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. 1/2025

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, Valentina Maria Donini, 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. Sańchez-Mesa Martĭnez, 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, Esper Tedeschi, 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. 1/2025

SOMMARIO

1. **Considerations on Data as Global Commons.**
di Gabriella Mazzei……..pag. 1
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

2. **Amministrazione pubblica e spesa costituzionalmente necessaria: lo stato dell'arte.**
di Guerino Fares…….pag. 11

3. **Le compagnie di assicurazione nel sistema giuridico georgiano e la copertura contro i danni.**
di Andrea Russo…….pag. 34

4. **Considerazioni sull'assicurazione del rischio ambientale.**
di Laura Maccarrone……..pag. 57

5. **Gli atti amministrativi di ordine per il buon andamento dell'amministrazione pubblica.**
di Maura Mattalia……...pag. 78

ISSN 2036-7821

6. **Le formule e il dovere: il secondo comma dell'art. 54 Cost. e il giuramento nel diritto pubblico.**
di Matteo Carrer……...pag. 103

7. **L'impatto dell'intelligenza artificiale nella lotta alla corruzione: opportunità, sfide e prospettive.**
di Valentina Maria Donini……..pag. 149
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

8. **Administrative "official controls" of safety in the agri-food supply chain.**
di Giuseppina Lofaro……...pag. 179

9. **Beyond the courtroom: evaluating alternative dispute resolution in medical liability cases.**
di Michele Karaboue……pag. 201

10. **Sulla pluralità delle domande e sulla conversione delle azioni nel processo amministrativo. Sostegno dogmatico al contributo di giurisprudenza.**
di Paolo Cotza……...pag. 219

11. **Administrative Enforcement and Taxpayer Protection: Towards a European Integrated Model.**
di Filippo Luigi Giambrone……pag. 238

ISSN 2036-7821

12. La revisione prezzi e le modifiche contrattuali nel nuovo codice dei contratti pubblici.
di Eugenio Piscino……pag. 259

13. La guida turistica: da mestiere girovago a moderna, stabile e consolidata professione del settore. Prime note sulla l. 13 dicembre 2023 n. 190.
di Valerio Torano……..pag. 292

14. Interventi sugli edifici secondo la nuova "Legge Salva Casa".
di Roberto Cogliandro……pag. 318

15. La Specializzazione medica e il principio di incompatibilità: rilievi sullo status giuridico dello specializzando durante la formazione specialistica.
di Michele Liberio……pag. 335

16. La programmazione nel ciclo di vita degli appalti pubblici.
di Giovanna Tuccillo……pag. 362

ISSN 2036-7821

17. Interoperabilità dei dati della pubblica amministrazione. Novità in materia di dati sanitari.
di Martina Maggiolini……..pag. 386
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

18. Il fragile equilibrio tra l'intelligenza artificiale e la trasparenza nelle decisioni amministrative.
di Lydia Martucci…….pag. 402
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerations on Data as Global Commons

di Gabriella Mazzei

(Professore ordinario di Diritto privato comparato presso l'Università degli Studi di Roma UnitelmaSapienza)

Sommario

1. The Need for Data Openness and Sharing at a Global Level to Extract Knowledge. – 2. The Need for Social Participation in Big Data Management and Analysis to Extract Reliable and Socially Sustainable Knowledge. – 3. Digital Enclosures and Their Social, Political, and Economic Risks. - 4. The Need for Uniform Legal Principles that Consider Data as Global Commons. – 5. The Challenge of Opening Private Sector Data while Protecting Intellectual Property. – 6. Contradictions in European Union Legislative Policy: The Prevalence of Intellectual Property Protection over Data Openness. – 7. Applicability of Public Utility Principles to Digital Platforms.

Abstract

Cultural and social progress, the resilience of democratic systems, the effectiveness of fundamental rights, and economic development today—more than ever—depend on control over data and the legislative policy choices that shape it. Considering data as global commons means restoring to society the vast and valuable data heritage it has helped generate and continues to produce. It allows collective intelligence to harness this resource, unlocking its full cultural, social, political, and economic value.

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

ISSN 2036-7821

1. The Need for Data Openness and Sharing at a Global Level to Extract Knowledge.

Our era is defined by the datafication of reality, where all phenomena are converted into data to be analysed and calculated. In this digital landscape, all things, including individuals themselves, become flows of computable data.

Digital and globalized communication technologies enable the generation of vast amounts of data that expand exponentially at every moment through the contributions of billions of users worldwide[1].

This enormous volume of data drives the development of increasingly rapid and powerful computational systems, particularly algorithms[2]. When combined with the speed and power of algorithmic computation, such a vast amount of data facilitates advancements in machine learning and artificial intelligence[3] that reshape our society and our way of living[4].

Across both public and private domains, enormous and heterogeneous data sets, or big data, are collected and analysed though computational methods for diverse purposes.

Today, algorithmic analysis of big data forms the foundation of knowledge acquisition, both scientific and otherwise.

Moreover, decision-making processes throughout public and private sectors increasingly depend on algorithmic analysis of big data and the knowledge it extracts. These processes encompass everything from political decisions to numerous other decisions that may profoundly impact individual lives and society, potentially determining critical outcomes, such as whether someone will be granted bank credit or permitted to leave prison on bail[5].

Furthermore, algorithmic analysis of big data and the knowledge it generates underpin today's production of innovative goods and services, and thus economic

---

[1] V. ZENO-ZENCOVICH, *Dati, grandi dati, dati granulari e la nuova epistemologia del giurista*, in *Media Laws*, 2019, p. 32.

[2] E. DIETRICH, *Algorithm*, in R.A. WILSON, F.C. KEIL (eds.), *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, The MIT Press, Cambridge, 1999, p. 11 s.

[3] M.I. JORDAN, S. RUSSELL, *Computational Intelligence*, in R.A. WILSON, F.C. KEIL (eds.), *The MIT Encyclopedia of the Cognitive Sciences*, The MIT Press, Cambridge, 1999, p. xxiii ss.

[4] L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford University Press, Oxford, 2014; V. MAYER-SCHONBERGER, K.N. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think,* Houghton Mifflin Harcourt, Boston, 2013.

[5] R. KITCHIN, *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, Sage, Los Angeles, 2014; R. KITCHIN, G. MCARDLE, *What Makes Big Data? Exploring the Ontological Characteristics of 26 Datasets*, in *Big Data & Society*, 1, 2016, p. 1 ss.; D. BOLLIER, *The Promise and Peril of Big Data,* The Aspen Institute, Washington, DC, 2010, p. 12 ss.

ISSN 2036-7821

development. Data are now widely defined as "the oil of the 21st century"[6], essential resources that fuel the global economy much as oil powered the industrial economy in the past two centuries.

Algorithmic analysis of big data has revolutionized how we comprehend reality and make decisions. One of the most significant aspects of big data lies in their volume and heterogeneity, which permit the comparison, aggregation, and integration of data of diverse types from multiple sources. This feature uncovers correlations between phenomena that were previously invisible to researchers. Such correlations forge pathways to new knowledge and discoveries that would otherwise remain inaccessible[7].

It becomes evident, therefore, that opportunities to extract knowledge from data depend critically on data openness and mobility, particularly on the possibility to access, share and reuse data at a global level[8].

2. The Need for Social Participation in Big Data Management and Analysis to Extract Reliable and Socially Sustainable Knowledge.

Big data promise to accelerate and enhance knowledge acquisition. However, navigating this vast ocean of data, even with the most advanced computational tools and methods, poses a growing challenge in distinguishing what constitutes reliable and trustworthy knowledge[9].

Reliability and trustworthiness depend on data quality, impartiality, and integrity, and on the theoretical assumptions, methods, and purposes of data analysis. All these factors imply fundamental choices that form and inform big data management and analysis processes. These choices are not merely technical in nature as they have important social consequences, generating knowledge and decisions that impact individuals, businesses, and society.

Despite the increasing automation of analytical processes by algorithms, humans retain and must embrace the intellectual responsibility to know, understand, and

[6] In 2006, Clive Humby, an English data scientist and mathematician, coined this slogan which, over time, has proven to be increasingly true to reality.

[7] D. BOYD, K. CRAWFORD, *Six Provocations for Big Data*, in *Data & Society Paper*, 2011; S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, Meltemi, Milan, 2018, p. 29 ss.

[8] B. WESSEL, R. FINN, T. SVEINSDOTTIR, K. WADHWA, *Open Data and the Knowledge Society*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2017; SCIENCE INTERNATIONAL, *Open data in a big data world. An international accord*, ICSU, ISCC TWAS, IAP, Paris, 2015.

[9] S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, Meltemi, Milan, 2018, p. 9 ss., 113 ss.

ISSN 2036-7821

direct these processes. This includes maintaining human control over key choices and evaluating their social implications[10].

In democratic societies, these choices and evaluations cannot disregard the social contexts in which they will produce their effects, nor the individual and collective interests at stake. Consequently, big data management and analysis processes should incorporate adequate forms of social participation[11].

3. Digital Enclosures and Their Social, Political, and Economic Risks.

While billions of users worldwide contribute to generating data, only few entities centralize these data. These include public institutions operating at international, supranational, national and local levels, as well as private entities, such as multinational corporations that dominate their markets through their management of large digital platforms facilitating diverse online user interactions.

Public entities have accumulated a vast and valuable data heritage while performing their functions, but they have progressively lost their traditional role as information holders. Digital platforms have taken on this role, having accumulated more data than many governments and public institutions worldwide. Consequently, a small number of private entities now control an enormous and valuable heritage of user-generated data.

Data are goods that economists define as "non-rival", since they constitute a resource that multiple parties can simultaneously use in different contexts and for different purposes, without depleting their value or utility. Digital platforms, however, appropriate data exclusively to maximize profit, thereby denying researchers, public entities, other businesses, and society in general the ability to derive value from them.

These knowledge oligopolies, veritable digital enclosures, represent a significant political, social, and market failure.

Furthermore, the involvement of powerful private and public interests in big data algorithmic analysis processes creates risks in the selection of which data to analyse, what knowledge to extract, and which decisions to derive. In such environments, political or economic convenience may prevail over scientific and social considerations. This prioritization generates multiple risks: distorted representations of reality, surveillance, manipulation of ideas, influence over choices (including

[10] L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

[11] S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, *cit.*, p. 100 ss.; C. HESS, E. OSTROM (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge-London, 2007; J. SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, in *Stanford Technology Law Review*, 22, 2019, p. 354 ss., esp. p 385 ss.

ISSN 2036-7821

electoral decisions, as evidenced by the Cambridge Analytica case) and unjust, discriminatory outcomes[12].

Algorithmic decision-making processes can produce unjust and discriminatory results, even when using algorithms designed without any discriminatory purpose. This occurs, for example, when existing societal discrimination becomes embedded in the data analysed, and algorithms detect and replicate these patterns, potentially amplifying them[13]. Such circumstances create a troubling paradox: the most innovative technology often replicates and consolidates the existing social order, perpetuating old forms of discrimination or giving rise to new ones. Addressing this complex and significant social issue cannot be left to or entrusted with private companies that manage large digital platforms. Data openness would help overcome, at least partially, the current difficulties encountered in observing and understanding the complex functioning of algorithmic calculations, thereby preventing their unjust and discriminatory outcomes[14].

4. The Need for Uniform Legal Principles that Consider Data as Global Commons.

As a source of knowledge, data are essential goods for advancing scientific and social progress, maintaining effective democratic systems, protecting fundamental rights, and driving economic development.

Considering data as global commons[15] means defining uniform legal principles that ensure openness, sharing, and reuse of data at a global level by as many subjects as

---

[12] S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The fight for human future at the new frontier of power*, Profile Books, New York, 2019; ID., *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, in *Journal of Information Technology*, 30, 2015, p. 75 ss.; J.E. COHEN, *Law for the Platform Economy*, in *UC Davis Law Review*, 2017, 51, p. 133 ss.; Z. BAUMAN, D. LYON, *Liquid Surveillance: A Conversation*, Polity, Cambridge, 2012; E. PARISER, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*, Penguin Books, New York, 2012; C. CROUCH (eds.), *Post-democracy*, Polity, Cambridge, 2004; R. BRANDOM, *Facebookopens up "overwhelming data set" for election research*, in *The Verge*, 2018; J. ZITTRAIN, *Engineering an Election*, in *Harvard Law Review Forum*, 8, 2014, p. 335 ss.

[13] FEDERAL TRADE COMMISSION REPORT, *Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, 2016; S. BAROCAS, A.D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review*, 104, 2016, p. 671 ss.; B.W. GOODMAN, *Economic Models of (Algorithmic) Discrimination*, 29th Conference on Neural Information Processing Systems, Barcelona, Spain, 2016.

[14] J. SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, in *Stanford Technology Law Review*, 22, 2019, p. 354 ss.

[15] J. SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, in *Stanford Technology Law Review*, 22, 2019, p. 354 ss. In the vast legal literature on the subject of common goods, E. OSTROM, *Governing the commons*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990; C. HESS, E. OSTROM (eds.), *Understanding Knowledge As a Commons*, The MIT Press, Cambridge, 2007; S. RODOTA`, *Un terribile diritto. Studi sulla proprieta` privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2013; ID., *Verso i beni comuni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 4, 2017, p. 495 ss.; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2011, p. 461 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Rome-Bari, 2011; ID., *Prime note critiche sull'informazione come bene comune*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1-2, 2020, p. 75 ss.; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2011, p. 103 ss.; ID. (a cura di), *Oltre il*

ISSN 2036-7821

possible worldwide and with minimal obstacles of various kinds. These principles should transcend the boundaries between public and private spheres[16] and prioritize the socio-economic function of data over formal ownership of data[17]. Furthermore, they should provide for effective and incisive forms of social participation in big data utilization processes[18]. Such participation would ensure that big data are used to derive reliable and trustworthy knowledge, based on control of data quality and correctness of data management and analysis methods. It would also lead to socially sustainable decisions, through consideration of the interests involved and evaluation of social implications[19]. Such uniform legal principles should protect the various legitimate interests involved in big data utilization, including the legitimate economic interests of digital platforms. However, they must establish the right balance, ensuring primarily that data are used in the general interest and for the benefit of future generations. They should aim at achieving objectives of general relevance, such as preventing unjust and discriminatory outcomes from algorithmic

pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni, Ombre Corte, Verona, 2012; A. LUCARELLI, *Beni comuni*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, dir. Rodolfo Sacco, 2021, p. 21 ss.; ID., *Costituzione e Beni Comuni*, Diogene, Naples, 2013; ID., *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Rome-Bari, 2013; ID. (ed.), *Beni Comuni. Proprietà, gestione, diritti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/2007; ID., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, p. 87 ss.; G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso "Myriad Genetics"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2011, p. 281 ss.; P. CACCIARI, (ed.), *La società dei beni comuni*, Ediesse, Rome, 2010; A. CIERVO, *I beni comuni*, Ediesse, Rome, 2012; S. RANGANATHAN, *Global Commons*, in *European Journal of International Law*, 3, 2016, p. 693 ss.; A. QUARTA, M. SPANÒ (eds.), *Beni comuni 2.0 Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Eterotopie, Milan, 2016; F. PONTE, *I big data come common goods*, in *Ciberspazio e diritto*, 1, 2017, p. 31 ss.; A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e diritto privato*, 2, 2012, p. 617 ss.; A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2013; L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto*, 2, 2014, p. 253 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni Settanta*, in *Rassegna di diritto civile*, 4, 2011, p. 1061 ss.; R. BRIGANTI, *Oltre la funzione sociale della proprietà nell'esercizio dei servizi pubblici. Verso la categoria giuridica dei beni comuni*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2012, p. 83 ss.; L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, p. 1 ss.; S. LIETO, *"Beni comuni", diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto*, 2, 2011, p. 331 ss.; P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *federalismi.it*, 19/2011, p. 1 ss.; C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2013; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Laterza, Rome-Bari, 2013.

[16] M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, *cit.*, p. 105.

[17] A. LUCARELLI, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (ed.), *Beni comuni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples, 2007, p. 17.

[18] P. CACCIARI, *Introduzione*, in ID. (ed.), *La società dei beni comuni*, *cit.*, p. 12 ss.; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Rome-Bari, 2004, p. 23 ss.; C. HESS, E. OSTROM (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge-London, 2007; J. SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, in *Stanford Technology Law Review*, 22, 2019, p. 354 ss., 385 ss.

[19] S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, *cit.*, p. 100 ss.; C. HESS, E. OSTROM (eds.), *Understanding Knowledge as a Commons*, *cit.*

ISSN 2036-7821

decision-making processes, in accordance with fundamental rights and the principle of substantive equality[20].

5. The Challenge of Opening Private Sector Data while Protecting Intellectual Property.

Open data have gained traction across many countries for public sector data and scientific research data[21], but they face considerable challenges in extending to private sector data.

The principal difficulties arise from conflicts between data openness and intellectual property protection. Throughout recent decades, both in Europe and across the Western world, intellectual property rights have undergone continuous expansion, resulting in a contraction of the public domain of knowledge[22].

The trend toward strengthening intellectual property protection[23] has not been challenged by the 2019 European Directive on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market[24].

Due to intellectual property protection, digital platforms have maintained exclusive control over data through exclusive rights that safeguard private investments in database creation and algorithm development. Furthermore, exclusive contractual rights and technical protection measures grant forms of exclusive control over data that operate outside the balancing mechanisms established by intellectual property law[25].

6. Contradictions in European Union Legislative Policy: The Prevalence of Intellectual Property Protection over Data Openness.

[20] A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato, cit.*, p. 461 ss.

[21] G8 Open Data Charter and Technical Annex, 2013; International Open Data Charter, 2015.

[22] G. MAZZEI, *Propiedad intelectual y dominio público del conocimiento*, in *Revista General de Derecho Público Comparado*, 12, 2013, p. 3 ss.

[23] R. CASO, *Il conflitto tra diritto d'autore e ricerca scientifica nella disciplina del text and data mining della direttiva sul mercato unico digitale*, in *Il diritto industriale*, 2, 2020, p. 118 ss.; G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso "Myriad Genetics"*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2, 2011, p. 281 ss.

[24] Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, in OJ L 130, 17.5.2019, pp. 92 ss.

[25] R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Ledizioni, Milan, 2020, p. 39.

ISSN 2036-7821

Over the past decade, the European Union has demonstrated its full intention to play a driving role by defining legal models that serve as global benchmarks[26] for promoting a digital society where the primacy of the individual, fundamental rights, security, solidarity, and social inclusion are safeguarded.

This is the common thread of an intensive period of legislative activity, ranging from the General Data Protection Regulation[27] to the Artificial Intelligence Act [28], including the Digital Markets Act[29], the Digital Services Act[30], the Data Governance Act[31] and the Data Act[32].

These recent initiatives, while moving in the same direction as the Regulation on the free flow of non-personal data[33] and the Open Data Directive[34], represent a significant shift in approach and substantially strengthen the principles of data openness and sharing.

However, these regulatory interventions—particularly the Open Data Directive[35] and the Data Governance Act[36]—fail to establish the primacy of data openness and sharing principles over intellectual property protection.

