli avverbi 'anche' e 'limitatamente'. Tuttavia, sembra potersi cogliere l'intenzione del legislatore: ampliare il perimetro di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione d'impresa, almeno nelle ipotesi di diretta applicazione.

[19] Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 186, la quale esprime i suoi dubbi proprio rispetto all'attività dei commissari ai quali è affidata la sola gestione del contratto, intravedendo una prima difficoltà riguardo «la non univoca corrispondenza tra la gestione del contratto affidata dal Prefetto agli amministratori e un determinato settore dell'impresa; verosimilmente la gestione del contratto comporterà il coinvolgimento trasversale di diverse aeree della stessa».

ISSN 2036-7821

Com'è già stato anticipato, le misure disciplinate dall'art. 32 coinvolgono quei soggetti la cui affidabilità è stata compromessa dal coinvolgimento sia in vicende corruttive che in episodi di contiguità al crimine organizzato e, pertanto, sono previsti presupposti e *iter* procedimentali diversi. Infatti, l'art. 32, co. 10 disciplina le ipotesi in cui le misure si applicano per finalità antimafia. In questi casi il Prefetto le dispone di propria iniziativa – informandone il Presidente dell'ANAC – qualora l'impresa è stata già destinataria di un'informazione antimafia interdittiva e nei casi in cui il completamento dell'esecuzione della commessa pubblica è necessario «al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159» (co. 10).

Nei casi in cui sopraggiunga un'interdittiva antimafia, l'adozione delle misure non è collegata ad un singolo evento corruttivo, bensì, più in generale, alle conseguenze che ha prodotto il fenomeno dell'inquinamento mafioso sull'impresa. Per quanto concerne la misura di commissariamento, ciò comporta una diversa valutazione che incide sul perimetro di azione della misura stessa, il quale non potrà essere «limitato ad un singolo contratto», ma dovrà «riguardare – in base alla valutazione discrezionale del Prefetto – tutti i contratti in essere»[20] dell'impresa con la P.A. Infatti, il commissariamento antimafia prevede un *iter* procedimentale che si arricchisce di una fase ricognitiva, prodromica alla gestione straordinaria, nella quale il Prefetto, in collaborazione con le stazioni appaltanti, l'ANAC e le altre istituzioni coinvolte, definisce l'ambito oggettivo della misura. Al termine di questa fase poi, il Prefetto adotta il provvedimento di commissariamento che includerà una serie di contratti, tutti destinati alla gestione dei commissari prefettizi.

In dottrina c'è chi ritiene che le misure applicate contestualmente ad un'informazione antimafia interdittiva abbiano un effetto terapeutico-riabilitativo per l'impresa, giacché, nonostante gli effetti paralizzanti dell'interdittiva, consentono, in qualche modo, di continuare l'esecuzione dei contratti al fine di garantire esigenze pubblicistiche[21]. Invero, i destinatari del provvedimento antimafia interdittivo sono colpiti da una particolare forma di incapacità, «parziale e tendenzialmente temporanea»[22], rispetto ai rapporti giuridici con la P.A.; pertanto, nelle ipotesi in cui

[20] Così A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici* cit., pp. 460-461. Sul punto si v. anche Così R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia* cit., p. 158.

[21] Sul punto si v. N.M. MAIELLO, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione dell'impresa ex art. 32 d.l. n. 90/2014 nel settore sanitario* cit., p. 338.

[22] Così F. FIGORILLI, W. GIULIETTI, *Contributo allo studio della documentazione: aspetti sostanziali, procedurali e di tutela giurisdizionale*, in *federalismi.it*, 2021, fasc. 14, pp. 56 ss., p. 56. Gli AA., infatti, chiariscono che l'interdittiva antimafia è «parziale "in quanto limitata ai rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione, ed anche nei confronti di questa limitatamente a quelli di natura contrattuale, ovvero intercorrenti con esercizio di poteri

ISSN 2036-7821

l'interdittiva sopraggiunga nel corso dell'esecuzione di un contratto, la normativa generalmente ne prevede la risoluzione obbligatoria[23]. Dunque, sembra potersi ritenere che il commissariamento antimafia rappresenti un'eccezionale deroga all'incapacità dell'impresa interdetta a continuare ad intrattenere rapporti contrattuali con la P.A. Tuttavia, altra parte della dottrina[24], ritiene che lo strumento di commissariamento esteso a tutti i contratti in essere con la P.A. – specialmente quando questi rappresentino la maggior parte dell'attività svolta – rischia di essere una misura eccessivamente afflittiva per l'impresa, o almeno più afflittiva di altre, come, ad esempio, l'amministrazione giudiziaria disposta dal Tribunale[25]. Così stando le cose, lo strumento del commissariamento, in tali casi, potrebbe determinare delle inefficienze che «non si ripercuotono, a ben vedere, soltanto sulla gestione dell'impresa, ma più in generale possono mettere a repentaglio il soddisfacimento delle finalità di interesse pubblico»[26].

La misura prefettizia cessa in modo naturale con l'ultimazione della prestazione contrattuale, ma il legislatore ne prevede anche la definizione anticipata al sopravvenire di provvedimenti favorevoli all'impresa costituiti dall'annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, dichiarato con sentenza passata in giudicato, ovvero dalla sua sospensione cautelare disposta con ordinanza definitiva e dall'aggiornamento della predetta informazione in senso liberatorio, ex art. 91, co. 5, d.lgs. n. 159/2011, per il venir meno degli elementi che avevano fondato la convinzione dei tentativi di infiltrazione mafiosa[27].

---

provvedimentali, e comunque ai precisi casi espressamente indicati dalla legge (art. 67 d. lgs. n. 159/2011)"; tendenzialmente temporanea, potendo venire meno per il tramite di un successivo provvedimento dell'autorità amministrativa competente (il Prefetto)».

[23] L'art. 94, co. 2, d.lgs. 159/2011, prevede che «qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'art. 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'art. 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti». Tuttavia, sono riconosciute delle eccezioni, sia dall'art. 94, co. 3, d.lgs. n. 159/2011, il quale prevede che «I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi»; sia dall'art. 32, co. 10, d.l. n. 90/2014, che prevede la sottoposizione dell'impresa ad un regime di legalità controllata. L'unica differenza tra l'ipotesi di cui all'art. 94, co. 3, d.lgs. n. 159/2011 e le misure straordinarie in esame si rinviene nel diverso soggetto a cui è affidata la valutazione sulla continuazione del rapporto: nel primo caso è rimessa alla stazione appaltante, nel secondo caso, invece, è rimessa al Prefetto.

[24] Sul punto si v. A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici* cit., pp. 461 ss.

[25] Sul tema dell'amministrazione giudiziaria si v. fra gli altri T. ALESCI, *Note introduttive agli artt. 34-34 ter: Amministrazione giudiziaria*, in *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione*, A. Marandola, G. Spangher, Milano, 2024, pp. 195 ss.

[26] Così A. MALTONI, *Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici* cit., p. 461.

[27] L'art. 32, co. 10, d.l. n. 90/2014, invero, statuisce che le misure «sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del decreto legislativo 6

ISSN 2036-7821

3. ***L'accantonamento dell'utile d'impresa e l'intervento della Corte costituzionale.***

Come è stato già anticipato, tra gli obiettivi del sistema concepito dall'art. 32, d.l. n. 90/2014 si rinviene quello di evitare che l'esigenza di conclusione del contratto oggetto della misura straordinaria non si traduca in una possibilità per l'impresa di conseguire un ingiusto arricchimento. E infatti, il legislatore al comma 7 dell'art. 32 prevede la 'misura accessoria' dell'accantonamento dell'utile d'impresa, derivante dai contratti 'inquinati', in un apposito fondo, scongiurando, così, il paradossale effetto di far percepire all'impresa – proprio attraverso l'adozione della misura straordinaria[28] – il profitto dell'attività criminosa.