This creates a paradoxical risk whereby open data may further empower digital platform oligopolies. With their enormous computational capabilities, these platforms can collect accessible data, aggregate them into new databases protected by sui generis rights, and analyse them using algorithms shielded by trade secrets[37].

---

[26] A. BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020.

[27] Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), in OJ L 119, 4.5.2016, p. 1 ss.

[28] Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), in OJ L, 2024/1689, 12.7.2024.

[29] Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), in OJ L 265, 12.10.2022, p. 1 ss.

[30] Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a single market for digital services (Digital Services Act), in OJ L 277, 27.10.2022, p. 1 ss.

[31] Regulation (EU) 2022/868 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2022 on European data governance (Data Governance Act), in OJ L 152, 3.6.2022, p. 1 ss.

[32] Regulation (EU) 2023/2854 of the European Parliament and of the Council of 13 December 2023 on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), in OJ L, 2023/2854, 22.12.2023.

[33] Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, in OJ L 303, 28.11.2018, p. 59 ss.

[34] Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information, in OJ L 172, 26.6.2019, p. 56 ss.

[35] *Whereas* (54), (55), (56); art. 1(2)(5), Directive (EU) 2019/1024.

[36] *Whereas* (17); art. 5(3), Regulation (EU) 2022/868.

[37] N.M. RICHARDS, J.H. KING, *Three Paradoxes of Big Data*, in *Stanford Law Review*, 66, 2014, p. 41 ss.

ISSN 2036-7821

7. Applicability of Public Utility Principles to Digital Platforms.

Currently, digital platforms have no obligation to open their data and share them with external entities. They generally resist such sharing to preserve their competitive advantage derived from exclusive control over vast quantities of data. In the few instances where they do share data, platforms choose which data to open and selectively open limited datasets while imposing stringent contractual conditions on data reuse[38].

The Data Act establishes certain data openness and sharing obligations for businesses (exempting small and micro enterprises). These include the obligation to share data with public entities in exceptional cases where such data are necessary to address public emergencies, provided that these data cannot be promptly obtained through market mechanisms or existing regulations, and provided that the public entity's requests remain proportionate and respect the interests of the business making the data available[39]. The Act additionally mandates sharing data generated through the use of products or related services, such as Internet of Things products and services[40].

These represent significant advances and steps in the right direction by the European Legislator. However, substantial progress remains necessary. The regulatory framework should enable considerably broader possibilities for opening and sharing private sector data. As in the public sector, data openness in the private sector should constitute the standard practice rather than the exception.

One approach to imposing general data openness and sharing obligations on digital platforms involves applying legal principles regarding public utilities[41]. Such principles aim to ensure social oversight of large private companies that provide essential services. They are aimed at ensuring fair and non-discriminatory access to these services while preventing unfair practices that could generate or intensify opportunity disparities as well as economic and social inequalities.

---

[38] L. TAYLOR, *The ethics of big data as a public good: which public? Whose good?*, in *Philosophical transactions. Series A, Mathematical, physical, and engineering sciences*, 2016, p. 1 ss.

[39] Chapter V, Regulation (EU) 2023/2854.

[40] Chapter II, Regulation (EU) 2023/2854.

[41] J. SHKABATUR, *The Global Commons of Data*, in *Stanford Technology Law Review*, 22, 2019, p. 399 ss.; K.S. RAHMAN, *The New Utilities: Private Power, Social Infrastructure, and the Revival of the Public Utility Concept*, in *Cardozo Law Review*, 39, 2018, p. 1621 ss.

ISSN 2036-7821

Current practices implemented by digital platforms that do not allow access to data appear as unfair practices, particularly as these data represent a source of knowledge and are increasingly essential for individuals, businesses, and society[42].

Cultural and social progress, the resilience of democratic systems, the effectiveness of fundamental rights, and economic development today—more than ever—depend on control over data and the legislative policy choices that shape it.

Considering data as global commons means restoring to society the vast and valuable data heritage it has helped generate and continues to produce. It allows collective intelligence to harness this resource, unlocking its full cultural, social, political, and economic value.

[42] Cfr. T.B. NACHBAR, *The Public Network*, in *CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy*, 17, 2008, p. 113; S. CRAWFORD, *First Amendment Common Sense*, in *Harvard Law Review*, 8, 2014, p. 2343, 2369.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Amministrazione pubblica e spesa costituzionalmente necessaria: lo stato dell'arte

di Guerino Fares

(Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli Studi Roma Tre)

Sommario

1. Equilibrio della finanza pubblica allargata, prestazioni essenziali e spese non obbligatorie: l'orientamento della Corte costituzionale; 2. I livelli essenziali di assistenza nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale; 3. La funzione di controllo della Corte dei conti nel bilanciamento di priorità e risorse: l'art. 20 del decreto 118/2011 fra perimetro e parametro; 4. Le ultime frontiere nella determinazione dei LEP; 5. Dai LEA (ancora) da aggiornare alle prestazioni (non ancora) essenziali ma comunque finanziate dallo Stato: note critiche.

Abstract

The paper deals with the social benefits that must necessarily be provided, regardless of the availability of financial resources, since they correspond to the essential levels of protection of the citizen which allow his or her dignity to be protected, in a context in which, on the one hand, the accounting and budgetary rules and, on the other hand, the principle of fair collaboration between the competent public authorities at the various levels of territorial government, subject both to the jurisdiction of the Constitutional Court and control by the Court of Auditors, must be respected.

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

ISSN 2036-7821

1. Equilibrio della finanza pubblica allargata, prestazioni essenziali e spese non obbligatorie: l'orientamento della Corte costituzionale.

In sede di interpretazione del novellato art. 97 Cost. – il cui comma 1 dispone ora che "le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico" – è stato opportunamente chiarito che, mentre gli equilibri finanziari imposti ai singoli enti pubblici mirano ad assicurare il bilanciamento dinamico tra le componenti attive e passive dei rispettivi bilanci, allo Stato è affidata la salvaguardia dell'intera finanza pubblica allargata in una prospettiva di equilibrio macroeconomico cui ciascun ente è tenuto a contribuire *pro quota* sulla base di regole chiare e predefinite in relazione all'andamento dei cicli economici e alla situazione complessiva del debito pubblico[1].

La stessa Corte costituzionale, nell'esplorare i raccordi fra autonomia finanziaria e vincoli di bilancio, ha posto l'accento sulla doverosa osservanza dei principi di ragionevolezza e del buon andamento[2], del quale ultimo costituiscono intrinseche componenti la programmazione e la proporzionalità tra risorse assegnate e funzioni da esercitare: di modo che «organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate in modo funzionale e proporzionato alla realizzazione degli obiettivi previsti dalla legislazione vigente diventa fondamentale canone e presupposto del buon andamento dell'amministrazione, cui lo stesso legislatore si deve attenere puntualmente»[3].

È questo lo sfondo su cui viene ad innestarsi la problematica concernente la ricaduta finanziaria delle prestazioni sanitarie e sociali, nella perenne oscillazione tra le istanze di tutela e il limite delle disponibilità finanziarie: un tema che, come è stato osservato, «acquista ulteriore spessore in ordine alla garanzia dei diritti civili e sociali da assicurare con carattere di generalità, cui non a caso la legge rinforzata n. 243/2012

[1] In questi termini, Corte cost., 29 novembre 2017 n. 247, ove si legge che "la nuova formulazione del primo comma dell'art. 97 Cost. riguarda per la prima parte gli equilibri dei singoli enti, mentre la seconda afferisce alla doverosa contribuzione di questi ultimi al comune obiettivo macroeconomico di assicurare la sostenibilità del debito nazionale. Il primo precetto si sostanzia nel divieto - per ciascun ente - di previsioni di disavanzo economico e nella continua ricerca dell'equilibrio tendenziale nella gestione finanziaria, in relazione alle dinamiche interne ed esterne che caratterizzano l'attuazione concreta delle politiche di bilancio. Il secondo comporta la contribuzione di ciascuna amministrazione al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica nazionali ed europei, assicurando a tal fine risorse e specifici comportamenti finanziari". In dottrina, sul tema, G. Rivosecchi, *La Corte costituzionale garante dell'autonomia finanziaria degli enti territoriali nella problematica attuazione dell'equilibrio di bilancio*, in *Giur. cost.*, 2017, 2579 ss.

[2] Corte cost., 29 gennaio 2016 n. 10, su cui cfr. G. D'Auria, *Nuove province e città metropolitane: funzioni amministrative e (in)adeguatezza delle risorse finanziarie*, in *Foro it.*, 2016, I, 3723.

[3] Corte cost., 12 luglio 2017 n. 169, annotata da B. Savioli, *La costituzionalità dei tagli alla spesa sanitaria in relazione all'erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni sanitarie*, in *Quad. cost.*, n. 4/2017, 999 ss.

ISSN 2036-7821

dedica espressa menzione, prevedendo un concorso dello Stato nelle fasi avverse del ciclo o al verificarsi di eventi eccezionali (art. 11)»[4].

Il quadro si complica ancor di più in presenza di normative peculiari, intessute di vincoli a carico dell'autonomia di spessa, quali quelli nascenti dai c.d. piani di rientro dal disavanzo finanziario.

Come noto, con la L. 30 dicembre 2004, n. 311 (c.d. legge finanziaria 2005) e la successiva intesa Stato-regioni[5], è stata introdotta una procedura per le regioni con bilancio sanitario in *deficit*, incentrata sulla definizione di un piano di rientro, quale parte integrante di un accordo da sottoscriversi tra la regione in disavanzo e lo Stato, volto a individuare «gli interventi necessari per il perseguimento dell'equilibrio economico, nel rispetto dei livelli essenziali di assistenza» (art. 1, comma 180, L. n. 311/2004, cit.).

Tali interventi vincolano la regione in disavanzo[6] in quanto costituenti "espressione di un principio fondamentale di coordinamento della finanza pubblica"[7]; e, tra i vincoli cui soggiacciono le regioni in piano di rientro figura, in particolare, il divieto di cui all'art. 1, comma 174, L. n. 311/2004, cit., che funge da norma interposta nei giudizi di legittimità costituzionale, di effettuare "spese non obbligatorie", quali le spese relative a interventi diversi da quelli individuati dal medesimo piano e dai successivi programmi operativi[8].

Atteso che ogni piano di rientro è finalizzato, a un tempo, al contenimento della spesa sanitaria e alla garanzia dell'effettività dei LEA – la cui determinazione mira a evitare "che, in parti del territorio nazionale, gli utenti debbano assoggettarsi ad un regime di assistenza sanitaria inferiore, per quantità e qualità, a quello ritenuto intangibile dallo Stato"[9] – la Consulta ha avuto modo di precisare che, per assicurare la necessaria tutela del diritto fondamentale alla salute, devono ritenersi obbligatorie le spese inerenti alle prestazioni corrispondenti ai LEA, essendo viceversa precluso destinare risorse a prestazioni comunque afferenti al settore sanitario ma ulteriori e ampliative rispetto a quelle previste dallo Stato[10].

---

[4] C. Chiappinelli, *L'attività di referto della Corte dei conti dalle origini del Regno d'Italia: profili evolutivi del sistema istituzionale*, in *Riv. Corte conti*, n. 2/2022, 40.

[5] Intesa del 23 marzo 2005, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, in attuazione dell'articolo 1, comma 173, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

[6] Secondo quanto prescritto dall'art. 1, comma 796, lettera *b*), secondo periodo, L. 27 dicembre 2006, n. 296, nonché dall'art. 2, comma 80, L. 23 dicembre 2009, n. 191.

[7] Corte cost., 4 gennaio 2024 n. 1; Id., 12 marzo 2021 n. 36; Id., 10 aprile 2020 n. 62.

[8] La distinzione tra ciò che è facoltativo e ciò che è obbligatorio si rivela essenziale per consentire il controllo sull'allocazione delle risorse: L. Carlassare, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2016, 2339.

[9] Così Corte cost. 24 aprile 2020 n. 72; Id., 23 novembre 2007 n. 387.

[10] Corte cost. 30 giugno 2022 n. 161; Id., 1º dicembre 2022 n. 242.

ISSN 2036-7821

Alle superiori conclusioni la Corte è pervenuta dopo aver evidenziato come, a fronte di risorse non illimitate, spenderle per prestazioni non obbligatorie comprometterebbe la copertura delle spese per le prestazioni essenziali[11], chiamando in causa la responsabilità dei soggetti pubblici cui è addossato l'obbligo di salvaguardia dei diritti sociali: vale a dire dello Stato e delle regioni, entrambi essendo, invero, «costituzionalmente obbligati ad anteporre la garanzia dei LEA a quella delle altre spese»[12].

Le regioni sottoposte a piano di rientro, dunque, non possono erogare livelli di assistenza ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa statale, stante il vincolo che gli interventi contemplati nel piano rappresentano per l'amministrazione regionale, tenuta a rimuovere i provvedimenti, anche legislativi, e a non adottarne di nuovi, che siano di ostacolo alla piena attuazione del piano medesimo (cfr. art. 2, commi 80 e 95, L. 23 dicembre 2009 n. 191 - legge finanziaria 2010).

Del resto, il contributo che il sistema esige, in generale, da ciascuna regione è il concorso al "raggiungimento di un ragionevole punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare (almeno) i livelli essenziali di assistenza sanitaria e quella di garantire una più efficiente ed efficace spesa pubblica, anch'essa funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico del settore"[13].

Da tutto quanto esposto discende che le disposizioni in materia di piano di rientro, in quanto dirette al contenimento della spesa, si configurano come principi di coordinamento della finanza pubblica[14].

In altre parole, la vincolatività, per la regione che li abbia sottoscritti, dai piani di rientro dal *deficit* di bilancio in materia sanitaria, è funzionale al mantenimento della spesa pubblica entro confini certi e predeterminati consentendo comunque, al tempo

[11] Corte cost. 25 luglio 2022 n. 190. Come rilevato da G. Giuliano, *Finanziamento sanitario regionale ed erogazione dei Livelli essenziali di assistenza in relazione ai principi di armonizzazione dei bilanci pubblici e di coordinamento della finanza pubblica*, in *Riv. Corte conti*, n. 1/2024, 243, «in costanza del piano di rientro (che determina una condizione di risorse contingentate), la scelta di sostenere altre spese pone, tra le altre cose, l'incertezza sulla congruità della copertura della spesa "necessaria" (art. 81, c. 3, Cost.), considerato che, un impiego di risorse per prestazioni "non essenziali", verrebbe inevitabilmente a ridurre le risorse per quelle essenziali».

[12] F. Masci, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un* trend *giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 4/2020, 121, il quale fa notare come, in caso di inadempimento, le istituzioni coinvolte rispondano, in sede costituzionale e contabile, oltre che elettorale, non solo della violazione degli artt. 117, comma 2, lett. *m*), e 81, comma 3, Cost., ma anche dei principi di dignità umana e di leale collaborazione.

[13] Corte cost., 20 aprile 2023 n. 76.

[14] Così Corte cost., 26 giugno 2020 n. 130; Id., 20 luglio 2023 n. 155; Id., 4 gennaio 2024 n. 1. In dottrina, C. Forte, M. Pieroni, *Armonizzazione contabile, coordinamento finanziario e principio dell'equilibrio finanziario: un trittico rovesciato*, in *Federalismi.it*, n. 16, 10 luglio 2024.

ISSN 2036-7821

stesso, l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza in favore degli utenti del servizio pubblico[15].

In definitiva, ove penda un piano di rientro, la regione non può prevedere nel suo bilancio spese sanitarie ulteriori rispetto a quelle inerenti ai livelli essenziali, gli unici finanziamenti ad essa consentiti essendo quelli obbligatori derivanti dal soddisfacimento dei LEA, entro la cornice economico-finanziaria delineata appositamente dal piano di rientro[16].

Distogliendo le risorse dal vincolo di naturale destinazione, quale il soddisfacimento dei LEA, si corre, dunque, il rischio di lasciare inattuati proprio questi ultimi, che costituiscono l'imperativo ineludibile e prioritario nella prospettiva della protezione sociale.

In ultima analisi, gli obiettivi di risanamento sottesi al piano – e ai programmi operativi che ne costituiscono attuazione e aggiornamento (cfr. art. 2, commi 88 e 88-*bis*, L. n. 191/2009, cit.) – inibiscono la possibilità di incrementare la spesa pubblica per motivi che esulano dalla garanzia delle prestazioni essenziali.

Detto in altre parole, al cospetto di una situazione di disavanzo, è sempre il legislatore statale che, oltre a fissare una volta per tutte la corrispondenza tra costi ammessi e tipologie di prestazioni ammesse al finanziamento (i Lea, per l'appunto), consente, con le sue scelte, di "bollare" come insostenibili per il bilancio regionale, e quindi inammissibili, le spese per erogare servizi che travalichino il recinto dei livelli essenziali.

Quando, invece, non trova applicazione la disciplina sui piani di rientro, la determinazione in sede normativa è limitata alla compatibilità fra risorse e LEA, che non è possibile rimettere in discussione, mentre ogni altra valutazione circa la copertura di spese per prestazioni extra-LEA è rimessa agli ordinari criteri di sostenibilità.

In condizioni di normalità, infatti, la garanzia delle prestazioni sociali a fronte della pur sempre limitata disponibilità delle risorse pubbliche richiede di dimensionare il livello delle prestazioni attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica, fatta eccezione per la dimensione finanziaria e attuativa dei soli LEA: riguardo ai quali, il nucleo normativamente definito di garanzie minime mira a rendere effettivo il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, o di

[15] Corte cost., 14 febbraio 2023 n. 20. La disciplina dei piani di rientro va, pertanto, ricondotta al duplice ambito di potestà legislativa concorrente di cui alla tutela della salute e al coordinamento della finanza pubblica (Corte cost., 12 dicembre 2014 n. 278; Id., 15 dicembre 2016 n. 266; Id., 19 gennaio 2017 n. 14).

[16] Corte cost., 23 luglio 2018 n. 172.

ISSN 2036-7821

primaria importanza, secondo la locuzione utilizzata dalla Corte costituzionale in una delle sue più rilevanti pronunce rese in tema di diritti e servizi sociali[17].

2. I livelli essenziali di assistenza nell'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

La locuzione "livelli delle prestazioni che devono essere comunque garantite a tutti i cittadini" fa la sua prima comparsa nella legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale (L. 23 dicembre 1978, n. 833, art. 3, comma 2), che ne affida la fissazione alla legge statale in sede di approvazione del Piano Sanitario Nazionale[18].

Pur senza precisare se i predetti livelli dovessero qualificarsi come "minimi" o "essenziali"[19], le disposizioni della L. 833 sancivano inequivocabilmente l'intangibilità *in pejus* di un certo ambito di interventi, sintetizzata con l'espressione "comunque", istituendo un vincolo di fornitura di prestazioni necessarie alla tutela del diritto fondamentale alla salute, preclusivo di ogni forma di squilibrio territoriale.

Sulla necessità di definire "livelli uniformi di assistenza", che fossero garantiti a tutti i cittadini, pone l'accento il successivo d.l. 19 settembre 1992, n. 384 (art. 6, comma 1, conv. in L. 14 novembre 1992, n. 438), affidandone la responsabilità al Governo d'intesa con la Conferenza Stato-regioni.

Un ulteriore livello di specificazione si ottiene grazie al d.p.r. 24 dicembre 1992, attuativo del d.l. n. 384, cit., che, nelle premesse all'art. 1, statuisce che "i livelli di assistenza si configurano come obiettivi che il SSN assume di conseguire, a soddisfacimento di specifiche quote di bisogno sanitario, mediante un insieme di attività e prestazioni da porre in essere nell'ambito della quota capitaria di finanziamento"[20].

La fissazione dei livelli di assistenza assicura, dunque, certezza di obiettivi nel rispetto delle compatibilità finanziarie, in un quadro pienamente rispettoso

[17] Nel senso che «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione», Corte cost., 16 dicembre 2016 n. 275. Come rammenta C. Buzzacchi, *Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA*, in *Forum Quad. Cost.*, n. 2/2020, 668, l'obbligo di copertura finanziaria, che è condizione di salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, va letto in stretta connessione con l'obbligo di finanziamento e di garanzia dei LEA.

[18] Per prestazione si intende «una qualsiasi tipologia di intervento operativo, integrato o meno da una parallela attività socio assistenziale, erogato nell'ambito di una previsione normativa da professionisti sanitari e/o da strutture sanitarie pubbliche o private, diretti a perseguire la tutela sanitaria dei soggetti destinatari»: S. Marzot, *Le prestazioni sanitarie: analisi dei livelli essenziali assistenziali e dei modelli gestionali*, in *San. pubbl. priv.*, n. 4/2008, 8.

[19] Riteneva che «prescrivere livelli essenziali comporta l'obbligo di assicurare tutte le prestazioni necessarie e appropriate, mentre un riferimento ai livelli minimi avrebbe incentivato il passaggio a sistemi di finanziamento di tipo assicurativo», C. Pinelli, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 894.

[20] Lo stesso decreto (recante Definizione dei livelli uniformi di assistenza sanitaria) verrà, poi, annullato dalla Corte costituzionale (sent. 31 marzo 1994 n. 116) poiché adottato senza la prevista intesa con la Conferenza Stato-regioni.

ISSN 2036-7821

dell'autonomia organizzativa e gestionale riservata alle regioni in cui, tuttavia, emerge subito la connessione tra livelli e finanziamento.

Si arriva, così, alla legge delega del 1992 (L. 23 ottobre 1992, n. 421) che, all'art. 1, comma 1, lett. g), dà mandato al Governo di definire principi relativi ai livelli di assistenza uniformi e obbligatori, espressi per le attività rivolte agli individui in termini di prestazioni, stabilendo comunque l'individuazione della soglia minima di riferimento e il parametro capitario di finanziamento in coerenza con le risorse stabilite dalla legge finanziaria.

L'introduzione di una soglia minima da garantire a tutti i cittadini in coerenza con gli obiettivi di contenimento della spesa ispirerà le consequenziali disposizioni del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, il cui art. 1, sotto la rubrica "Programmazione sanitaria nazionale e definizione dei livelli uniformi di assistenza", istituisce un vincolo di subordinazione dei servizi alle disponibilità finanziarie prescrivendo che i livelli di assistenza vadano individuati in coerenza con l'entità del finanziamento assicurato al SSN (comma 1) e rapportati al volume delle risorse a disposizione (comma 4, lett. *b*).

Il decreto 502 esibisce un approccio al tema della garanzia dei servizi di assistenza diverso da quello seguito dalla L. 833 per la quale il fabbisogno finanziario era in funzione dei livelli delle prestazioni da garantire a tutti senza deroghe[21]. Secondo la nuova impostazione, i livelli vanno, invece, individuati contestualmente all'individuazione delle risorse finanziarie, nel rispetto delle compatibilità finanziarie definite per l'intero sistema di finanza pubblica (art. 1, comma 3, D.Lgs. n. 502)[22].

L'aggettivo "essenziali", riferito ai livelli da assicurare sul territorio nazionale, viene impiegato per la prima volta in sede legislativa dalla L. delega 30 novembre 1998, n. 419, e quindi ripreso dal D.Lgs. 12 giugno 1999, n. 229 che ne affida la definizione al Piano Sanitario Nazionale - PSN.

Il PSN 1998-2000, in particolare, specificherà che trattasi di livelli "essenziali" di assistenza, in quanto necessari per rispondere ai bisogni fondamentali di

[21] Sul punto, va segnalata Corte cost. 28 luglio 1993 n. 355 in quanto chiarisce che il contenimento della spesa pubblica non costituisce l'unico obiettivo per la determinazione dei livelli uniformi di assistenza, imponendo altresì di rapportare tali livelli agli obiettivi di tutela della salute individuati a livello internazionale, oltreché di prevedere livelli di assistenza comunque garantiti a tutti i cittadini, dovendo respingersi un'interpretazione che fa dipendere totalmente gli interventi pubblici in materia dalle esigenze finanziarie di bilancio o dal volume delle risorse disponibili. Sul nucleo irriducibile del diritto, coincidente con il suo contenuto essenziale, Corte cost. 31 ottobre 2008 n. 354; Id., 26 giugno 2002 n. 282; Id., 17 luglio 2001 n. 252; Id., 16 luglio 1999 n. 309.

[22] L'art. 1, comma 2, del medesimo decreto, nel testo coordinato con le modifiche apportate dal D.Lgs. 12 giugno 1999, n. 229, dispone che i livelli siano definiti sulla base dei seguenti principi: dignità della persona umana, bisogno di salute, equità nell'accesso all'assistenza, qualità e appropriatezza delle cure, efficacia, efficienza, economicità nell'impiego delle risorse; evidenze scientifiche che dimostrino un significativo beneficio a fronte delle risorse utilizzate.

ISSN 2036-7821

promozione, mantenimento e recupero delle condizioni di salute della popolazione, che devono essere "uniformemente" garantiti su tutto il territorio nazionale e all'intera collettività, tenendo conto delle differenze nella distribuzione delle necessità assistenziali e dei rischi per la salute.

Con il successivo Accordo dell'8 agosto 2001, sancito dalla Conferenza Stato-regioni, i LEA fuoriescono dal PSN per confluire in un procedimento parallelo che vedrà - non più coinvolta la Conferenza unificata ma la Conferenza Stato-regioni: nel nuovo schema procedurale, introdotto in sostanziale concomitanza con la riforma del Titolo V Cost., i livelli sono definiti d'intesa tra Governo e regioni "in relazione con le risorse" messe a disposizione dallo Stato (art. 1, D.Lgs. n. 229/1999, cit.) e rafforzano il carattere universalistico di un diritto di cittadinanza – e dell'obbligo speculare gravante sulle figure istituzionali deputate alla fornitura delle prestazioni – per la cui attuazione non è prevista una riserva assoluta di legge.

Posto, infatti, che lo Stato è l'unico soggetto competente a disciplinare la materia, la concreta individuazione dei livelli essenziali può ben essere rimessa alla fonte secondaria (regolamento o d.P.C.M.), trattandosi di un'attività tecnico-politica che, per sua stessa natura, va considerata in continuo divenire, oggetto di una procedura costantemente attiva capace di adattare i livelli stessi ai mutamenti storici e sociali[23].

Sebbene la determinazione degli *standard* trovi giustificazione nella lett. *m*) del comma 2 dell'art. 117 Cost., non può ipotizzarsi che per essi venga meno proprio la più incisiva forma di leale collaborazione fra Stato e regioni prevista dalla legislazione vigente mediante procedure non legislative, quale l'intesa in sede di Conferenza Stato-regioni.

Del resto, i livelli essenziali di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*), hanno un significato che non si esaurisce con quello del nucleo essenziale o irriducibile del diritto[24],

[23] Con sentenza 27 marzo 2003 n. 88, la Corte costituzionale ha riconosciuto, peraltro, la compatibilità costituzionale dell'impiego di una fonte differente da quella legislativa per definire i livelli essenziali delle prestazioni. Nella successiva sent. 31 marzo 2006 n. 134, la stessa Consulta ha giudicato legittima la determinazione dei LEA con d.P.C.M., risultando i principi direttivi sufficientemente delineati dal Parlamento senza che potesse ravvisarsi alcuna violazione del principio di legalità. In dottrina, E. Balboni, P.G. Rinaldi, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *Forum Quad. Cost.*, 2006, 1 ss.; M. Atripaldi, *Diritto alla salute e livelli essenziali di assistenza (LEA)*, in *Federalismi.it*, 15 novembre 2017.

[24] In senso conforme, L. Giani, *Bilancio pubblico e diritti fondamentali tra buon andamento e appropriatezza*, in AA.VV., *Democrazia e bilancio pubblico*, I, Napoli, 2021, 640 ss., che mette in guardia, per un verso, dalle difficoltà di definizione e individuazione della indefettibilità del diritto fondamentale e, per l'altro, dall'ulteriore complicazione data dalla governance multilivello stratificatasi negli anni con riferimento tanto al bilancio pubblico quanto alla garanzia dei diritti fondamentali nel quadro di un decentramento territoriale di funzioni erogative e connessi flussi finanziari.

ISSN 2036-7821

potendo travalicarlo fino a comprendere più ampi bisogni di salute e obiettivi di benessere dei fruitori del servizio che vi accedono in condizioni di equità[25].

Una volta emanato, con il noto d.P.C.M. 29 novembre 2001, il primo atto determinativo dei LEA, la L. 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria per il 2003, art. 54) preciserà le procedure da seguire per le future modifiche, ribadendo la necessità dell'intesa in Conferenza Stato-Regioni sullo strumento – il d.P.C.M. – destinato a racchiudere gli opportuni aggiornamenti[26].

L'esigenza di aggiornare i livelli viene avvertita, precisamente, a partire dal 2004, con l'istituzione presso il Ministero della Salute di una apposita Commissione nazionale per la definizione e l'aggiornamento dei Livelli essenziali di assistenza (d.m. 25 febbraio 2004), cui farà eco il PSN 2006-2008 nel puntualizzare che "la prima linea di azione riguarda la prosecuzione del processo di attuazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), anche attraverso un perfezionamento della relativa disciplina, volto a precisare il rapporto dialettico tra la uniforme garanzia dei servizi e delle prestazioni assicurate a tutti i cittadini e la variabilità applicativa regionale", enucleando gli obiettivi che rendono ineludibile l'intervento di periodica riforma dei LEA[27].

[25] Come rileva C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008, 5, «il cd. nucleo essenziale costituisce una soglia obbligatoria o indisponibile (da parte del legislatore) dei livelli essenziali, che possono però rivestire anche un contenuto più esteso». Sui rapporti tra funzioni fondamentali, finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e limiti all'autonomia degli enti locali, cfr. W. Giulietti, *Il federalismo fiscale nella l. n. 42 del 2009. La complessa definizione di un modello*, in *Amministrazione in cammino*, 2010, spec. 11.

[26] Pur trattandosi di una riserva di legge relativa, non esiste un limite al grado di dettaglio che la normazione statale può stabilire sia ai livelli in quanto tali che ai relativi caratteri qualitativi, strutturali, tecnologici di processo e possibilmente di esito, e quantitativi: per una conferma della visione forte dell'intervento statale fondato sull'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost., E. Menichetti, *Le pratiche terapeutiche nel nuovo assetto costituzionale: la tutela della salute tra principi fondamentali e livelli essenziali (osservazioni a margine della sentenza Corte cost. 26 giugno 2002, n. 282)*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; in senso analogo, M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1273 ss., per il quale l'ampiezza, il contenuto, le modalità di attuazione e di realizzazione dei diritti degli utenti di pubblici servizi si risolvono quasi integralmente nel modo stesso di essere degli apparati preposti al loro svolgimento, vale a dire nella loro organizzazione; concorda che al legislatore non possa essere impedito di decidere discrezionalmente a quale punto di specificazione delle prescrizioni arrivare, secondo A. Pioggia, *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Ist. fed.*, 2017, n. 2, 11.

[27] Si tratta, in particolare, di: "definire e specificare, per quanto possibile, le prestazioni erogabili, in particolare nelle aree dell'assistenza territoriale domiciliare, ambulatoriale, residenziale e semiresidenziale; un contributo fondamentale per il perseguimento di questo obiettivo potrebbe venire dalla contestuale definizione dei livelli essenziali di assistenza sociale"; "aggiornare le liste delle prestazioni già definite, inserendovi le prestazioni innovative sviluppate nel corso degli ultimi anni, delle quali sia stata dimostrata l'efficacia clinica e/o l'economicità"; "definire le condizioni di erogabilità delle prestazioni che, più frequentemente, sono oggetto di eccessiva variabilità e inappropriatezza prescrittiva".

ISSN 2036-7821

Dopo alcuni interventi puntiformi[28] o tentativi non riusciti[29] si arriva all'organico aggiornamento di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, adottato nel quadro della nuova disciplina dettata dall'art. 1, commi 554 ss., L. 28 dicembre 2015 n. 208 (legge di stabilità 2016)[30] imperniata sulla proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa acquisizione dell'intesa con la Conferenza Stato-regioni oltre che del parere delle competenti Commissioni parlamentari[31].

L'aggiornamento dei LEA non deve essere occasionale ma periodico e sistematico al fine di garantire l'efficacia e l'appropriatezza clinica e organizzativa delle prestazioni erogate dal Servizio Sanitario Nazionale e di tenere conto dell'evoluzione scientifica e tecnologica dell'attività svolta[32].

[28] Cfr. d.P.C.M. 16 aprile 2002 (linee guida per l'accesso alle prestazioni e i tempi di attesa); d.P.C.M. 28 novembre 2003 (certificazioni medico-sportive); d.P.C.M. 5 marzo 2007 (assistenza residenziale e semiresidenziale per gli anziani non autosufficienti); d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (malattie croniche e malattie rare, prevenzione, cura e riabilitazione delle persone affette da ludopatia).

[29] Ci riferiamo, segnatamente, al d.P.C.M. 23 aprile 2008 che, pur prefiggendosi di sostituire integralmente il decreto del 2001, non è mai entrato in vigore essendo stato ritirato dal Governo a seguito dei rilievi formulati dalla Corte dei conti all'indirizzo di un provvedimento che non appariva in grado di garantire i necessari equilibri economico-finanziari.

[30] d.P.C.M. 12 gennaio 2017, recante "Definizione e aggiornamento dei livelli essenziali di assistenza, di cui all'articolo 1, comma 7, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502". In dottrina, G. Guerra, *I nuovi livelli di assistenza sanitaria*, in *Pol. san.*, 2017, n. 18(1), 40 ss.

[31] La legge non qualifica la natura di tale parere che, pertanto, dovrebbe ritenersi non vincolante. Il successivo comma 559 introduce un'ulteriore ipotesi di procedura semplificata d'aggiornamento dei LEA al ricorrere delle due seguenti condizioni: a) la proposta deve avere ad oggetto esclusivamente la modifica degli elenchi di prestazioni erogabili dal SSN ovvero l'individuazione di misure volte ad incrementare l'appropriatezza della loro erogazione; b) l'approvazione di tale proposta non deve comportare ulteriori oneri a carico della finanza pubblica. In tal caso all'aggiornamento si procede con decreto del Ministro della salute adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze (quindi non più con d.P.C.M.) sentita (non più previa intesa con) la Conferenza Stato-regioni nonché udite le competenti commissioni parlamentari, il cui parere – al pari di quello della Conferenza – appare obbligatorio ma non vincolante.

[32] Per tale ragione è necessaria la presenza di un organo tecnico capace di assicurarne la manutenzione in modo costante, formulando una proposta di aggiornamento dei LEA a cadenza annuale (comma 558). Viene in gioco, allora, la Commissione nazionale per l'aggiornamento dei Lea e la promozione dell'appropriatezza del SSN (comma 556), la quale opera presso il Ministero della salute ed è presieduta e nominata dal Ministro in forza del d.m. 16 giugno 2016. Detto organismo acquisisce e valuta, tra l'altro, le proposte di inserimento nei livelli essenziali di nuovi servizi, attività e prestazioni (comma 557, lett. *b*); la stessa, nell'intento di effettuare una ricognizione ampia e il più possibile completa dei bisogni di salute da soddisfare ha stabilito che le proposte da rivolgerle possono essere formulate, per il conseguente vaglio oltre che dagli enti del SSN, dalle aziende operanti nell'ambito sanitario e dalle associazioni di professionisti del SSN, anche da singoli cittadini e dalle associazioni dei pazienti e possono essere finalizzate a: includere nei LEA nuove prestazioni e/o servizi; integrare le prestazioni e/o i servizi già inclusi nei LEA; escludere o ridurre le prestazioni e/o i servizi inclusi nei LEA; introdurre ulteriori esenzioni in relazione a determinate patologie o modificare l'ambito delle esenzioni già operanti.

ISSN 2036-7821

Con l'aggiornamento dei LEA si è ritenuto, infine, necessario adeguare il sistema di garanzie per il raggiungimento in ciascuna regione degli obiettivi di tutela della salute perseguiti dal SSN per la verifica dell'assistenza effettivamente erogata[33].

3. La funzione di controllo della Corte dei conti nel bilanciamento di priorità e risorse: l'art. 20 del decreto 118/2011 fra perimetro e parametro.

A tutelare gli equilibri finanziari e di bilancio provvede, oltre alla Corte costituzionale, sollecitata in tal senso dagli organi statali nel costante esercizio della vigilanza sulla legislazione regionale[34], anche la Corte dei conti[35].

Si realizza, così, un concorso virtuoso di interventi grazie alla cooperazione di un organo capace di esibire, oltre alla sua indipendenza e a una preziosa articolazione territoriale, una cultura del controllo ispirata alla verifica del contemperamento, sempre più pressante, tra il piano delle tutele e quello delle disponibilità finanziarie.

In tale ottica, si è condivisibilmente osservato che «il ruolo del controllo indipendente sembra assumere nuovi e più pregnanti connotati, sulla scia delle *expertise* già maturate, in coerenza con l'evoluzione del quadro istituzionale e delle indicazioni rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale, fornendo un ulteriore contributo, non fungibile, anche nel più complesso quadro delle "prestazioni costituzionalmente necessarie" e, dunque, della tenuta complessiva del sistema»[36].

Valorizzare le potenzialità dei controlli in un sistema istituzionale multilivello significa, nel caso di specie, saper regolare accuratamente le relazioni finanziarie tra Stato e regioni commisurando il fabbisogno alla erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni e calando il principio di leale collaborazione nel concreto contesto della garanzia dei LEA.

---

[33] Cfr. d.m. Salute 12 marzo 2019. In materia di monitoraggio dell'efficienza ed appropriatezza organizzativa, clinica e di sicurezza delle cure.

[34] Come fa notare G. Giuliano, *op. cit.*, 243, «il parametro costituzionale del coordinamento della finanza pubblica, di cui all'art. 117, c. 3, Cost., rappresenta, da un lato, un limite per la legislazione concorrente regionale, e, dall'altro, una funzione di vigilanza dello Stato teologicamente indirizzata alla custodia degli equilibri di bilancio».