L'utile accantonato nel fondo non può «essere distribuito» ovvero «essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione interdittiva» (art. 32, co. 7). Il comma 7, quindi, introduce un ulteriore strumento con una finalità preventiva e cautelare che, per un verso, svolge la duplice funzione di 'raccogliere' e accantonare le somme per tutta la durata della misura; per altro verso, pone un vincolo di indisponibilità sulle somme accantonate che, invece, segue le sorti dei giudizi in sede penale ovvero i giudizi connessi al provvedimento interdittivo antimafia.

La disposizione di cui al comma 7 tace, però, rispetto alla destinazione delle somme accantonate nel fondo a gestione separata. Mentre nel caso di commissariamento anticorruzione il congelamento delle somme potrebbe essere strumentale a garantire l'attuazione di specifiche misure ablative nelle ipotesi di sentenze di condanna; nel caso, invece, del commissariamento antimafia, non è chiaro dalla lettera della disposizione quale sia la funzione dell'accantonamento, ma, in particolare, a chi sia destinata quella parte di patrimonio d'impresa nei casi di conferma giurisdizionale del provvedimento antimafia interdittivo.

Sul punto si è pronunciata di recente la Corte costituzionale[29], 'ribaltando' l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva (n. 1567 del 2018),

---

settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti».

[28] L'accantonamento degli utili nel fondo a gestione separata originariamente era stato previsto unicamente nelle due ipotesi commissariamento del contratto, per finalità anticorruzione e antimafia; a tutt'oggi, il legislatore sembra essere intervenuto per estendere la disciplina di cui al comma 7 anche alle ipotesi di rinnovazione degli organi sociali, introducendo la lett. b-*bis*, al comma 1 dell'art. 32, che, peraltro, statuisce anche il *quantum* delle risorse da accantonare. L'art. 32, co. 1, lett. b-*bis* prevede, dunque, che il Presidente dell'ANAC può al Prefetto competente «di ordinare alla stazione appaltante che i pagamenti all'operatore economico, anche nei casi di cui alla lett. a), siano disposti al netto dell'utile derivante dalla conclusione del contratto, quantificato nel 10 per cento del corrispettivo, da accantonare, ai sensi del comma 7, in un apposito fondo».

[29] Corte costituzionale, 23 maggio 2023, n. 101.

ISSN 2036-7821

recepito dalle quinte Linee Guida ANAC[30]. Invero, il Consiglio di Stato riteneva necessario devolvere in favore dell'amministrazione contraente o del soggetto finanziatore dell'investimento pubblico gli utili contrattuali accantonati dai commissari nel fondo vincolato a seguito del rigetto dell'impugnazione del provvedimento interdittivo, evitando, così, che l'operatore economico interdetto conseguisse un arricchimento patrimoniale in virtù di un suo comportamento antigiuridico[31].

La Corte costituzionale ha ritenuto, invece, che l'accantonamento degli utili in un apposito fondo costituisca «misura già sufficiente a salvaguardare l'economia legale dai tentativi di infiltrazione mafiosa in quanto sottrarrebbe all'impresa interdetta ogni forma di locupletazione durante il periodo di vigenza dell'interdittiva»[32]. In particolare, nei casi in cui l'impresa sia stata 'riabilitata' a seguito di un aggiornamento dell'informazione antimafia in senso liberatorio, l'ulteriore misura della retrocessione degli utili risulterebbe sproporzionata e irragionevole.

Posto che dall'originario corrispettivo va detratto il compenso liquidato ai commissari, secondo la Corte è «nell'art. 94, commi 2 e 3, cod. antimafia che deve essere rinvenuta la regola di rideterminazione del quantum della prestazione resa nel regime di "legalità controllata"»[33]. Dunque, al venir meno del vincolo di indisponibilità del fondo, sembrerebbe doversi riconoscere all'operatore economico – che ha portato a termine la prestazione con propri mezzi, ma nel regime di legalità controllata – «non l'intero guadagno […] accantonato (costituito dalla differenza tra il

[30] A tutt'oggi le Linee Guida ANAC sono state sostituite dalle "Disposizioni per la disciplina del procedimento preordinato alla proposta del Presidente dell'A.N.AC. di adozione delle misure straordinarie ai sensi dell'articolo 32 del d.l. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge 114/2014, e s.m.i.", pubblicate sul sito istituzionale dell'Autorità.

[31] Secondo il parere del Consiglio di Stato, per effetto dell'interdittiva l'originario rapporto contrattuale si scioglie ai sensi dell'art. 94 cod. antimafia e il commissariamento prefettizio obbliga l'impresa appaltatrice interdetta a portare ad esecuzione l'originaria prestazione per specifiche ragioni di pubblica utilità. La fonte dell'obbligazione sarebbe, dunque, novata dal provvedimento. Al venir meno del titolo contrattuale conseguirebbe il venir meno del corrispettivo pattuito e all'impresa spetterebbe solo il rimborso dei costi e delle spese con ablazione del profitto.

[32] Così Corte costituzionale, n. 101/2023. La Corte, inoltre, aggiunge che «non ricorrerebbe alcuna novazione della fonte atteso che l'originario contratto, nel difetto di risoluzione, continuerebbe a essere eseguito dalla società ricorrente con propri mezzi, umani e patrimoniali, con correlativa responsabilità, seppur sotto l'amministrazione dei commissari prefettizi».

[33] Così Corte costituzionale, n. 101/2023. I giudici della Consulta rammentano che i commi 2 e 3 dell'art. 94 regolano «le conseguenze della sopravvenienza dell'interdittiva sui contratti pubblici in corso e all'appaltatore riconoscono espressamente, per il caso della "ordinaria" scelta dell'amministrazione di risolvere il contratto, "il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite" dall'amministrazione». Inoltre, osservano che seppur l'art. 94, co. 3, cod. antimafia non detta a sua volta espressamente la regola del compenso per l'ipotesi in cui l'amministrazione determini la prosecuzione del rapporto, a siffatta fattispecie «può agevolmente estendersi la regola dettata nella disposizione che la precede e a cui è legata: le opere interamente eseguite per volontà dell'amministrazione vanno ugualmente compensate nel loro valore nei limiti dell'utilità ricavata alla controparte».

ISSN 2036-7821

prezzo e i costi già corrisposti), bensì il minor importo dato dal valore della prestazione nei limiti dell'utilità conseguita dall'amministrazione, al netto dei costi già versati»[34].

Il riconoscimento dell'utile accantonato nel fondo e derivante dal rapporto contrattuale commissariato, seppur ridotto, evita di comprimere in maniera irragionevole la libertà di impresa e il diritto di proprietà. Infatti, la Consulta ha avuto modo di osservare che contestualmente alla misura di commissariamento, l'impresa potrebbe dover svolgere attività imprenditoriale nei confronti dei privati e la retrocessione degli utili prodotti a seguito della conclusione del contratto commissariato «andrebbe a comprimere in termini sproporzionati il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica»[35].

A ben vedere, la giurisprudenza della Corte costituzionale sovente si è pronunciata relativamente alla restrizione della libertà di iniziativa economica, ritenendola giustificata in virtù di un'utilità sociale, ma alla condizione che gli interventi del legislatore non la perseguano mediante «misure palesemente incongrue»[36], dovendo necessariamente sussistere «un giusto equilibrio»[37] tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e l'ingerenza nel diritto individuale al godimento dei beni.

4. *La giurisprudenza amministrativa in tema di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio.*

La giurisprudenza amministrativa, in armonia con la *ratio* della norma, rinviene nell'art. 32, d.l. n. 90/2014 «l'ambizioso obiettivo di contemperare due opposte esigenze: garantire la completa esecuzione degli appalti e neutralizzare il rischio derivante dall'infiltrazione criminale nelle imprese»[38]. Oltretutto, di recente, il Consiglio di Stato ha rilevato, in via generale, che le misure straordinarie *ex* art. 32 «sono adottate in esercizio di un potere conformativo e limitativo della libertà di iniziativa economica nell'intento di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore»[39].

Tuttavia, i giudici amministrativi riconoscono che la norma prevede «una gradazione delle misure applicabili in ragione della gravità della situazione riscontrata a carico

[34] Così Corte costituzionale, n. 101/2023.