[35] Nel senso che «la custodia degli equilibri viene ulteriormente garantita, con riferimento al parametro costituzionale del coordinamento della finanza pubblica, anche dalla Corte dei conti, in sede di sindacato diffuso delle leggi rilevanti ai fini dello scrutinio a cui essa è preposta», ancora G. Giuliano, *loc. ult. cit.*

[36] In questi termini, C. Chiappinelli, *op. cit.*, 40, per il quale «il controllo può ulteriormente sviluppare ulteriori potenzialità, dovendosi necessariamente bilanciare autonomia e responsabilità nelle differenti realtà territoriali e nelle crescenti interazioni anche tra livelli di governo diversi». Come precisato da Corte cost., 25 giugno 2021 n. 132, la determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei livelli essenziali compongono un sistema complesso e articolato il cui equilibrio deve essere salvaguardato dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua concreta attuazione.

ISSN 2036-7821

È, infatti, l'interesse dello Stato-ordinamento nel suo complesso a orientare, nella materia in esame, il ruolo attivo della contabilità pubblica e del sistema dei controlli nel supporto alla realizzazione degli obiettivi costituzionalmente prioritari e inderogabili in tema di diritti sociali[37].

In tale scenario si inscrive l'art. 20, D.Lgs. 23 giugno 2011, n. 118, in materia di armonizzazione contabile, che, definendo un parametro materiale, assurge a parametro nei giudizi di legittimità costituzionale.

Si tratta del c.d. perimetro sanitario delineato dalla suddetta norma che funge, al contempo, da parametro interposto di costituzionalità, nella misura in cui detta una disciplina indefettibile in materia di individuazione e allocazione delle risorse inerenti ai livelli essenziali delle prestazioni consentendo, in tal modo, una verifica funzionale in merito al rispetto dei criteri di determinazione e perimetrazione dei LEA.

Imponendo un obbligo di separazione contabile dei costi necessari rispetto alle altre spese, il citato art. 20 preclude la destinazione di risorse correnti, specificamente allocate in bilancio per il finanziamento dei LEA, ad altre prestazioni pur se di natura ugualmente sanitaria[38].

L'osservanza del "perimetro" esige che sia individuata una precisa correlazione tra risorse e prestazioni essenziali, pena la violazione dell'art. 117, comma 2, lett. *e*), Cost., in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici dei vari enti coinvolti nel procedimento[39].

Ergendosi a presidio contabilistico della sintesi, raggiunta secondo il miglior equilibrio possibile, tra la determinazione e il finanziamento dei livelli essenziali, l'art. 20, in quanto proiezione del principio di priorità della spesa costituzionalmente necessaria[40], si atteggia a "snodo che connette, da un lato, regole contabili e diritti fondamentali (dimensione individuale) e, dall'altro, le stesse regole e l'autonomia (dimensione comunitaria)"[41].

---

[37] Per un inquadramento sistematico della questione, cfr. W. Giulietti, *La disciplina contabile nel settore sanitario tra specialità delle regole e doverosità delle prestazioni. Spunti di riflessione sulla funzionalizzazione dei sistemi contabili pubblici ai modelli organizzativi*, in G. Colombini (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli, 2021, 501 ss.

[38] Cfr. Corte cost., 24 luglio 2019 n. 197.

[39] L'ampliamento della capacità di spesa regionale, ove contrastante con le prescrizioni del piano di rientro, anziché recuperare il disavanzo precedente, comporta nuove spese prive di idonea copertura, provocando un peggioramento del già precario equilibrio finanziario, con conseguenze sui contribuenti presenti e futuri ai fini del ripristino del turbato equilibrio (cfr. Corte cost., 13 dicembre 2024 n. 197; Id., 4 luglio 2024 n. 120).

[40] Come osserva L. Giani, *Bilancio pubblico e diritti fondamentali*, cit., 641, «non è forse un caso che in particolare con riferimento al diritto alla salute, si è via via affermato il criterio della priorità della spesa pubblica costituzionalmente necessaria mirante a porre tale diritto al riparo dagli attacchi delle contingenze finanziarie».

[41] Così Corte conti, sez. riun. spec. comp., 17 gennaio 2022 n. 1, ord., che altresì chiarisce come la disposizione in parola "non presidia solo interessi singolari, ma è strumento di tutela delle autonomie, perché garantisce una

ISSN 2036-7821

Applicando correttamente la normativa sulla perimetrazione sanitaria si possono evidenziare distintamente le spese indefettibili e resistenti ad ogni condizionamento finanziario da quelle il cui livello è modulabile in funzione degli equilibri di bilancio e che sono, perciò, subordinate a ponderazione in termini di sostenibilità economica.

Il sistema normativo è preordinato ad assicurare, da una parte, un adeguato ed effettivo finanziamento dei LEA da parte delle regioni e, dall'altro, l'illustrazione in modo trasparente dei risultati della gestione contabili, evitando forme di opacità e indebite distrazioni di fondi e consentendo la confrontabilità immediata fra le entrate e le spese iscritte nei bilanci regionali e le risorse indicate negli atti di programmazione finanziaria.

Come rimarcato dalla stessa giurisprudenza costituzionale[42], le disposizioni sul perimetro sanitario pongono un vincolo di destinazione delle risorse pubbliche al finanziamento delle prestazioni essenziali, bilanciando tutela dei diritti fondamentali e rispetto degli equilibri di finanza pubblica[43] in un contesto in cui le disposizioni medesime, operando come parametro interposto di costituzionalità, garantiscono altresì la trasparenza circa la quantità e le modalità di impiego delle risorse destinate ai LEA, conformemente al disposto e alla rubrica stessa dell'art. 20 [44].

---

adeguata connessione tra risorse e funzioni (art. 119, c. 4, Cost.), in particolare garantisce che le regioni siano concretamente poste in grado di assicurare i livelli essenziali delle prestazioni su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2, lett. m, Cost.) e, allo stesso tempo, che esse rispondano in modo trasparente dei risultati della gestione sanitaria, senza confusione con quelle ordinaria, attraverso il saldo del perimetro sanitario (che sia affianca a quello generale reso attraverso il risultato di amministrazione)".

[42] Corte cost., 21 novembre 2022 n. 233.

[43] Come fa presente, a proposito della decisione di bilancio, F. Masci, *op. cit.*, 119, la diastasi che intercorre tra riconoscimento e garanzia di un diritto è funzione della dialettica che oppone discrezionalità politica nell'impiego di risorse pubbliche e condizionalità finanziarie di matrice eurounitaria.

[44] Sotto la rubrica "trasparenza dei conti sanitari e finalizzazione delle risorse al finanziamento dei singoli servizi sanitari regionali", l'art. 20, comma 1, prevede che: «Nell'ambito del bilancio regionale le regioni garantiscono un'esatta perimetrazione delle entrate e delle uscite relative al finanziamento del proprio servizio sanitario regionale, al fine di consentire la confrontabilità immediata fra le entrate e le spese sanitarie iscritte nel bilancio regionale e le risorse indicate negli atti di determinazione del fabbisogno sanitario regionale standard e di individuazione delle correlate fonti di finanziamento, nonché un'agevole verifica delle ulteriori risorse rese disponibili dalle regioni per il finanziamento del medesimo servizio sanitario regionale per l'esercizio in corso. A tal fine le regioni adottano un'articolazione in capitoli tale da garantire, sia nella sezione dell'entrata che nella sezione della spesa, ivi compresa l'eventuale movimentazione di partite di giro, separata evidenza delle seguenti grandezze: A) Entrate: a) finanziamento sanitario ordinario corrente quale derivante dalle fonti di finanziamento definite nell'atto formale di determinazione del fabbisogno sanitario regionale standard e di individuazione delle relative fonti di finanziamento intercettate dall'ente regionale, ivi compresa la mobilità attiva programmata per l'esercizio; b) finanziamento sanitario aggiuntivo corrente, quale derivante dagli eventuali atti regionali di incremento di aliquote fiscali per il finanziamento della sanità regionale, dagli automatismi fiscali intervenuti ai sensi della vigente legislazione in materia di copertura dei disavanzi sanitari, da altri atti di finanziamento regionale aggiuntivo, ivi compresi quelli di erogazione dei livelli di assistenza superiori rispetto ai LEA, da *pay-back* e da iscrizione volontaria al Servizio sanitario nazionale; c) finanziamento regionale del disavanzo sanitario pregresso; d) finanziamento per investimenti in ambito sanitario, con separata evidenza degli interventi per l'edilizia sanitaria finanziati ai sensi dell'articolo 20, della legge n. 67 del 1988; B) Spesa: a) spesa sanitaria corrente

ISSN 2036-7821

Del resto, la stessa Corte non ha mancato di ricordare a tutti gli attori coinvolti che la trasversalità e la primazia della protezione sociale rispetto agli interessi sottesi ai conflitti finanziari tra Stato e Regioni "impongono una visione trascendente della garanzia dei LEA che vede collocata al centro della tutela costituzionale la persona umana, non solo nella sua individualità, ma anche nell'organizzazione delle comunità di appartenenza che caratterizza la socialità del servizio sanitario"[45].

4. Le ultime frontiere nella determinazione dei LEP.

In ambito legislativo, la nozione di livelli essenziali delle prestazioni era rinvenibile già in alcuni interventi che hanno preceduto la riforma del titolo V Cost. del 2001, quanto nel settore della sanità, ove a partire dal D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 sono stati determinati i LEA, di cui si è trattato al § 2, quanto nel settore dell'assistenza (nidi, non autosufficienza, handicap, dipendenze, povertà, ecc.), in cui la nozione di LEP è, ad esempio, rintracciabile nella legge di riforma dell'assistenza (L. 8 novembre 2000 n. 328, art. 22).

Penetrata nel testo costituzionale con la revisione del 2001, detta nozione non ha ancora trovato un'univoca e completa definizione giuridica tanto da potersi considerare istituto privo di una sua precisa fisionomia[46].

La normazione primaria successiva alla revisione costituzionale ha interpretato la nozione di livello essenziale in modi differenti. Ciò ha contribuito alla formazione di molteplici declinazioni della formula costituzionale di cui all'art. 117, comma 2, lett. *m*). L'assenza di un ancoraggio concettuale solido e condiviso e la stessa pluralità linguistica fiorita attorno a questo sintagma rendono l'individuazione dei LEP lungo la traccia segnata dal novellato testo della Costituzione un'attività principalmente esplorativa, tenuta a considerare disposizioni collocate su vari livelli della gerarchia delle fonti che, anche indirettamente, disegnano livelli essenziali delle prestazioni.

---

per il finanziamento dei LEA, ivi compresa la mobilità passiva programmata per l'esercizio e il *pay-back*; b) spesa sanitaria aggiuntiva per il finanziamento di livelli di assistenza sanitaria superiori ai LEA; c) spesa sanitaria per il finanziamento di disavanzo sanitario pregresso; d) spesa per investimenti in ambito sanitario, con separata evidenza degli interventi per l'edilizia sanitaria finanziati ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 67 del 1988.

[45] Corte cost., n. 62/2020, cit., laddove ribadisce ancora una volta come non dovrà mai esserci quella ponderazione tra dimensione finanziaria e attuazione dei LEA, che invece può avvenire genericamente per le prestazioni sociali, essendo la compatibilità di detti livelli con le risorse stata già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa.

[46] Come faceva notare da E. Balboni, *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Regioni*, n. 6/2003, 1184, l'interpretazione della lett. *m*) dell'art. 117, comma 2, Cost., ha rappresentato «uno dei più consistenti problemi giuridici posti dall'intero Titolo V novellato». In materia v., altresì, S. Aru, *Il procedimento di determinazione dei "livelli essenziali delle prestazioni" nell'ambito del regionalismo differenziato*, in *Gruppo di Pisa*, 8 aprile 2024; G. Bartoli, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali: profili interpretativi*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*.

ISSN 2036-7821

La determinazione puntuale del concetto di livelli essenziali delle prestazioni esige un'attenta opera di bilanciamento fra la componente tecnica, giuridica ed economica. E, poiché dal modo di tratteggiare la nozione di LEP possono discendere effetti per la finanza pubblica in chiave redistributiva e allocativa delle risorse, la responsabilità definitoria non può che spettare al decisore politico.

L'art. 20, comma 2, L. 5 maggio 2009, n. 42 (recante "Delega al Governo in materia di federalismo fiscale"), coerentemente con le previsioni costituzionali, ha stabilito che è affidato alla disciplina statale il compito di definire tali livelli e che, fino a tale nuova determinazione, si considerano i LEP già fissati in base alla legislazione statale vigente.

Particolare rilievo assume, nel processo di enucleazione e finanziamento dei LEP, la definizione dei fabbisogni e dei costi standard – vale a dire, la quantificazione delle prestazioni da erogare e l'ammontare delle risorse necessarie alla relativa erogazione.

L'art. 13, D.lgs. 6 maggio 2011, n. 68 (recante "Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province, nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario") ha, inoltre, delineato un procedimento per la definizione, il finanziamento e l'attuazione degli stessi LEP, articolandolo nelle seguenti fasi: (*i*) indicazione, da parte della legge statale, delle modalità di determinazione dei LEP che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale con contestuale definizione delle macroaree di intervento, ciascuna delle quali omogenea per tipologia di servizi offerti, indifferentemente dal livello di governo cui spetta l'erogazione; (*ii*) determinazione, per ciascuna macroarea, dei costi e dei fabbisogni standard, oltre che delle metodologie di monitoraggio e valutazione dell'efficienza e appropriatezza dei servizi offerti; (*iii*) proposizione, da parte del Governo, nell'ambito del disegno di legge di bilancio o con apposito disegno di legge collegato alla legge di bilancio, previo parere della Conferenza unificata, di disposizioni normative finalizzate ad allineare ai LEP i costi e fabbisogni standard dei diversi livelli di governo e gli obiettivi di servizio[47]; (*iv*) ricognizione, con d.P.C.M. adottato d'intesa con la Conferenza unificata e previo parere delle Commissioni parlamentari competenti per i profili di carattere finanziario, dei LEP nelle materie dell'istruzione, dell'assistenza e del trasporto pubblico locale, con riguardo agli investimenti in conto capitale, nonché ricognizione dei livelli adeguati del servizio di trasporto pubblico locale.

[47] Come fa notare L. Casini, *Un argine contro l'esondazione legislativa del Governo? La Corte costituzionale e la legge di bilancio*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 432, la legge di bilancio e il suo iter di approvazione, ormai, «rappresentano l'esempio più evidente della c.d. esondazione legislativa che contraddistingue il rapporto tra politica e amministrazione».

ISSN 2036-7821

Attualmente, nel nostro ordinamento sono rinvenibili molteplici normative di matrice statale che hanno individuato livelli essenziali nelle materie di competenza concorrente e in quelle di competenza esclusiva, alcune delle quali sono state adottate, nel corso del tempo, anche al di fuori dell'*iter* di cui all'art. 13 sopra citato[48].

Più di recente, l'art. 1 della legge di bilancio 2022 (L. 30 dicembre 2021 n. 234, commi 167 e 169) ha stabilito che, con d.P.C.M. e con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, siano rispettivamente determinate le modalità attuative dei LEPS per le persone anziane non autosufficienti e definiti i LEPS negli altri ambiti socialmente sensibili individuati dall'art. 22, L. n. 328/2000, cit.

La norma fornisce una definizione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali (LEPS) – *species* del più ampio *genus* dei LEP, analogamente ai menzionati LEA – come gli interventi, i servizi, le attività e le prestazioni integrate che la Repubblica assicura con carattere di universalità su tutto il territorio nazionale per garantire qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione, prevenzione, eliminazione o riduzione delle condizioni di svantaggio e di vulnerabilità (comma 159)[49].

I livelli essenziali sono assicurati dalla Repubblica "in coerenza con i principi e i criteri indicati agli articoli 1 e 2 della legge 8 novembre 2000, n. 328"[50]: tale richiamo è

[48] A tal proposito, è possibile distinguere tra: a) norme che hanno determinato direttamente i LEP, senza considerare necessari ulteriori interventi attuativi da parte di altre fonti normative. Si tratta, per lo più, di norme di carattere procedimentale, quali, ad esempio, quelle individuate dall'art. 29, commi 2-bis e 2-ter, L. 7 agosto 1990, n. 241 – introdotti dall'art. 10, L. 18 giugno 2009, n. 69 – in materia di obblighi della pubblica amministrazione con riguardo ad alcuni istituti o diritti dei soggetti interessati nell'ambito del procedimento amministrativo; b) norme che fanno espresso rinvio ad altre fonti, in particolare a decreti legislativi o a fonti secondarie quali d.P.C.M. o a decreti ministeriali. In linea generale, il legislatore rimanda ai decreti legislativi quando intende conferire valore di norma di rango primario a LEP la cui definizione non necessita di disposizioni che si connotino per un carattere eccessivamente tecnico: si pensi al caso dei LEP in materia di istruzione e/o formazione professionale (individuati con i D.Lgs. 19 febbraio 2004 n. 59, 15 aprile 2005 nn. 76 e 77, 17 ottobre 2005 n. 226) o del c.d. reddito di inclusione (Rei, introdotto come LEP da garantire uniformemente su tutto il territorio nazionale dal D.Lgs. 15 settembre 2017 n. 147, in attuazione della delega di cui alla L. 15 marzo 2017 n. 33). Viceversa, il ricorso alla fonte secondaria (decreti) prevale quando risulta necessario procedere a un'individuazione dettagliata e puntuale delle prestazioni da erogare (è il caso, per l'appunto, dei LEA in materia sanitaria, individuati dal d.P.C.M. 29 novembre 2001, aggiornato e modificato con d.P.C.M. 12 gennaio 2017); c) norme che hanno previsto prestazioni non espressamente configurate dal legislatore come LEP, ma individuate *ex post* come tali in sede ermeneutica, sulla base di conformi spinte operate dalla giurisprudenza costituzionale: basti qui menzionare, a mero titolo esemplificativo, il caso dei criteri di assegnazione delle case popolari, definiti dalla Corte costituzionale come LEP nella sentenza 26 marzo 2010 n. 121.

[49] Per completezza va segnalato, altresì, che il comma 172 dell'articolo 1 della stessa legge di bilancio per il 2022 ha fissato i LEP per il servizio di asili nido presso i comuni delle regioni a statuto ordinario e delle regioni Sicilia e Sardegna. La norma prevede il raggiungimento del LEP a partire dal 2027 con un apposito stanziamento di 1.100 milioni a decorrere dal medesimo anno. La stessa disposizione normativa prevede che dal 2022 al 2027 siano previsti gli obiettivi di servizio che gradatamente accompagnano il percorso fino al raggiungimento dei LEP nel 2027.

[50] Sui profili attuativi della L. n. 328/2000 e la disciplina delle prestazioni sociali, cfr. P. Torretta, *La legge n. 328/2000 e i livelli essenziali di assistenza sociale: dall'avvento del sistema integrato dei servizi sociali alla sua difficile attuazione*, in *Federalismi.it*, n. 23/2021, 191 ss.; G.M. Napolitano, *Le politiche socio-assistenziali tra Stato e Regioni a*

ISSN 2036-7821

senza dubbio da salutarsi favorevolmente, posto che la legge quadro in materia di assistenza sociale, anche dopo la riforma del Titolo V, è rimasta, grazie alla sua chiarezza, un costante riferimento per la successiva legislazione regionale che presidia la determinazione degli *standard* incomprimibili di prestazioni ai sensi della lett. *m*) del comma 2 in un contesto in cui l'assistenza sociale è transitata tra le materie di competenza residuale delle regioni di cui al comma 4 dello stesso art. 117.