[35] Cfr. ancora Corte costituzionale, n. 101/2023.

[36] Si v. *ex multis*: Corte costituzionale, 16 giugno 2022, n. 150; Corte costituzionale, 9 maggio 2022, n. 113; Corte costituzionale, 23 novembre 2021, n. 218; Corte costituzionale, 7 maggio 2020, n. 85.

[37] Si v. Corte costituzionale, 11 novembre 2021, n. 213.

[38] Così Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93. Sul punto si v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4406; Cons. Stato, sez. III, 27 novembre 2017, n. 5563; Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630; Cons. Stato, sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653.

[39] Così Cons. Stato, sez. III, 4 ottobre 2024, n. 7971.

ISSN 2036-7821

dell'operatore economico»[40] e della corrispondente necessità di ripristinare le condizioni di legalità. Pertanto, la misura di sostegno e monitoraggio è individuata come quella più adeguata nelle ipotesi di «minore compromissione»; invece, sono collocate «su un diverso livello […] le misure previste per i casi più gravi», ossia la rinnovazione degli organi sociali e «nei casi di maggiore gravità o nelle ipotesi di inottemperanza all'ingiunzione a rinnovare gli organi sociali» la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa[41].

La giurisprudenza ravvisa nella decisione prefettizia – in ordine all'adozione della misura di commissariamento – una valutazione del tutto discrezionale e definisce altresì l'ampiezza di tale discrezionalità, chiarendo quali devono essere gli interessi oggetto di siffatta valutazione. La decisione sembra dover essere incentrata «sul raggiungimento di obiettivi di interesse pubblico connessi all'esecuzione del contratto che la norma ha avuto cura di individuare con puntualità»[42]. Il Prefetto, nell'adozione della misura straordinaria, dunque, «non dovrà operare alcuna valutazione di interessi di tipo privatistico ed aziendale […] ma limitarsi alla cura del solo interesse pubblico contrattuale specifico»[43]. Dalla ricostruzione della giurisprudenza, sembra intuirsi che la valutazione discrezionale debba avvenire solo tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso al contratto oggetto della misura e non degli altri interessi secondari (pubblici o privati) coinvolti nella vicenda. Dunque, pare che il provvedimento prefettizio non sia frutto del contemperamento di tutti gli interessi in gioco, bensì del solo interesse pubblico specifico connesso alla conclusione del contratto[44].

Così stando le cose, la giurisprudenza ha tracciato anche l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di adozione delle misure straordinarie: l'accertamento del giudice amministrativo deve contenersi entro ristretti confini, non estendibili «oltre un apprezzamento che riguardi la manifesta irrazionalità, sproporzione o errore di fatto nell'adozione della misura»[45].

---

[40] Così Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024. Sul punto si v. anche Tar Campania, Napoli, sez. I, 13 ottobre 2020, n. 4484. Cfr., altresì, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1791.

[41] Cfr. Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020.

[42] Così, ancora, Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020.

[43] Si v. Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020.

[44] Sul punto si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo, per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, pp. 323 ss. Una posizione leggermente diversa è assunta da S. TORRICELLI, *Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2, 2022, pp. 29 ss., p. 36, il quale osserva che «per quanto si dica che l'interesse pubblico in concreto sia un interesse che sintetizza gli interessi pubblici e privati rilevanti, in questa opera di sintesi la presenza degli interessi pubblici è inderogabile, mentre la presenza degli interessi privati è auspicabile, ma rinunciabile».

[45] Così Tar Campania, Napoli, sez. I, n. 4484/2020. A tal proposito, è bene chiarire anche che un'eventuale illegittimità dell'atto non comporta automaticamente l'illeceità dello stesso, che consentirebbe di soddisfare le esigenze risarcitorie. Infatti, «è stato rilevato in giurisprudenza, specificamente con riguardo ai provvedimenti di prevenzione dal pericolo della c.d. infiltrazione mafiosa, che l'eventuale statuizione di "*illegittimità non comporta l'automatica illiceità dell'operato dell'Autorità di pubblica sicurezza e non si traduce automaticamente nella responsabilità*

ISSN 2036-7821

Dunque, i giudici, coerentemente con la norma (art. 32, co. 4), rinvengono nella straordinaria e temporanea gestione d'impresa «un'attività considerata ad ogni effetto di pubblica utilità»[46], attribuendole la «funzione di strumento per l'esecuzione del contratto nell'esclusivo interesse della p.a. (in alternativa al recesso) cui si affianca l'ulteriore funzione cautelare e preventiva, di accantonamento degli utili»[47] escludendo, altresì, la natura sanzionatoria dell'istituto.

Per quanto concerne, invece, la misura di sostegno e monitoraggio, questa si posizionerebbe come ultima, tra le altre, relativamente al suo grado di 'invasività' nella *governance* dell'impresa[48]. Invero, la misura di sostegno e monitoraggio è intenta «a promuovere un percorso di revisione virtuosa dell'impresa attraverso l'introduzione di un presidio di esperti che, senza incidere sulla composizione ed i poteri degli organi di amministrazione, sono chiamati a riorientarne in senso lato la *governance* onde ricondurre la gestione complessiva dell'Azienda su binari di legalità e trasparenza con trasversale ricaduta sull'intero assetto organizzativo e gestionale dell'impresa»[49].

Quindi, sebbene per una parte della giurisprudenza l'attività di sostegno e monitoraggio si traduca essenzialmente in indicazioni prescrittive e di controllo, non esautorando del tutto il ruolo e l'attività degli organi societari; per altra parte della giurisprudenza, invece, la misura, in qualche modo, comunque invade o limita il campo di azione, così da interferire nella *governance* dell'impresa e con la sua libertà di iniziativa economica[50]. La misura di sostegno e monitoraggio è «applicabile non solo al caso in cui le vicende giudiziarie abbiano coinvolto soggetti diversi dai componenti degli organi sociali dell'impresa, ma anche quando i fatti corruttivi rivelino un minor grado di compromissione e di rischio per l'operatore economico»[51].

Nella sua precedente formulazione, l'adozione della misura era legata alla durata del contratto cui si correlava, giacché funzionale alla sua corretta gestione ed esecuzione, dovendosi ristabilire le condizioni di piena legalità entro cui deve svilupparsi il rapporto contrattuale[52]. L'attuale formulazione del comma 8 dell'art. 32, invece, consente «espressamente l'adozione della misura di sostegno e monitoraggio nei confronti di un'aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche,

---

risarcitoria dell'Autorità prefettizia che la ha adottata, dovendo sempre essere dimostrata la colpa in concreto". Dunque, tra statuizione sull'illegittimità dell'atto e giudizio sul risarcimento del danno v'è soluzione di continuità. Non v'è alcun automatismo tra l'illegittimità dell'atto e l'illiceità risarcibile» (così Tar Puglia, Bari, sez. II, 16 dicembre 2022, n. 1738. Si v. anche Cons. Stato, sez. II, 18 gennaio 2022, n. 330; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2019, n. 751).

[46] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 luglio 2019, n. 5268.

[47] Così altresì Cons. Stato sez. III, n. 93/2018.

[48] Sul punto si v. Cons. Stato, sez. III, n. 1791/2021.

[49] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 1791/2021.

[50] Sul punto si v. Tar Puglia, sez. II, 10 agosto 2023, n. 1071.

[51] Così Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio, 2020, n. 503.

[52] Sul punto si v. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024 e n. 1791/2021.