In sede di prima applicazione delle disposizioni introdotte dalla L. n. 234/2021, cit., si sono individuati i LEPS, rimettendone la specifica determinazione contenutistica alla normazione secondaria statale[51].

Va, inoltre, menzionato l'art. 1, commi 791-798, L. 29 dicembre 2022 n. 197 (legge di bilancio 2023)[52], in quanto reca disposizioni in materia di accelerazione del processo di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni (LEP) definendo questi ultimi come "condizione per l'attribuzione di ulteriori funzioni" alle Regioni nelle materie di legislazione concorrente e in ulteriori materie o ambiti di materie riferibili ai LEP individuati dalla Cabina di regia secondo le ipotesi formulate dalla Commissione tecnica per i fabbisogni standard di cui all'art. 1, comma 29, L. n. 208/2015, cit.[53]. Merita di essere evidenziato, in particolare, il comma 791 in quanto,

---

venti anni dalla riforma della Costituzione, *ivi*, n. 20/2022, 101; nel senso che il principio universalistico costituisce il "biglietto da visita" della legge 328/2000, M.A. Cabiddu, *I servizi sociali nel dedalo delle riforme: il filo dei principi costituzionali*, in *Jus*, 2001, 303.

[51] Vanno, innanzitutto, menzionati i livelli individuati come prioritari nell'ambito del Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2021-2023, approvato dalla Rete della protezione dell'inclusione sociale, ai sensi dell'art. 21, D.Lgs. 15 settembre 2017, n. 147 ("Disposizioni per l'introduzione di una struttura nazionale di contrasto alla povertà"): a) pronto intervento sociale; b) supervisione del personale dei servizi sociali; c) servizi sociali per le dimissioni protette; d) prevenzione dell'allontanamento familiare; e) servizi per la residenza fittizia; f) progetti per il "dopo di noi" e per la vita indipendente. Tutti i suddetti interventi si inscrivono nell'ambito delle attività di programmazione e coordinamento dei servizi, disciplinate dall'art. 23 D.Lgs. 15 settembre 2017, n. 147, il quale stabilisce al comma 4 che "l'offerta integrata di interventi e servizi secondo le modalità coordinate definite dalle regioni e province Autonome […] costituisce livello essenziale delle prestazioni nei limiti delle risorse disponibili". Rileva, poi, l'art. 1, comma 167, della stessa L. n. 234/2021, che ha demandato a uno o più d.P.C.M., su proposta del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro della Salute e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, previa Intesa in sede di Conferenza Unificata, di definire "le modalità attuative, le azioni di monitoraggio e le modalità di verifica del raggiungimento dei LEPS medesimi per le persone anziane. Negli altri ambiti sociali diversi dalla non autosufficienza, si provvede con uno o più decreti del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, in maniera da integrare i LEPS già definiti ai sensi degli artt. 5 e 23 d.lgs. 147/2017 e degli artt. 1 e 4 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, conv. con modif. dalla l. 28 marzo 2019, n. 27 e dell'art. 1, comma 797, l. 30 dicembre 2020, n. 178, raccordandosi altresì con gli obiettivi di servizio indicati dal d.P.C.M. 1° luglio 2021". Sulla portata della L. n. 234 si soffermano, fra gli altri, G. Ferraiuolo, *PNRR e correzione delle asimmetrie territoriali*, in *Rivista AIC*, n. 3/2022, 323 ss.; P. Torretta, *La legge di bilancio 2022 e l'assistenza sociale: qualche LEPS e tante "buone intenzioni"*, in *Federalismi.it*, n. 11/2022, 187 ss.

[52] Per un primo commento, G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia differenziata*, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2023.

[53] La Cabina di regia per la determinazione dei LEP è istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, presieduta dal Presidente del Consiglio dei ministri e costituita da Ministri competenti nelle materie implicate

ISSN 2036-7821

sulla scorta della giurisprudenza costituzionale in materia, definisce i livelli essenziali come soglia di spesa costituzionalmente necessaria sebbene non tutte le prestazioni in essi incluse siano immediatamente quantificabili in termini economici[54].

Infine, un'ulteriore specificazione dei LEPS si è avuta con la l. 23 marzo 2023, n. 33 ("Deleghe al Governo in materia di politiche in favore delle persone anziane"), il cui art. 1 ha delimitato l'oggetto della delega al Governo facendola coincidere con "la tutela della dignità e la promozione delle condizioni di vita, di cura e di assistenza sociale delle persone anziane, attraverso la ricognizione, il riordino, la semplificazione, l'integrazione e il coordinamento, sotto il profilo formale e sostanziale, delle disposizioni legislative vigenti in materia di assistenza sociale, sanitaria e socio-sanitaria alla popolazione anziana"[55].

---

nei compiti e funzioni della Cabina stessa, oltre che dai Presidenti della Conferenza delle regioni e delle province autonome, dell'UPI e dell'ANCI. Sono stabiliti, al contempo, gli obiettivi che la Cabina è chiamata a conseguire, nonché le tempistiche di svolgimento delle attività ad essa affidate, le procedure di realizzazione di tali attività e le forme e modalità di interazione con le amministrazioni competenti nelle materie coinvolte e con la Commissione tecnica per i fabbisogni standard. La stessa normativa prevede, altresì, il Comitato per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni - CLEP, il cui Rapporto è consultabile al seguente link: *https://www.affariregionali.it/comunicazione/notizie/2024/gennaio/rapporto-finale-clep/*. Per una puntuale ricostruzione, v. pure il Dossier n. 18/0/1 dei Servizi Studi di Camera e Senato riferito all'atto AC N.643-bis/XIX e rinvenibile in documenti.camera.it/leg19/dossier/testi/AC0087.htm. In dottrina, V. Tondi della Mura, *Non è Voltaire: le pagine bianche (e quelle grigie) del «Rapporto finale» del Comitato per l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (Lep)*, in *Federalismi.it*, n. 15/2024, 201 ss.

[54] L'esempio della *performance* amministrativa in materia edilizia è riportato da G. Comazzetto, *La determinazione dei LEP e le prospettive della differenziazione regionale alcuni spunti ricostruttivi*, in *Forum di Amministrazione in cammino*, 9 maggio 2024, 54, per il quale la misurabilità dei LEP non può intendersi in senso strettamente economico.

[55] A tal fine è istituito, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Comitato interministeriale per le politiche in favore della popolazione anziana (CIPA), presieduto dal Presidente del Consiglio o su sua delega dal Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali. Detto organo, fra i suoi vari compiti, ha quello di adottare il "Piano nazionale per l'invecchiamento attivo, l'inclusione sociale e la prevenzione delle fragilità nella popolazione anziana" e il "Piano nazionale per l'assistenza e la cura delle fragilità e della non autosufficienza nella popolazione anziana": entrambi tali piani, che hanno cadenza triennale e aggiornamento annuale, sono adottati previa Intesa in sede di Conferenza Unificata e sentite le parti sociali, le organizzazioni di settore e le associazioni rappresentative delle persone in condizioni di disabilità, in quadro di coinvolgimento nelle attività amministrative di tutti i livelli di governo e portatori di interessi. Nello specifico, le deleghe al Governo comprendono tre ambiti, essendo esse stabilite: in materia di invecchiamento attivo, promozione dell'inclusione sociale e prevenzione delle fragilità; in materia di assistenza sociale, sanitaria e sociosanitaria per le persone anziane non autosufficienti; in materia di politiche per la sostenibilità economica e la flessibilità dei servizi di cura e assistenza a lungo termine per le persone anziane e per le persone anziane non autosufficienti. Nell'esercizio della delega il Governo è abilitato a disciplinare peculiari aspetti organizzativi del sistema di erogazione delle prestazioni sociali in argomento (quali, ad es., la definizione degli standard di formazione del personale; la definizione di sistemi di monitoraggio dell'erogazione di tali LEPS e del correlato sistema sanzionatorio e di interventi sostitutivi; la promozione dell'integrazione tra Distretto sanitario e Ambiti territoriali sociali (ATS). Il dispiegamento di un intervento legislativo così puntuale, spiega la disposizione contenuta nell'art. 6 della legge delega, in forza della quale i procedimenti legislativi delegati al Governo richiedono un coinvolgimento di Regioni ed Enti locali territoriali, prevedendosi che gli schemi dei decreti legislativi relativi alle materie

ISSN 2036-7821

Le procedure di determinazione dei livelli essenziali secondo le disposizioni di cui all'art. 1, L. n. 197/2022, cit., sono state fatte salve, da ultimo, dall'art. 37, comma 4, D.Lgs. 3 maggio 2024 n. 62.

5. Dai Lea (ancora) da aggiornare alle prestazioni (non ancora) essenziali ma comunque finanziate dallo Stato: note critiche.

La recentissima sentenza 201/2024 della Corte costituzionale, depositata il 17 dicembre scorso, offre il destro per approfondire ulteriormente in chiave sistematica, con un rinnovato approccio critico, i rapporti tra spesa pubblica e prestazioni non essenziali.

L'ambito di riferimento è, per l'appunto, quello dell'erogazione dei servizi assistenziali.

Nella fattispecie, si trattava di verificare se alcune prestazioni finanziate da una regione in piano di rientro fossero riconducibili al *genus* delle prestazioni extra-LEA e, soprattutto, se la loro erogazione determinasse un incremento della spesa sanitaria regionale.

Ad avviso della Corte, un simile accertamento "non può risolversi nella mera constatazione della mancata menzione delle prestazioni indicate nelle disposizioni regionali impugnate – *screening* e trattamento di fibromialgia ed elettrosensibilità presso ambulatori dedicati, anche multidisciplinari – nell'elenco di quelle garantite dal SSN ai sensi del d.P.C.M. 12 gennaio 2017. Elenco, peraltro, rimasto da allora immutato, nonostante le previsioni dell'art. 1, commi da 556 a 558, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilita` 2016)», affidino a un'apposita «Commissione nazionale per l'aggiornamento dei LEA e la promozione dell'appropriatezza nel Servizio sanitario nazionale» (comma 556) il compito di formula[re] annualmente una proposta di aggiornamento dei [medesimi] LEA» (comma 558), «al fine di garantire l'efficacia e l'appropriatezza clinica e organizzativa delle prestazioni erogate dal Servizio sanitario nazionale nell'ambito dei LEA, anche in relazione all'evoluzione scientifica e tecnologica» (comma 556)".

Come aggiunge la stessa Consulta, "per svolgere l'accertamento in modo compiuto, occorre, infatti, valutare l'effettiva portata normativa delle disposizioni regionali impugnate, anche alla luce dei lavori preparatori, tenendo conto sia della loro formulazione testuale, sia della loro collocazione sistematica nel quadro dell'intera

suindicate, previa Intesa in sede di Conferenza Unificata, "sono trasmessi alle Camere per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunciano nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi possono essere adottati".

ISSN 2036-7821

legge reg. Calabria n. 8 del 2024, nonché, in via ulteriore, della loro connessione con la normativa statale in materia".

Ebbene, da tali premesse conseguono le statuizioni di merito: "Nel quadro normativo così ricostruito, risulta, pertanto, innegabile la stretta connessione fra le disposizioni statali inerenti al predetto fondo per la fibromialgia e le disposizioni regionali impugnate, là dove le medesime promuovono l'istituzione, sul territorio calabrese, di ambulatori anche multidisciplinari dedicati alla diagnosi e alla cura della fibromialgia. Queste ultime, in quanto attuative delle prime, devono, però, operare nei limiti delle risorse statali assegnate alla Regione Calabria (che, nei lavori preparatori della legge regionale impugnata, risultano ancora intatte e quindi utilizzabili «per progetti coerenti con il decreto ministeriale di assegnazione»), nonché delle finalità indicate dal legislatore statale. Pertanto, le disposizioni impugnate, nelle parti concernenti la fibromialgia, non incorrono nel divieto di spese non obbligatorie, di cui all'art. 1, comma 174, della legge n. 311 del 2004, in quanto – in attesa dell'inserimento di tale sindrome fra le patologie la cui diagnosi e cura è a carico del Servizio sanitario nazionale, – provvedono alla realizzazione di prestazioni comunque previste e finanziate dallo Stato, grazie allo specifico fondo istituito nel 2021. In questa particolare prospettiva, le prestazioni in discorso, pur riconducibili al *genus* delle prestazioni extra-LEA, ne costituiscono una *species* particolare: in quanto finanziate direttamente dallo Stato, infatti, esse non generano alcun incremento di spesa a carico del bilancio regionale, idoneo a pregiudicare la copertura delle spese per i LEA".

Viceversa, la previsione delle prestazioni di diagnosi e cura inerenti alla elettrosensibilità, in quanto non comprese fra quelle la cui erogazione è stata prevista e finanziata dal legislatore statale attraverso il fondo di cui al citato art. 1, comma 972, della legge n. 234 del 2021, né inserite fra le prestazioni essenziali di cui al d.P.C.M. 12 gennaio 2017, genera un incremento della spesa sanitaria regionale inerente a prestazioni non essenziali, incompatibile con il divieto di spese non obbligatorie[56].

La pronuncia si chiude con un doppio monito rivolto dalla stessa Corte ai suoi due interlocutori istituzionali: da un lato, il sollecito alla regione affinché provveda a dare

[56] Le ragioni sono specificate nel 2.3 del *Considerato in diritto*: "I richiamati argomenti, mentre inducono a respingere le censure di illegittimità costituzionale promosse dal ricorrente in riferimento agli artt. 117, terzo comma, e 81, terzo comma, Cost., nei confronti dei commi 1 e 2 dell'art. 1 della legge reg. Calabria n. 8 del 2024, là dove dispongono che la Regione Calabria promuove l'istituzione di ambulatori anche multidisciplinari per la diagnosi e la terapia della fibromialgia, non consentono, viceversa, l'estensione della previsione di tali prestazioni per l'elettrosensibilità. Tale estensione – frutto di un emendamento presentato in commissione e poi approvato in consiglio – fuoriesce, infatti, dal raggio di operatività della normativa statale inerente al fondo per la fibromialgia, attenendo a una sindrome, l'elettrosensibilità, diversa dalla prima, peraltro finora neppure riconosciuta quale patologia in senso tecnico dagli organismi internazionali (OMS) e interni di ricerca medica".

ISSN 2036-7821

al più presto attuazione alle misure previste dal legislatore statale (art. 1, comma 792, L. n. 234/2021 e d.m. 8 luglio 2022), impiegando le risorse a ciò appositamente destinate e ad oggi non ancora utilizzate; dall'altro, l'invito al Governo a ché si pervenga in tempi rapidi, secondo le procedure e le modalità stabilite e in linea con le indicazioni del progresso scientifico e medico, all'aggiornamento dei LEA [57], la cui individuazione è ferma al 2017.

Se apprezzabile è senz'altro la sottolineatura del legame fra l'attuazione del piano di rientro e la garanzia di servizi essenziali al passo con le nuove evidenze scientifiche e gli sviluppi tecnologici, qualche perplessità potrebbe suscitare un'eventuale assimilazione *quoad effectum* dei livelli essenziali a prestazioni diverse purché finanziate dallo Stato.

Per quanto, infatti, si possa convenire circa il divieto per le regioni in *deficit* di introdurre nuove spese incidenti sulle voci del proprio bilancio relative alla spesa sanitaria[58], l'approccio sostanzialista per il quale la Corte costituzionale sembra propendere finisce con il mettere in ombra proprio il procedimento per l'aggiornamento dei LEA quale è stato fissato dalla legge di stabilità per il 2016 (art. 1, commi 554 e 559, L n. 208/2015, cit.)[59].

Non si tratta, tanto, di assicurare un ossequio puramente formale alle procedure indicate dal legislatore quanto di evitare che il finanziamento di una prestazione extra-LEA da parte dello Stato, nella misura in cui produce effetti equivalenti a quelli di una prestazione inclusa nei livelli essenziali, possa affievolire la motivazione ad aggiornare gli stessi LEA come pure la normativa prevede.

La ricostruzione teorica della spesa costituzionalmente necessaria si rinviene, non a caso, nella stessa giurisprudenza costituzionale: nelle decisioni più recenti si afferma, testualmente, che la Corte "in reazione ad una prassi legislativa troppo incline a effettuare pesanti «tagli lineari» (sentenze n. 63 del 2024 e n. 220 del 2021) anche sulla sanità (sentenza n. 154 del 2017), ha introdotto a partire dalla sentenza n. 169 del 2017, la nozione di «spesa costituzionalmente necessaria» (ripresa poi nelle sentenze

[57] Nel formulare il suo auspicio, la Corte evidenzia che tale aggiornamento è ormai divenuto indifferibile, in considerazione della più volte riconosciuta «primazia della tutela sanitaria» (sentenze n. 142 del 2021 e n. 62 del 2020), nonché della necessità di evitare che i cittadini residenti in regioni sottoposte a piano di rientro siano posti nella condizione di non poter usufruire di prestazioni – che, peraltro, ove finalizzate all'attività di prevenzione, sono, per loro natura, in grado di produrre, nel medio-lungo periodo, risparmi di spesa addirittura superiori all'immediato contenimento dei costi – rivelatesi essenziali alla luce di sopravvenute evidenze scientifiche, a garanzia delle quali il medesimo piano di rientro è sottoscritto (cfr. *Considerando in diritto*, 2.5).

[58] Per una recente applicazione giurisprudenziale confermativa, Corte cost., n. 197/2024, cit.

[59] Si ricorda, alla luce di quanto riportato *supra*, al § 2, che la procedura seguita per l'emanazione del D.p.c.m. 12 gennaio 2017 e per il suo successivo aggiornamento si basa sul d.P.C.M. adottato su proposta del Ministro della salute, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

ISSN 2036-7821

n. 220 del 2021, n. 197 del 2019 e n. 87 del 2018), funzionale a evidenziare che, in un contesto di risorse scarse, per fare fronte a esigenze di contenimento della spesa pubblica dettate anche da vincoli euro unitari, devono essere prioritariamente ridotte le altre spese indistinte, rispetto a quella che si connota come funzionale a garantire il «fondamentale» diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., che chiama in causa imprescindibili esigenze di tutela anche delle fasce più deboli della popolazione, non in grado di accedere alla spesa sostenuta direttamente dal cittadino, cosiddetta out of pocket"[60].

Ne risulta una cornice in cui la realizzazione del nocciolo duro dei diritti passa per la responsabilità di tutti gli attori del sistema, tenuti a rispettare non solo i vincoli finanziari ma anche le regole e le procedure specificatamente dettate per il corretto dispiegarsi di poteri pubblici e vicende amministrative[61].

Se questo è lo sfondo, vale la pena di correre il rischio di una sostanziale irrilevanza delle forme e di depotenziamento del peso delle procedure? Sono da considerarsi sempre e comunque ricomprese nel perimetro della spesa costituzionalmente necessaria le prestazioni che, benché finanziate dallo Stato, si pongono al di fuori dell'area LEA?