ISSN 2036-7821

servizi o forniture anche nell'ipotesi in cui un contratto oggetto dell'appalto – che abbia dato causa all'adozione delle misura – sia stato concluso o interamente eseguito e l'impresa non abbia altri rapporti contrattuali in corso con pubbliche amministrazioni»[53]. Quindi, si creerebbe la circostanza in cui un'impresa, che ha già concluso o interamente eseguito il contratto 'compromesso', veda 'infiltrati' nella propria *governance* gli esperti di nomina prefettizia, pur non avendo ulteriori contratti pubblici in corso di esecuzione. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che siffatta circostanza «non sembra essere dirimente ai fini di ritenere la misura ingiustificata e lesiva della libertà economica di impresa, non potendosi non tenere conto che in detta libertà rientra certamente anche la facoltà di partecipare a nuove gare di appalto per aggiudicarsi nuovi contratti pubblici»[54]. Dunque, per il Supremo Consesso l'applicazione della misura sembra doversi giustificare per due ordini di ragioni: per un verso, parrebbe doversi tenere conto che in futuro l'impresa possa decidere di intrattenere nuovi rapporti con la P.A.; per altro verso, la «finalità di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore» giustifica l'applicazione «di una così poco invasiva misura», che seppur limitativa della libertà di iniziativa economica, rispetta i «canoni di gradualità e proporzionalità». Infine, i giudici chiariscono che la libertà d'impresa «non rappresenta un diritto assoluto, rimanendo un diritto comunque soggetto ad un vincolo di conformità al quadro normativo dell'Unione e dello Stato di appartenenza»[55].

5. ***Alcune osservazioni conclusive.***

Ultimata l'analisi della disciplina e della giurisprudenza riguardante le misure straordinarie previste dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, sembra possibile rendere alcune brevi considerazioni conclusive, facendo ritorno alla premessa, al termine della quale

[53] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024, in cui si chiarisce altresì che «la disposizione normativa, allorquando consente che la misura possa essere disposta *"anche laddove sia stato concluso o interamente eseguito il contratto* di *appalto"*, si riferisce indubitabilmente a un contratto aggiudicato dalla pubblica amministrazione che, sebbene già concluso o interamente eseguito, è risultato essere "inquinato", cioè coinvolto nei fatti oggetto del procedimento penale».

[54] Così Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024. I giudici, inoltre, osservano che «In questa chiave prospettica la novella legislativa non sembra tradire la *ratio* ispiratrice della misura – come ha ritenuto il giudice di prime cure disapplicando la norma nazionale ritenuta in contrasto con l'art. 16 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea – poiché anche nella nuova formulazione la misura trova pur sempre il suo imprescindibile presupposto in un contratto con la pubblica amministrazione che, seppur concluso, è risultato "coinvolto in fatti di rilevanza penale", rimanendo comunque riferita alla finalità di riorientare la *governance* e garantire così legalità dell'intero assetto aziendale».

[55] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024. I giudici, dunque, conclusivamente ritengono che «l'applicazione della novellata misura prevista dall'art. 32, comma 8, D.L. 90/2014, per la sua minima invasività, pur costituendo espressione di un potere conformativo limitativo della libertà di iniziativa economica, non collide con i principi unionali che regolano la materia, essendo la misura di sostegno e monitoraggio rispettosa dei canoni di gradualità e proporzionalità, nonché giustificata dalla finalità di salvaguardare interessi pubblici di rango superiore rispetto ai quali la libertà d'impresa non rappresenta un diritto assoluto».

ISSN 2036-7821

ci si era proposti di verificare se e in che misura il sistema di rimedi congeniato per «sterilizzare»[56] le commesse pubbliche in corso di esecuzione incida sulla sfera di autotomia dei privati e sulla libertà di impresa.

L'obiettivo del legislatore era quello di costruire un sistema di misure di prevenzione che scongiurasse l'arresto di specifiche opere di interesse pubblico a seguito di episodi di malaffare che vedevano coinvolte le imprese aggiudicatrici. Perciò, si tratta di un sistema di misure efficace, rapido e chirurgico, poiché limitato a singoli appalti o concessioni che l'ordinamento intende tutelare[57].

A tal proposito, sembra opportuno porre l'attenzione, in particolare, sulla nitida volontà del legislatore che mira ad ampliare la portata del sistema di prevenzione contemplato all'art. 32. Sono vari, infatti, gli interventi legislativi, susseguitisi nel corso del tempo, che sembrano muovere in questa direzione: la modifica del co. 1, lett. b, che espande l'ambito oggettivo di intervento della misura, potendo riguardare potenzialmente l'intera *governance* dell'impresa e non solo i singoli contratti 'inquinati'; ovvero la facoltà che si rinviene al comma 8 di poter applicare la misura di sostegno e monitoraggio all'impresa che ha già concluso il contratto per il quale è sembrato necessario ricorrere alla misura stessa. Insomma, pare che il legislatore abbia avuto modo di appurare la funzionalità del sistema di misure di prevenzione e che, piano piano, ne intenda estendere l'applicabilità, anche se questo significhi, per un verso, 'tradirne' la *ratio*; per altro verso, ridurre in maniera significativa lo spazio del libero esercizio di impresa degli operatori economici coinvolti, che era stato già 'rosicato' dal sistema nella sua forma originaria[58].

A ben vedere, la coerenza delle misure di prevenzione con il diritto di libertà di impresa dovrebbe rinvenirsi nel bilanciamento che di volta in volta la P.A. è chiamata ad operare[59]. Ed è proprio in questa prospettiva che dall'analisi della giurisprudenza vengono in rilievo altri profili problematici connessi al grado di afflittività del sistema di misure di prevenzione. Infatti, non solo il legislatore sembra essere deciso ad una più diffusa applicazione delle misure, ma si rinviene anche un orientamento della giurisprudenza che, nel riconoscere alla P.A. un'ampia discrezionalità in ordine all'applicazione delle misure stesse, non immagina uno spazio di tutela per gli interessi dei privati.

---

[56] L'espressione si rinviene in Cons. Stato, sez. III, n. 93/2018.

[57] Cfr. F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici* cit., p. 1029.

[58] Sul sistema di misure di prevenzione come originariamente formulato si v. R. CANTONE, B. COCCAGNA, *Commissariamenti prefettizi e controllo giudiziario delle imprese interdette per mafia* cit., p. 156, secondo i quali «Si tratta di un intervento tanto invasivo, quanto delimitato sia sotto il profilo applicativo, poiché chirurgicamente circoscritto al singolo appalto "*inquinato*" o pacchetto contrattuale di matrice pubblicistica, sia sotto il profilo temporale, dovendo il decreto prefettizio stabilire la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera o all'espletamento del servizio o fornitura».

[59] Sul punto si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 159.

ISSN 2036-7821

Nel perseguire l'interesse pubblico, invece, la P.A. è tenuta a valutare, di volta in volta, anche interessi diversi da quelli pubblici, al fine di realizzare una scelta «efficiente»[60], che non solo realizzi l'obiettivo, ma lo faccia anche nel migliore dei modi, contenendo al massimo il pregiudizio degli altri interessi coinvolti nella vicenda procedimentale. Eppure, l'interpretazione della giurisprudenza sembra ispirata «ad un logica conservatrice»[61] secondo cui la P.A. può deliberatamente comprimere la libertà di impresa e di iniziativa economica del privato per consentire la realizzazione di uno specifico interesse pubblico, non venendo, di fatto, operato alcun contemperamento tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

Alla luce di queste brevi riflessioni, si può conclusivamente ritenere che il sistema di misure di prevenzione delineato all'art. 32 si muova nella direzione di un progressivo rafforzamento che, in maniera uguale, ma contraria, indebolisce la sfera di autonomia dei privati e il libero esercizio di impresa. Sebbene il Consiglio di Stato si sia pronunciato ravvisando nelle misure straordinarie *ex* art. 32 una limitazione alla libertà di iniziativa economica al fine di tutelare interessi pubblici di rango superiore[62], non può non tenersi conto di interventi che, invece, 'trainano' nella direzione opposta, alla faticosa ricerca di un giusto equilibrio tra l'interesse generale della comunità e i diritti individuali, come la libertà di iniziativa economica, il diritto di proprietà e il libero esercizio di impresa[63]..

[60] Sulla definizione di 'efficienza' della P.A. si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., pp. 402 ss.

[61] Si v. F. NUGNES, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici* cit., p. 153.

[62] Cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 7971/2024.

[63] Si v. Corte costituzionale, n. 101/2023.

ISSN 2036-7821