Se c'è un procedimento formale per approvare i Lea [62] è lecito ritenere che basta lo stanziamento di un fondo da parte dello Stato per allentare l'obbligo di osservanza di

[60] Corte cost., 6 dicembre 2024 n. 195. Nel senso che «il compito e la responsabilità della politica è ben amministrare risorse scarse», W. Giulietti, *Funzione politica del bilancio e tutela dell'interesse finanziario tra tecnica e diritto*, in *Dir. econ.*, 2019, 2, 301, richiamando la concezione del bilancio costituzionalmente orientata ché assegna priorità al nucleo inviolabile dei diritti fondamentali.

[61] Come è stato attentamente messo in luce, il filo conduttore sotteso all'evoluzione ordinamentale che ha investito, fra gli altri, gli artt. 81, 97 e 117 della Costituzione, è rintracciabile nella volontà di valorizzare «figure istituzionali che per la loro terzietà ed indipendenza rispetto agli Esecutivi – nazionali e territoriali – come la Corte dei conti possano al meglio garantire la tenuta del sistema» (C. Chiappinelli, *op. cit.*, 39 s.). Ancora. Nella specifica prospettiva del raccordo fra risorse disponibili e tutele inderogabili, con particolare riguardo alla garanzia costituzionale dei diritti civili e sociali, si è rilevato che «il controllo apre a nuove e più articolate esperienze attuative, atteso l'impatto di molteplici normative – nelle loro declinazioni sempre più caratterizzate da fasi di confronto, se non di concertazione e tendenziale condivisione in sede di Conferenze – che ricade su livelli di governo e di amministrazione diversi. In questa direzione il controllo può ulteriormente sviluppare ulteriori potenzialità, dovendosi necessariamente bilanciare autonomia e responsabilità nelle differenti realtà territoriali e nelle crescenti interazioni anche tra livelli di governo diversi» (C. Chiappinelli, *op. cit.*, 40). Del resto, come la stessa Corte dei conti ha avuto modo di precisare, "la finanza pubblica, anche se costituisce la risultanza dell'azione di più livelli di governo, non può che essere considerata unitariamente; a ciò è connaturato un compiuto sistema dei controlli esterni, affidati ad un organo la cui indipendenza è garantita in Costituzione e che è dotato di una struttura a rete che ne avvicina l'attività alle comunità ed alle istituzioni locali" (Corte conti, sez. riun. contr., 29 settembre 2012 n. 24 - parere reso in ordine al d.l. 10 ottobre 2012 n. 174).

[62] Come si è visto nei paragrafi precedenti, il contesto in esame è costellato di prescrizioni formali e procedurali: si pensi all'attuazione della "perimetrazione sanitaria", assimilabile alla fase endoprocedimentale di un più ampio, strutturato e complesso procedimento, attraverso il quale viene esercitata la funzione pubblica di tutela della salute, in cui tutti gli attori coinvolti, nel pieno rispetto delle proprie specifiche competenze, sono tenuti a comportamenti idonei alla concreta attuazione della funzione pubblica stessa" (G. Giuliano, *op. cit.*, 241).

ISSN 2036-7821

quella procedura e assoggettare le prestazioni meramente finanziate allo stesso regime giuridico previsto per le prestazioni individuate con le forme e modalità previste dalla L. 208/2015 e finora declinate nei d.P.C.M del 2001 e del 2017?

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le compagnie di assicurazione nel sistema giuridico georgiano e la copertura contro i danni

di Andrea Russo

(Professore Associato di Diritto Comparato presso il Dipartimento di Scienze Politiche della Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Introduzione. 2. La struttura delle compagnie di assicurazione. 3. L'assicurazione contro i danni. 4. L'ammontare del *risarcimento* assicurativo. 4.1. L'istituto della surrogazione. 5. La vendita dei beni assicurati. 6. Riflessioni conclusive.

Abstract

This paper, after analyzing the structure and functions of insurance companies, provides a study on the insurance contract against damages in the Georgian legal system, with particular reference to the regulatory provisions that regulate the amount of insurance compensation and its practical implications. An in-depth analysis is then dedicated to the institution of subrogation, which allows the insurer to take over the rights of the policyholder against the person responsible for the damage, and to the sale of insured goods, with the analysis of the notification obligations and the legal consequences arising from the alienation of the insured good. The concluding reflections focus on a critical analysis of the emerging practical and legal issues, highlighting the contradictions and areas of potential improvement of the Georgian insurance system, and proposing potential solutions for a harmonization of the regulations in order to ensure fair and efficient protection for all parties involved.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il contratto di assicurazione rappresenta una componente cruciale nella gestione e ripartizione del rischio, assumendo una funzione non soltanto economica ma anche sociale all'interno di ogni ordinamento giuridico[1].

La sua disciplina, seppur ancorata ai principi generali del diritto contrattuale, si sviluppa attraverso regole e meccanismi peculiari, adattati alle esigenze locali e alle tradizioni giuridiche di ciascun Paese[2].

Nel sistema giuridico georgiano, il contratto di assicurazione si inserisce in un contesto normativo e giurisprudenziale in evoluzione, riflesso del processo di armonizzazione con gli standard internazionali e dell'influenza di modelli europei. La legislazione georgiana, in particolare attraverso il *Civil Code of Georgia*, dedica una specifica attenzione alla regolamentazione dell'assicurazione, delineando un quadro che bilancia la tutela degli assicurati e la sostenibilità economica delle imprese assicuratrici[3].

In tale contesto, il diritto assicurativo georgiano si caratterizza per un approccio che mira a conciliare la propria tradizione locale con l'esigenza di attrarre investimenti stranieri, garantendo trasparenza, certezza giuridica e flessibilità operativa[4].

Il contratto di assicurazione, dunque, conserva le caratteristiche fondamentali dei sistemi giuridici continentali, fondandosi sul trasferimento del rischio e sul principio mutualistico, ma presenta anche elementi distintivi, come l'enfasi sui requisiti formali del contratto e sull'obbligo di buona fede delle parti, che riflettono le peculiarità della cultura giuridica locale e del mercato assicurativo in sviluppo[5].

---

[1] Si veda l'articolo 1882 del Codice civile italiano. Sul punto, si rimanda al commento di F. PECCENINI, *Commentario del Codice Civile. Assicurazione Art.1882-1932*, in F. DAGNINO (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2011, pp. 1-13.

[2] Per un'analisi si rimanda a O. CLARIZIA, *Indennizzo diretto e prestazione assicurativa*, Naples, 2009.

[3] L'articolo 799 del Codice civile georgiano delinea il concetto di contratto di assicurazione non attraverso una definizione formale in senso aristotelico, ma mediante una descrizione funzionale della dinamica obbligatoria tra le parti. La norma, infatti, non si limita a tracciare i profili essenziali della prestazione, ma introduce anche l'ipotesi in cui le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, abbiano previamente determinato l'importo dovuto all'assicuratore al verificarsi di un evento specifico. Come osservato da A. BORRONI, *Article 799 – Concept*, in A. BORRONI (gen. ed.), *Commentary on Georgian Insurance Law*, Tbilisi, 2022, pp. 1-2, tale configurazione rientra nella categoria dei contratti aleatori, ovvero quegli accordi il cui esito è subordinato al verificarsi di un evento incerto e non controllabile dalle parti. È opinione diffusa che l'esempio più emblematico di contratto aleatorio sia proprio la polizza assicurativa, in cui l'obbligazione della compagnia assicurativa di effettuare un pagamento sorge solo in presenza di un evento fortuito.

[4] Sia consentito rinvio a A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, in A. BORRONI (gen. ed.), *Commentary on Georgian Insurance Law*, cit., p. 323.

[5] A. BORRONI, *Article 799 – Concept*, cit., p. 2.

ISSN 2036-7821

La disciplina assicurativa in Georgia, inoltre, si interseca con le sfide economiche e sociali del Paese, contribuendo alla costruzione di un sistema di protezione economica che risulti, al contempo, accessibile e competitivo.

Considerate le premesse, attraverso un'analisi del quadro normativo georgiano e delle sue applicazioni pratiche, verrò esplorato il ruolo del contratto di assicurazione come strumento di regolazione del rischio e come riflesso delle dinamiche giuridiche e sociali del paese.

2. La struttura delle compagnie di assicurazione.

Le compagnie assicurative sono entità giuridiche costituite al fine di esercitare l'attività assicurativa, previa acquisizione della licenza necessaria in conformità alla normativa vigente[6].

Tali entità devono essere registrate come organizzazioni, seguendo le procedure previste per la costituzione delle persone giuridiche in Georgia. Sotto il profilo della forma giuridica, le uniche strutture ammissibili per un'organizzazione assicurativa sono la «limited liability company or a joint stock company»[7]. È espressamente preclusa la possibilità che un'organizzazione finanziata dallo Stato costituisca o partecipi, in qualità di fondatrice, alla creazione di una compagnia assicurativa[8].

La denominazione sociale di una compagnia assicurativa in possesso di regolare licenza deve necessariamente contenere il termine "assicurazione" o una locuzione equivalente che lo includa. Nessun soggetto è legittimato a impiegare tale termine o espressioni analoghe senza la preventiva autorizzazione rilasciata dall'ente competente, salvo nei casi previsti dalla legislazione georgiana o da accordi internazionali. Tale utilizzo è altresì consentito laddove, dal contesto in cui è impiegato, emerga con chiarezza che l'entità in questione non esercita attività assicurativa[9].

Tutte le organizzazioni operanti nel settore assicurativo godono dei medesimi diritti e devono rispettare il principio di parità di condizioni nel mercato. È fatto divieto assoluto di abusare di una posizione dominante o di porre in essere condotte idonee a limitare in modo significativo la concorrenza nel settore assicurativo, così come di

[6] Si veda, in particolare, la *Law of Georgia No 1679* del 24 settembre 2009 - LGH I, No29, 12.10.2009.

[7] Sul punto, si rimanda alle leggi *Law of Georgia No 1679 of 24 September 2009* - LGH I, No29, 12.10.2009, Art. 162; *Law of Georgia No 6149 of 8 May 2012*; *Law of Georgia No 354 of 20 March 2013.*

[8] *Law of Georgia No 1679* del 24 settembre 2009 - LGH I, No29, 12.10.2009.

[9] Per un approfondimento si rimanda a K. KHARKHELAURI, T. KAJAIA, N. MAZIASHVILI, *Insurance business development trends in Georgia and its impact on the economy of the country*, in *Business, Management and Accounting*, Work of GTU, no. 2, 2020, p. 17 ss; J. KANKADZE, T. QAMKHADZE, L. KOIAVA-KAJAIA, T. KAJAIA, *Organization of bank and insurance activity*, GTU, Tbilisi, 2018.

ISSN 2036-7821

adottare pratiche atte a favorire indebitamente determinati operatori a discapito di altri[10].

Qualora non sia prevista una specifica procedura normativa per una determinata tipologia di attività assicurativa, l'assicuratore è autorizzato ad operare conformemente alle norme e alle prassi internazionalmente riconosciute nel settore[11].

La stabilità finanziaria di una compagnia di assicurazione si fonda essenzialmente sul capitale dell'assicuratore, sulle riserve assicurative e sul sistema di riassicurazione. L'assicuratore è tenuto a rispondere nei confronti del contraente per l'integrale adempimento delle obbligazioni assunte con il contratto di assicurazione, indipendentemente dall'esistenza di eventuali contratti di riassicurazione stipulati con terzi[12].

Al fine di tutelare la propria solidità finanziaria, all'assicuratore è fatto divieto di compiere determinate operazioni, tra cui: (i) la concessione di prestiti finalizzati all'acquisto di proprie azioni; (ii) la concessione di prestiti destinati all'acquisto di azioni detenute da un socio con partecipazione rilevante o da un amministratore; (iii) la concessione di prestiti volti all'acquisto di azioni di una società controllata dall'assicuratore.

Tali restrizioni sono imposte al fine di prevenire conflitti di interesse e garantire la stabilità patrimoniale dell'assicuratore, così da tutelare gli interessi dei contraenti e salvaguardare l'equilibrio del mercato assicurativo[13].

Per quanto concerne il rilascio delle licenze assicurative, queste sono concesse dall'ente di regolamentazione competente, in conformità alla legislazione georgiana in materia di licenze e permessi. Le licenze possono essere concesse esclusivamente «to legal persons the organisational-legal form of which is a joint stock company or a limited liability company»[14].

---

[10] Per cui si rimanda generalmente a K. IREMASHVILI, *Peculiarities of legal regulation of insurance*, in *Journal of Law*, Faculty of Law of Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, No. 2, 2011.

[11] *Law of Georgia No 1679* del 24 settembre 2009 - LGH I, No29, 12.10.2009. In dottrina si veda sul punto K. KHARKHELAURI, T. KAJAIA, *Influence of insurance business on the economy of the country globalization and the modern challenges of business*, 3rd international scientific conference proceedings, GTU, Tbilisi, 2019.

[12] In aggiunta, l'assicuratore ha l'obbligo di fornire, su richiesta dell'ente di regolamentazione, informazioni relative a un'organizzazione assicurativa estera con cui abbia concluso un contratto di riassicurazione. Queste informazioni devono includere dati sulla situazione finanziaria della compagnia di riassicurazione. K. IREMASHVILI, *Peculiarities of legal regulation of insurance*, cit.

[13] Per un Rimando alla disposizione di legge, si veda l'*Article 9 of the Georgian Law on Insurance*.

[14] Una licenza assicurativa può essere concessa solo per specifiche attività, che comprendono l'assicurazione sulla vita, l'assicurazione generale (non vita) e la riassicurazione. Si veda l'*Article 22 of the Georgian Law on Insurance*. In dottrina, si veda T. VERULAVA, T. ELIASHVILI, *Prospects of using insurance companies as a source of investment in the Georgian economy*, in *Science journal "Health Policy and Insurance"*, no. 1, 2015.

ISSN 2036-7821

Qualora un assicuratore intenda esercitare l'attività di riassicurazione e sia già titolare di una licenza per un diverso ramo assicurativo, gli è consentito operare nel settore della riassicurazione senza la necessità di ottenere un'autorizzazione aggiuntiva. Tuttavia, l'assicuratore è tenuto a notificare all'ente di regolamentazione l'avvio di tale attività entro il termine di dieci giorni lavorativi dalla sua effettiva instaurazione[15].

In ogni fase della propria operatività, l'assicuratore è altresì obbligato a conformarsi ai limiti e alle prescrizioni stabiliti dall'ente di regolamentazione. Inoltre, la licenza ottenuta deve essere attivata entro sei mesi dalla data del suo rilascio. Per gli operatori che intendano esercitare nel settore delle pensioni non statali, sussiste l'onere di registrare e presentare le procedure inerenti a tale attività, nel rispetto della normativa vigente.

Con riguardo all'operatività di una filiale o di una rappresentanza di un'assicurazione estera, queste sono legittimate a svolgere attività assicurativa nel territorio della Georgia sulla base della licenza rilasciata alla società madre, senza necessità di un'autorizzazione separata. Tuttavia, è imprescindibile che venga trasmessa all'Autorità di regolamentazione la documentazione idonea a dimostrare che la compagnia di origine sia autorizzata ad operare nel proprio Stato e sia abilitata ad aprire una filiale in Georgia. Dal punto di vista temporale, la licenza assicurativa è rilasciata a tempo indeterminato e non può essere trasferita a un diverso soggetto giuridico[16].

L'onere di garantire l'esattezza e la completezza della documentazione presentata per l'ottenimento della licenza ricade integralmente sull'assicuratore, il quale è altresì tenuto a comunicare tempestivamente all'Autorità competente eventuali modifiche ai documenti originari, provvedendo a trasmettere ogni aggiornamento entro il termine di sette giorni lavorativi dall'avvenuta modifica.

Con particolare riferimento alle variazioni di natura strutturale e organizzativa, in caso di fusione, acquisizione o scissione, il titolo abilitativo è trasferito al successore giuridico. Quest'ultimo, qualora necessario, deve richiedere il rilascio di una nuova

[15] Oltre alle condizioni previste dalla legge sulle licenze e i permessi, il richiedente la licenza deve soddisfare ulteriori requisiti, come la presentazione dello statuto e dei documenti attestanti la registrazione fiscale, nonché prove bancarie che dimostrino il pagamento del capitale minimo richiesto. È inoltre necessario fornire dati identificativi dei principali proprietari e amministratori, nonché documenti che attestino l'idoneità di queste persone in termini di competenze professionali e assenza di condanne per crimini economici gravi. In tema, J. CHKHARTISHVILI, *Peculiarities of competition and concentration in the insurance market in Georgia*, in *Business and Legislation*, 2016, pp. 39-42.

[16] K. KHARKHELAURI, T. KAJAIA, N. MAZIASHVILI, *Insurance business development trends in Georgia and its impact on the economy of the country*, cit., pp. 18-19. Non è richiesta una licenza per le attività di agenti e broker assicurativi, né per le attività di valutazione del rischio assicurativo, delle perdite o degli eventi, né per i servizi di consulenza e ricerca nel settore assicurativo.

ISSN 2036-7821

licenza in sostituzione della precedente, allegando alla relativa istanza la documentazione comprovante l'avvenuta riorganizzazione societaria e la registrazione statale del nuovo soggetto giuridico[17].

Qualora vengano apportate modifiche allo statuto che non comportino l'obbligo di ri-registrazione della società, le relative copie devono essere trasmesse all'Autorità di vigilanza. Analogamente, ogni variazione della denominazione sociale, della sede legale o dell'atto costitutivo deve essere notificata all'Autorità competente entro sette giorni dall'intervenuta modifica.

L'assicuratore è inoltre tenuto a comunicare preventivamente l'alienazione di una quota significativa del capitale, il mutamento della forma giuridica, la riorganizzazione societaria o l'istituzione di una filiale, fornendo all'ente di regolamentazione informazioni dettagliate sulle condizioni e sui soggetti coinvolti. In assenza di un diniego motivato da parte dell'Autorità entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta, il consenso si intende tacitamente accordato. Qualsiasi transazione posta in essere in violazione delle disposizioni normative è da ritenersi nulla e priva di effetti giuridici[18].

L'inosservanza delle prescrizioni imposte dalla normativa vigente, l'inattività protratta per un periodo superiore a sei mesi o lo stato di insolvenza dell'assicuratore costituiscono cause di revoca della licenza, con obbligo per l'impresa di restituirla entro tre giorni e di avviare tempestivamente la procedura di liquidazione, nel rigoroso rispetto delle disposizioni di legge. La revoca comporta altresì l'immediata cessazione delle attività svolte dalle filiali e dalle rappresentanze dell'assicuratore, con conseguente obbligo di comunicare la chiusura alle Autorità competenti[19].

Il quadro normativo georgiano si configura, pertanto, come uno strumento di garanzia volto a promuovere un sistema assicurativo efficiente e competitivo, capace di assicurare la conformità agli standard internazionali, la tutela degli interessi dei

[17] Tali modifiche devono essere notificate all'*Insurance State Supervision Service of Georgia*, e, se necessario, viene rilasciata una nuova licenza. Se la compagnia modifica il proprio nome, la sua sede o gli articoli di associazione, è obbligata a informare l'*Insurance State Supervision Service* entro sette giorni lavorativi. Inoltre, nel caso in cui una compagnia assicurativa subisca modifiche nel suo assetto societario, come la cessione di una quota significativa o la riorganizzazione, è tenuta a presentare una richiesta di approvazione al Servizio, che può rifiutare la transazione o darne il consenso entro dieci giorni. Per i riferimenti alle leggi, si vedano *Law of Georgia No 3062 of 26 August 2003 - LGH I, No 29, 18.9.2003, Art. 220*; *Law of Georgia No 5271 of 11 July 2007 - LGH I, No30, 30.7.2007, Art. 342*; *Law of Georgia No 5914 of 14 March 2008 - LGH I, No7, 26.3.2008, Art. 34*; *Law of Georgia No 1679 of 24 September 2009 - LGH I, No29, 12.10.2009, Art. 162*; *Law of Georgia No 2832 of 23 March 2010 - LGH I, No19, 13.4.2010, Art. 106*; *Law of Georgia No 354 of 20 March 2013*.

[18] J. CHKHARTISHVILI, *Peculiarities of competition and concentration in the insurance market in Georgia*, cit., pp. 39-42. L'eventuale liquidazione di una compagnia assicurativa, poi, deve essere condotta nel rispetto delle disposizioni normative vigenti e delle prescrizioni emanate dall'ente di regolamentazione competente.

[19] Si veda l'*Article 28 of the Georgian Law on Insurance*.

ISSN 2036-7821

consumatori e il consolidamento di un ambiente finanziario equo, trasparente e rispettoso dei dettami normativi.

3. L'assicurazione contro i danni.

Le polizze per l'assicurazione della responsabilità civile prevedono che l'assicuratore sia tenuto a corrispondere, per conto dell'assicurato, tutte le somme dovute, *de iure*, a titolo di risarcimento (ovvero indennizzo) per danni derivanti da lesioni fisiche o da pregiudizi alla proprietà, purché tali eventi rientrino nell'ambito della copertura assicurativa prevista[20].

Tra le questioni che emergono in tale contesto, due di queste assumono particolare rilievo sotto il profilo giuridico, poiché riflettono principi fondamentali che orientano la disciplina assicurativa. Essi riguardano, da un lato, la prevenzione della sovrassicurazione, volta a garantire una proporzionalità tra l'importo assicurato e il valore effettivo del bene, e, dall'altro, le conseguenze derivanti dalla stipula di contratti con finalità illecite, che evidenziano l'impegno dell'ordinamento nel salvaguardare la correttezza e la legalità dei rapporti contrattuali[21].

Nello specifico, tali disposizioni mirano a promuovere una determinazione equa dell'indennizzo assicurativo e a favorire rapporti contrattuali fondati sulla buona fede e sulla trasparenza tra assicuratore e assicurato.

La corretta interpretazione sistematica delle norme suggerisce che i principi relativi alla prevenzione della sovrassicurazione dovrebbero essere trattati in connessione con le regole generali che disciplinano l'importo dell'assicurazione[22].

In tale contesto, l'articolo 822 del Codice civile georgiano riveste un'importanza fondamentale per due motivi principali. Anzitutto, in ottica di consolidamento di uno dei principi cardine in materia di assicurazione patrimoniale, esprimendosi nella

[20] K. IREMASHVILI, *Art. 822*, in *Online Commentary on the Civil Code*, disponibile al sito http://www.gccc.ge/. Consultato il 21 gennaio 2025. Il diritto georgiano, tuttavia, stabilisce che tale obbligo sia limitato all'ammontare dell'importo assicurato, introducendo disposizioni volte a garantire un'equa determinazione dell'indennizzo e a tutelare la buona fede contrattuale tra le parti. Tali norme mirano a bilanciare gli interessi del contraente e dell'assicuratore, assicurando che l'obbligazione risarcitoria rimanga proporzionata al rischio assunto e prevenendo eventuali abusi o disparità nell'esecuzione del contratto.

[21] A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, cit., pp. 323-324.

[22] K. IREMASHVILI, *Art. 822*, cit. Allo stesso modo, le conseguenze giuridiche derivanti da un intento illecito nella stipula di contratti assicurativi dovrebbero essere inquadrate, in base alla loro gravità, nell'ambito delle disposizioni relative all'assicurazione dei beni. Tali previsioni dovrebbero affiancarsi agli altri strumenti normativi volti a prevenire l'arricchimento senza causa, garantendo così l'integrità del rapporto assicurativo e la corretta applicazione del principio di equità contrattuale.

ISSN 2036-7821

determinazione dell'indennizzo assicurativo entro i limiti della somma assicurata, garantendo così un equilibrio tra le obbligazioni reciproche delle parti[23].

In secondo luogo, la disposizione può essere interpretata, in via indiretta, come fondamento dell'obbligo per l'assicurato di comunicare tempestivamente all'assicuratore le circostanze sopravvenute nel corso del periodo assicurativo[24].

La norma prevede inoltre le cause di invalidità del contratto assicurativo in caso di dolo del contraente. Qui, è opportuno sottolineare che, anche in assenza di una disciplina specifica, l'atto compiuto con intento fraudolento al fine di conseguire un vantaggio economico illecito risulterebbe comunque nullo per contrarietà ai principi generali dell'ordinamento giuridico[25].

La disciplina dispone, altresì, che i premi assicurativi versati anteriormente alla dichiarazione di invalidità del contratto rimangano acquisiti dall'assicuratore, salvo

[23] *Ibid*.

[24] Questa conclusione si basa su un'interpretazione estensiva delle norme generali che disciplinano il contratto di assicurazione e i correlati obblighi delle parti contraenti. Come osservato da D. MICU & R. F. HODOS, *Artt. 813-814*, in in A. BORRONI (gen. ed.), *Commentary on Georgian Insurance Law*, cit., p. 244 ss, durante il periodo di assicurazione il valore economico del bene assicurato può subire una riduzione. In tal caso, le parti hanno la facoltà di modificare le condizioni contrattuali, adeguando sia l'importo dell'assicurazione sia il premio assicurativo. L'articolo 822, primo comma, stabilisce che l'assicuratore e l'assicurato, per evitare una copertura eccessiva, possono richiedere una riduzione dell'importo assicurato e del relativo premio. In questo contesto, l'interesse dell'assicurato si manifesta attraverso l'adeguamento del premio, mentre l'interesse dell'assicuratore si concretizza nella proporzionale riduzione dell'importo assicurato (K. IREMASHVILI, *Art. 822*, cit.). Occorre tuttavia precisare che la diminuzione del valore economico del bene assicurato costituisce un'informazione essenziale per la volontà dell'assicuratore. Di conseguenza, appare coerente interpretare l'articolo 822, comma I, in relazione all'articolo 813, il quale impone all'assicurato l'obbligo di notificare eventuali variazioni del valore del bene assicurato. Quest'ultimo articolo, infatti, disciplina espressamente l'obbligo di informare l'assicuratore in caso di aggravamento del rischio, ma il Codice non prevede una norma specifica per la comunicazione di nuove circostanze emerse nel corso del rapporto assicurativo. Pertanto, l'articolo 813 deve essere inteso in senso ampio, ricomprendendo ogni informazione che, nel corso della copertura assicurativa, risulti determinante per l'assicuratore. In questo caso, ciò include la riduzione del valore economico del bene assicurato. L'obbligo di comunicazione a carico dell'assicurato trova il suo fondamento nel principio di buona fede, cardine essenziale della disciplina contrattuale. D. MICU & R. F. HODOS, *Artt. 813-814*, cit., p. 244 ss.

[25] L'articolo 822, secondo comma, riveste un particolare interesse poiché affronta la delicata questione della restituzione dei premi assicurativi già versati (sul tema, si veda A. BORRONI, *Article 799 – Concept*, cit., p. 2 ss). Nell'ambito della dottrina internazionale in materia assicurativa, le opinioni su questo aspetto sono divergenti. Nella maggior parte dei casi, si ritiene che la restituzione del premio non sia appropriata, poiché il premio viene considerato acquisito dall'assicuratore non appena quest'ultimo assume il rischio. Questa impostazione si fonda sul principio secondo cui il pagamento del premio corrisponde alla copertura del rischio per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal verificarsi dell'evento assicurato. Tuttavia, in circostanze particolari, la restituzione del premio può essere ritenuta giustificata, specialmente quando l'assicurato abbia confidato in buona fede nella validità del contratto. In questi casi, il diritto alla restituzione si fonda sul principio di tutela dell'affidamento e sulla necessità di preservare l'equità nei rapporti contrattuali.

ISSN 2036-7821

il caso in cui quest'ultimo fosse consapevole della causa di nullità al momento della stipulazione[26].

La regola, pertanto, si inserisce armoniosamente nel contesto dei principi generali del diritto delle assicurazioni, riflettendo un equilibrio tra l'esigenza di tutela dell'integrità del mercato assicurativo e la necessità di prevenire comportamenti opportunistici che ne minino la credibilità e l'efficienza[27].

Secondo quanto stabilito nel Codice civile georgiano, in particolare all'articolo 821, l'assicuratore è obbligato a corrispondere l'indennizzo esclusivamente entro i confini definiti dalla somma assicurata. Tale somma è comunemente determinata in base al valore economico attribuito al bene assicurato. Qualora, nel corso della validità del contratto, il valore economico del bene subisca variazioni, anche la somma assicurata deve essere riadeguata al fine di riflettere tali mutamenti, garantendo un equilibrio tra il valore assicurato e quello effettivo[28].

Di particolare rilievo è il dettato dell'articolo 823, che introduce un principio secondo cui il valore della proprietà assicurata si presume coincidere con l'ammontare della somma assicurata, salvo diversa indicazione derivante dalle circostanze specifiche. Tale norma, caratterizzata da un grado di precisione non riscontrabile, per esempio, nella legislazione italiana, contribuisce a delineare con chiarezza i confini del valore assicurabile, stabilendo limiti certi entro cui l'assicurazione può operare[29].

La prassi assicurativa, richiamata implicitamente dall'articolo 821, individua il valore economico del bene come riferimento primario per la determinazione della somma assicurata. Tuttavia, la norma non si configura come imperativa, consentendo di derogare al principio generale[30].

---

[26] A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, cit., p. 353. Tale previsione appare in linea con le prassi consolidate in ambito internazionale, che riconoscono al beneficiario dei premi un diritto di trattenimento nei limiti della buona fede e delle circostanze note al momento della conclusione del contratto.

[27] K. IREMASHVILI, *Art. 822*, cit. Seguendo questa logica, viene attribuita un'importanza centrale alla buona fede dell'assicuratore. In particolare, il principio secondo cui i premi versati non devono essere restituiti può subire un'eccezione qualora l'assicuratore fosse a conoscenza dell'intento illecito dell'assicurato già al momento della stipula del contratto. Di conseguenza, il legislatore stabilisce un nesso tra la conservazione dei premi e la buona fede dell'assicuratore, con l'obiettivo di evitare che quest'ultimo possa trarre un vantaggio ingiustificato da una situazione di irregolarità. In tal modo, si rafforza il principio di equità contrattuale e si previene il rischio di un arricchimento senza causa a favore dell'assicuratore.

[28] La disciplina normativa contempla disposizioni atte a regolamentare tanto i casi di sovrassicurazione (art. 822, comma I) quanto quelli di sottoassicurazione (art. 827, comma I), nel rispetto dei principi di proporzionalità e congruità. K. IREMASHVILI, *Art. 821*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit.

[29] K. IREMASHVILI, *Art. 823*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit.

[30] *Ibid*. In tal senso, è possibile che il valore assicurativo sia deliberatamente fissato a un importo inferiore rispetto al valore reale del bene, qualora ciò risulti compatibile con le circostanze contrattuali. Si vedano anche L. TOTLADZE, *Commentary on the Civil Code*, Book II, *Property law*, L. CHANTURIA (ed.), Tbilisi, 2018, p. 6 ss; T. SHOTADZE, *Property Law*, Tbilisi, 2014, p. 71 ss.

ISSN 2036-7821

Inoltre, in base al principio della compensazione, chiaramente richiamato all'articolo 826 del Codice georgiano, si sottolinea come l'indennizzo non possa eccedere la perdita effettivamente subita. Tale previsione evidenzia un'impostazione rigorosa, volta a impedire ingiustificati arricchimenti dell'assicurato[31].

Infine, il Codice stabilisce un principio generale in base al quale i danni assicurabili non si limitano all'inadempimento di un'obbligazione, ma comprendono anche i pregiudizi derivanti dalla concretizzazione effettiva del rischio assicurato[32].

Tali previsioni normative, raffinate nella loro formulazione e strutturazione, confermano l'equilibrio tra esigenze di tutela dell'assicurato e preservazione degli interessi assicurativi[33].

A fungere da norma di chiusura della disciplina, l'articolo 825, poi, prevede che, nell'ipotesi in cui sia assicurata un'unità composta da una pluralità di beni, la copertura assicurativa si estenda a tutti gli elementi che ne fanno parte. Questo principio riflette la volontà di tutelare l'interezza di una combinazione di beni, considerati nella loro complessità[34].

In tale contesto, l'importo assicurativo viene determinato in relazione al valore economico complessivo dell'insieme, mentre l'indennizzo, in caso di danno, viene

[31] La stessa logica trova applicazione nell'articolo 824, il quale disciplina l'assicurazione relativa alle prestazioni non dovute. La norma prevede che tali prestazioni possano essere coperte solo qualora ciò sia espressamente concordato nel contratto. In questo modo, il legislatore ribadisce l'importanza del principio di buona fede e della volontà contrattuale delle parti, garantendo che la copertura assicurativa non si estenda oltre i limiti espressamente pattuiti. Tale disposizione contribuisce a prevenire abusi e ambiguità interpretative, assicurando un equilibrio tra le posizioni dell'assicurato e dell'assicuratore. A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, cit., pp. 389.

[32] L'articolo 824 è simile all'articolo 831 per quanto riguarda la necessità di accordo, che considera l'assicurazione per forza maggiore ammissibile solo in caso di accordo delle parti. K. KOCHASHVILI, *Liability without Fault – an Exception to the General Rule of Private Law*, JOURNAL OF LAW, no. 1, 2023, p. 58 ss.

[33] K. IREMASHVILI, *Art. 824*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. Secondo l'autore, un esempio concreto di assicurazione dei benefici non percepiti si riscontra nell'ambito dell'assicurazione agricola. In tali accordi, è essenziale che le parti descrivano con precisione sia il rischio assicurato sia le modalità della sua realizzazione, ossia l'evento che determina l'indennizzo. Come per le altre forme di assicurazione, occorre stabilire l'ammontare della somma assicurata e i criteri per la determinazione del risarcimento. In questo contesto, le parti possono trovare conveniente concordare un importo fisso, che semplifichi la liquidazione dell'indennizzo. Tuttavia, la quantificazione del danno subito nel caso di assicurazione dei benefici non percepiti può risultare particolarmente complessa, rappresentando un nodo cruciale nella determinazione del risarcimento. Il mezzo più efficace per prevenire controversie risiede nella formulazione di clausole contrattuali chiare, dettagliate e prive di ambiguità. Solo un'adeguata precisione redazionale consente di evitare interpretazioni divergenti e di garantire un'applicazione certa ed equa delle disposizioni pattuite. *Ibid*.

[34] K. IREMASHVILI, *Art. 824*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. Un esempio emblematico di unità composta da una pluralità di beni è rappresentato dal cosiddetto patrimonio familiare, nonché dalle attrezzature d'ufficio o altre combinazioni di beni aventi natura omogenea o funzionale.

ISSN 2036-7821

quantificato considerando esclusivamente i beni specificamente danneggiati o distrutti e il loro valore[35].

4. L'ammontare del risarcimento assicurativo.

L'assicuratore non può mai essere obbligato a corrispondere un risarcimento superiore all'entità del danno subito – ex art. 826 – anche qualora la somma assicurata ecceda il valore reale del bene al momento dell'evento assicurato. Tale principio, esplicitato in modo inequivocabile nell'articolo menzionato, si fonda sull'elemento cardine del risarcimento, espressione del principio indennitario che permea l'assicurazione dei beni patrimoniali[36].

L'obiettivo evidente del legislatore è quello di prevenire qualsiasi forma di arricchimento senza causa, fissando limiti precisi all'entità del risarcimento[37].

Particolarmente significativa è la formulazione della norma che evidenzia l'intenzione di circoscrivere il risarcimento al solo danno emergente, escludendo, salvo diversa previsione, il lucro cessante.

In ottica comparatistica, è interessante notare come il legislatore georgiano affronti espressamente i casi in cui l'importo assicurato ecceda il valore reale del bene al momento del sinistro, chiarendo la portata del divieto di risarcimento eccedente. In altri ordinamenti, come quello italiano, tale principio è implicitamente affermato nell'ambito dell'assicurazione dei beni immobili e trova una sua specifica deroga in situazioni particolari, come l'assicurazione dei prodotti del suolo, che include anche i frutti non ancora maturati al momento del sinistro[38].

---

[35] *Ibid*. Ad esempio, qualora il contratto di assicurazione preveda come oggetto assicurato l'insieme delle attrezzature d'ufficio e, in seguito al verificarsi dell'evento assicurativo, venga danneggiato esclusivamente il mobilio, l'indennizzo sarà limitato al danno effettivamente subito in relazione ai beni danneggiati, ossia al mobilio. In altre parole, l'assicuratore risarcirà solo il valore del mobilio danneggiato, in quanto questo è l'unico bene coperto dal rischio assicurato. L'indennizzo non si estenderà alle altre attrezzature d'ufficio che non sono state coinvolte nel sinistro, poiché il contratto definisce con precisione gli oggetti assicurati e i relativi rischi.

[36] A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, cit., pp. 395-396.

[37] K. IREMASHVILI, *Art. 826*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. Il Il valore economico di un bene è soggetto a variazioni nel tempo, potendo diminuire a causa di fattori come l'usura, il verificarsi di eventi imprevisti coperti dall'assicurazione, mutamenti nelle condizioni di mercato o altre circostanze. Per affrontare i casi di riduzione del valore economico del bene, il legislatore ha previsto un meccanismo finalizzato a prevenire situazioni di sovrassicurazione, come chiarito nell'interpretazione dell'articolo 822, comma I. Tuttavia, anche qualora non venga osservato quanto stabilito dalla suddetta disposizione, rimane fermo il principio che la responsabilità dell'assicuratore non può mai eccedere l'entità del danno effettivamente subito. Questo principio trova conferma esplicita nell'articolo 826, il quale ribadisce l'inderogabilità del limite risarcitorio, che si fonda esclusivamente sul danno reale subito dal bene assicurato. *Ibid*.

[38] Sul punto si vedano F. DI CIOMMO, *Principio indennitario e traslazione dei costi sociali*, in S. LANDINI & L. RUGGERI (a cura di), *Il mercato assicurativo nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico*, Roma, 2017, p. 33 ss; M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni, II, Le assicurazioni contro i danni*, Padova, 2012, p. 105 ss; A. DE GREGORIO & G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, Testo riveduto integrato e annotato da A. LA TORRE, Milano, 1987, p. 124.

ISSN 2036-7821

In ordinamenti come quello italiano, tale principio è implicitamente affermato nell'ambito dell'assicurazione dei beni immobili e trova una sua specifica deroga in situazioni particolari, come l'assicurazione dei prodotti del suolo, che include anche i frutti non ancora maturati al momento del sinistro[39]. La chiara enunciazione di tali principi nella normativa georgiana consente una loro interpretazione ampia e sistematica, fornendo alla giurisprudenza strumenti utili per la risoluzione delle controversie, con un'impostazione che, pur nella sua specificità, trova elementi di comunanza con altri ordinamenti giuridici[40].

Sempre con riferimento alla determinazione dell'importo assicurato, l'articolo 827 del Codice civile georgiano disciplina due distinti aspetti giuridici: da un lato, il caso in cui l'importo assicurato risulti inferiore al valore assicurato al momento del verificarsi dell'evento assicurato, configurando così una situazione di sottoassicurazione o assicurazione parziale; dall'altro, la fattispecie in cui lo stesso interesse venga assicurato presso più assicuratori, dando luogo a una doppia assicurazione[41].

Per quanto concerne la sottoassicurazione, la norma stabilisce che l'indennizzo dovuto dall'assicuratore sia calcolato proporzionalmente al rapporto tra l'importo assicurato e il valore assicurato. Tale criterio, enunciato al comma primo dell'articolo, rappresenta una regola speciale per la determinazione dell'indennizzo nei casi in cui l'importo assicurativo non copra interamente il valore economico del bene oggetto di assicurazione. L'articolo chiarisce, infatti, che l'importo dell'assicurazione può essere

[39] F. MOLITERNI, *Sub art. 1904*, in G. VOLPE PUTZOLU (ed.), *Commentario breve al diritto delle assicurazioni*, Padova, 2010, p. 69.

[40] A. DE GREGORIO & G. FANELLI, *Il contratto di assicurazione*, cit., p. 123. Per una tesi contraria si veda. A. GAMBINO, *Le assicurazioni del profitto sperato o della perdita del beneficio: valore a nuovo, valore forfettario e il principio indennitario*, ASSICURAZIONI, 1966, I, p. 72. Con l'espressione "guadagno sperato" si intende l'aspettativa ragionevole di ottenere utilità economiche che l'assicurato avrebbe conseguito con certezza in assenza del danno subito (G. FANELLI, *Le assicurazioni*, Milano, 1973, p. 158). Un esempio tipico di guadagno sperato è rappresentato dai canoni di locazione che il proprietario perde (lucro cessante) a causa della distruzione o del danneggiamento di un immobile già affittato. Tuttavia, la copertura assicurativa per il guadagno sperato può operare solo se espressamente prevista nel contratto tramite una garanzia accessoria specifica (A. DONATI & G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni private*, Milano, 2006, p. 166). atta eccezione per l'assicurazione dei "prodotti del suolo" (cfr. art. 1908, comma 3), il Decreto Legislativo n. 175 del 1995, relativo all'assicurazione contro i danni, include tra le sue attività le perdite pecuniarie di varia natura, offrendo la possibilità di una garanzia autonoma per specifici casi di guadagno sperato, come il lucro cessante e l'insufficienza di reddito. (G. SCALFI, *Assicurazione (Contratto di)*, Torino, 1991, p. 202).

[41] K. IREMASHVILI, *Art. 827*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. L'articolo 827 prevede la corretta determinazione dell'indennizzo assicurativo, garantendo che esso sia equo, e promuove l'instaurazione di rapporti contrattuali improntati alla buona fede tra le parti. La sistemazione delle norme richiede che: il comma I venga inserito nel contesto delle disposizioni che disciplinano l'importo dell'assicurazione, mentre i commi II e III debbano essere collocati accanto alle disposizioni che regolano i meccanismi di prevenzione dell'arricchimento senza causa, in particolare nell'ambito dell'assicurazione della proprietà. In questo modo, l'articolo 827 concorre a bilanciare le esigenze di equità tra le parti e a evitare che si verifichino situazioni in cui una delle parti possa trarre ingiustificati vantaggi dalla relazione assicurativa. *Ibid*.

ISSN 2036-7821

determinato in misura inferiore al valore economico del bene assicurato e, in tal caso, il legislatore interviene con una disciplina che garantisce un equo bilanciamento tra le parti contrattuali[42].

Con riguardo alla doppia assicurazione, invece, il secondo comma dell'articolo 827 precisa che l'assicurazione dello stesso interesse presso più assicuratori non crea, di per sé, un rischio di arricchimento senza causa, che il legislatore intende prevenire attraverso tale normativa. La norma individua, quale elemento essenziale per configurare la doppia assicurazione, l'assicurazione di uno stesso interesse contro il medesimo rischio presso più soggetti assicurativi.

Al pari della disciplina italiana, l'articolo impone al contraente un preciso obbligo informativo in caso di doppia assicurazione. È infatti previsto che, qualora una persona decida di assicurare il medesimo interesse presso diversi assicuratori, essa sia tenuta a darne tempestiva comunicazione a ciascun assicuratore, indicando l'identità di tutti i soggetti coinvolti e i relativi importi assicurativi[43].

Questa articolata disciplina evidenzia l'intento del legislatore georgiano di regolare in modo equilibrato i rapporti assicurativi, evitando sia situazioni di ingiustificato arricchimento sia l'inosservanza dei principi di trasparenza e correttezza che informano il diritto delle assicurazioni.

Se la disciplina italiana non contempla una norma specifica che preveda la nullità della doppia assicurazione o coassicurazione, l'ordinamento georgiano introduce tale previsione espressamente all'articolo 828 del Codice civile. Tale disposizione prevede che se l'assicurato stipula una doppia assicurazione al fine di ottenere un guadagno illecito, ogni contratto concluso a tale scopo sarà considerato nullo.

Tale disposizione, dunque, delinea chiaramente le conseguenze giuridiche di un contratto, o di una pluralità di contratti, di doppia assicurazione stipulati con l'intento di conseguire un arricchimento indebito. La finalità di prevenire l'arricchimento senza causa nell'ambito dell'assicurazione dei beni immobili trova espressione in diverse disposizioni del Codice civile georgiano[44].

---

[42] *Ibid*. È altresì fondamentale che la situazione specifica contemplata dalla norma – ossia il rapporto tra l'importo assicurativo e il valore assicurato – sia effettivamente presente al momento del verificarsi dell'evento assicurato.

[43] *Ibid*. Tale informazione rientra nella categoria delle informazioni essenziali ed è di fondamentale importanza per l'assicuratore esserne a conoscenza. La norma, inoltre, stabilisce con chiarezza il contenuto della comunicazione che il contraente deve fornire all'assicuratore, precisando che quest'ultimo deve essere informato sull'identità degli altri assicuratori e sull'importo assicurato per ciascuna polizza.

[44] *Ibid*. In alcuni casi, il legislatore prevede esplicitamente la nullità contrattuale come conseguenza giuridica, imponendo alle parti l'obbligo di agire in buona fede. Questo approccio normativo sottolinea l'importanza della tutela del principio di equità contrattuale e della prevenzione di comportamenti fraudolenti. Nel diritto georgiano, l'onere della prova in tali circostanze ricade sull'assicuratore, il quale deve dimostrare l'esistenza di un profitto illecito ottenuto dal contraente in relazione a uno o più contratti. L'attuazione di questo obbligo, nella

ISSN 2036-7821

Un ulteriore aspetto rilevante riguarda l'interpretazione giurisprudenziale della colpa grave – art. 829. Nella prassi giudiziaria georgiana, il concetto di colpa grave assume un ruolo determinante nel rafforzare il requisito di prudenza a carico del contraente, soprattutto in relazione all'interesse assicurabile[45].

L'analisi delle circostanze di fatto nei singoli casi può rendere complessa la determinazione del grado di negligenza, sollevando questioni interpretative sulla configurabilità della colpa grave[46].

Tale valutazione risulta problematica anche per la necessità di accertare la proporzione tra la gravità della violazione e il livello di negligenza, ai fini dell'applicazione della norma.

Dal punto di vista delle conseguenze giuridiche, l'articolo 829 prevede che, in caso di dolo o colpa grave, l'assicuratore sia esonerato dall'obbligo di risarcimento. Tale disposizione, oltre a stabilire un limite alla responsabilità dell'assicuratore, rappresenta un ulteriore elemento di garanzia del diritto dell'assicurato, confermando l'impostazione rigorosa e coerente del legislatore georgiano in materia di assicurazioni[47].

L'assicurato dispone anche, ex art. 831, della facoltà di stipulare una copertura assicurativa per i danni derivanti da eventi di forza maggiore. Con tale previsione, il legislatore introduce una deroga alla regola generale del diritto civile in materia di

---

pratica, può presentare notevoli difficoltà, poiché richiede un'accurata e complessa verifica delle intenzioni e delle azioni del contraente, nonché la raccolta di prove adeguate per supportare la tesi dell'illecito.

[45] K. IREMASHVILI, *Art. 829*, cit. Emblematico è il caso deciso dalla Corte Suprema in una controversia relativa all'assicurazione auto, in cui l'attore richiedeva il risarcimento per il furto del veicolo assicurato. La compagnia assicurativa, opponendosi, ha sostenuto che l'assicurato avesse violato i termini contrattuali, contribuendo con colpa grave al verificarsi del sinistro. Si veda la sentenza della Corte Suprema della Georgia del 23 dicembre 2008, n. AS-681-902-2008, che ha trattato un caso in cui, dalle circostanze fattuali, emergeva che l'autovettura oggetto del sinistro era stata affidata a una persona non autorizzata (un lavamacchine). Quest'ultimo aveva parcheggiato il veicolo davanti all'autolavaggio alle ore 9 del mattino, appendendo le chiavi a un muro. Quando il conducente autorizzato si recò sul posto alle ore 11, il veicolo e le chiavi non erano più presenti. Il tribunale accolse la difesa della compagnia assicurativa, ritenendo che l'evento assicurativo fosse stato causato da un comportamento negligente da parte del contraente. Secondo la sentenza, il conducente autorizzato aveva violato gli obblighi di diligenza, aumentando significativamente il rischio di verificarsi dell'evento assicurato, affidando le chiavi a una persona non autorizzata. Questo caso evidenzia come la violazione delle condizioni di diligenza previste dal contratto possa influire sull'esito della richiesta di risarcimento.

[46] K. IREMASHVILI, *Art. 829*, cit. Un esempio significativo è fornito dalla Corte Suprema della Georgia, che, in una delle sue pronunce, facendo riferimento a una decisione della Corte Suprema Federale tedesca, chiarisce che la colpa grave si configura quando, in determinate situazioni e circostanze, ci si aspetta da un soggetto un comportamento conforme al principio di buona fede, evidente a chiunque. Nonostante ciò, il soggetto omette di agire secondo tale principio in modo palesemente grave, non prevedendone le conseguenze e violandolo in maniera manifesta. A differenza della colpa lieve, la colpa grave costituisce un errore imperdonabile anche da un punto di vista soggettivo, in quanto il comportamento negligente è talmente evidente che non si giustifica in alcun modo. Questo concetto implica una violazione della diligenza che va oltre la semplice negligenza, configurandosi come una mancanza di attenzione grave e inaccettabile rispetto agli obblighi stabiliti.

[47] *Ibid*. Si veda anche, per un approfondimento ulteriore sul punto A. BORRONI, *Art. 799*, cit., p. 7 ss.

ISSN 2036-7821

forza maggiore, consentendo ai soggetti di diritto privato di ottenere un risarcimento per i danni subiti a causa di eventi straordinari e imprevedibili[48].

Tra gli elementi imprescindibili di questa disciplina, è richiesto che le parti del contratto assicurativo specifichino espressamente, in forma scritta, l'obbligo dell'assicuratore di coprire tali danni. In assenza di un accordo scritto e inequivocabile, i danni provocati da forza maggiore non possono essere oggetto di risarcimento[49].

Nell'eventualità di controversie, il compito del giudice consisterà nell'accertare sia gli eventi verificatisi sia l'esistenza di un nesso causale tra di essi. L'individuazione del nesso di causalità rappresenta, inoltre, un'applicazione cruciale dello standard giuridico corretto nella risoluzione delle dispute in materia assicurativa[50].

4.1. L'istituto della surrogazione.

Il diritto georgiano, all'articolo 832, propone anche una forma giuridica di rinuncia alla richiesta, comunemente identificata, nel diritto assicurativo, come surrogazione.

[48] K. IREMASHVILI, *Art. 831*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. La forza maggiore si manifesta nelle forme classiche dei casi assicurativi. Tuttavia, vi è una differenza significativa nel grado e nella portata dei danni causati da altre tipologie di rischi. Uno degli esempi più emblematici della concretizzazione di rischi catastrofici è rappresentato dall'attacco terroristico verificatosi negli Stati Uniti d'America l'11 settembre 2001. *Ibid*.

[49] K. KOCHASHVILI, *Liability without Fault – an Exception to the General Rule of Private Law*, cit., pp. 60-61. In termini pratici di copertura assicurativa ed esclusioni, risulta fondamentale redigere le condizioni in modo inequivocabile e dettagliato. In numerose circostanze, la forza maggiore si manifesta sotto forma di eventi naturali. In tali ipotesi, assume particolare rilevanza la determinazione del nesso di causalità.

[50] Si veda A. BORRONI, *Art. 799*, cit., 12 ss. In termini di separazione delle cause, le cosiddette regole di Bruener (la "regola dell'ultima causa diretta" di Bruener) e di Franklin (la "regola di Franklin") sono emerse per rispondere alla necessità di trattare le cause dell'evento assicurato, in particolare nei periodi di abbondanza, come spesso accade con la forza maggiore. Rifacendosi alla regola di Bruener, le parti concordano sull'obiettivo che ha causato la perdita, attribuendo importanza decisiva alla causa. Nel caso in esame, l'applicazione della regola di Bruener ha impedito la soddisfazione della richiesta da parte del contraente, poiché la causa ultima del danno — l'alluvione — non era coperta dalla polizza assicurativa. In questo caso, si privilegia la causa più recente, ovvero l'ultima causa diretta, per determinare la responsabilità e la copertura assicurativa, escludendo altre cause potenzialmente concorrenti. La regola di Franklin, al contrario, in presenza di una molteplicità di cause concorrenti, consente un'interpretazione più ampia da parte del giudice. Il giudice, infatti, prende in considerazione le aspettative di buona fede delle parti in una singola catena causale, attribuendo significato decisivo a una causa specifica. In tale caso, si è meno rigidi nel determinare quale sia l'ultima causa, e si permette una valutazione più flessibile dei fattori che hanno contribuito all'evento. Dal punto di vista pratico, l'utilizzo della regola di Bruener risulta più conveniente, poiché facendo riferimento all'ultima causa, si esclude la necessità di un intervento giudiziale approfondito. Questo approccio permette di risarcire i danni più rapidamente, risparmiando così anche sui costi legali. Tuttavia, nel caso di un contratto con un contraente non partecipe (contratto di adesione), come accennato in precedenza, i critici della decisione sottolineano l'importanza di tutelare la parte più debole tramite l'intervento del giudice. In tal caso, si ritiene che sia nell'interesse del contraente avere una spiegazione più approfondita, affinché non sia svantaggiato da una decisione che potrebbe non tenere adeguatamente conto delle sue aspettative e del principio di buona fede. K. IREMASHVILI, *Art. 831*, cit. Si veda anche, L. B. SQUIRES, *Recent Development: Autopsy of a Plain English Insurance Contract: Can Plain English Survive Proximate Cause?*, WASH. L. REV., 1983, p. 570 ss.

ISSN 2036-7821

Tale norma disciplina la facoltà dell'assicuratore, una volta indennizzato l'assicurato per i danni subiti, di subentrare nella posizione del danneggiato rispetto ai diritti risarcitori vantati nei confronti del responsabile del danno. Questa previsione è volta a garantire la tutela dell'interesse personale del danneggiato, senza compromettere l'equilibrio giuridico del rapporto e prevenendo l'arricchimento senza causa[51].

Con l'istituto della surrogazione, a parità di obbligazione giuridica all'interno del rapporto assicurativo, la posizione di un soggetto (assicurato) viene assunta da un altro (assicuratore). Secondo l'interpretazione fornita dalla giurisprudenza, l'applicazione del principio della sostituzione del creditore nell'ambito dell'assicurazione contro i danni risponde alla finalità di evitare ingiusti arricchimenti, sia a favore dell'assicurato sia a vantaggio di terzi[52].

L'articolo 832, comma 1, individua alcune condizioni essenziali per l'esercizio del diritto di surrogazione da parte dell'assicuratore. Innanzitutto, il risarcimento del danno a favore dell'assicurato deve essere stato preventivamente corrisposto dall'assicuratore. Solo in presenza di tale presupposto, il diritto risarcitorio si trasferisce all'assicuratore, il quale potrà agire contro il terzo responsabile per ottenere il ristoro dei danni subiti. Inoltre, l'assicuratore ha facoltà di esigere dal terzo l'adempimento per l'importo che egli stesso ha corrisposto in favore dell'assicurato. In difetto di tale possibilità, si configurerebbe un rischio di arricchimento senza causa a danno dell'assicuratore stesso[53].

Occorre, comunque, evidenziare che questa seconda condizione, pur non risultando espressamente enunciata dalla norma in esame, trova fondamento nei principi

[51] La sentenza della Corte Suprema della Georgia del 5 settembre 2012, # AS-581-549-2011, evidenzia il principio di "surrogazione", che consente all'assicuratore di subentrare nel diritto di esigere dal contraente la responsabilità per il danno. Secondo la norma menzionata, l'assicuratore ha la possibilità di rivalersi sul contraente per il risarcimento dei danni pagati, un concetto che trova riscontro anche nel diritto italiano. Nel sistema giuridico italiano, l'articolo 1916 del Codice civile stabilisce che l'assicuratore, una volta risarcito il danno all'assicurato, assume la posizione di quest'ultimo nei confronti del terzo responsabile. In pratica, ciò significa che l'assicuratore può esercitare gli stessi diritti e vantaggi dell'assicurato, inclusi gli oneri di prova e le presunzioni di colpa, nonché le eccezioni che potrebbero essere opponibili all'assicurato. La surrogazione, in Italia, nasce attraverso un accordo convenzionale tra l'assicurato e l'assicuratore, in cui l'assicurato cede i diritti vantati nei confronti dei terzi responsabili per un danno coperto dalla polizza assicurativa. In modo analogo, nella giurisprudenza georgiana, il principio di surrogazione consente all'assicuratore di esercitare il diritto di rivalsa, rafforzando la posizione dell'assicuratore nella gestione dei diritti legati al risarcimento dei danni. Sul punto si vedano M. TURCI, *La surroga dell'assicuratore ex art. 1916 c.c.: "terzi responsabili" e "terzi obbligati"*, DIR. CIV. CONT., 2017; S. LANDINI, *Il contratto di assicurazione*, in V. ROPPO & A. M. BENEDETTI (diretto da), *Trattato dei contratti*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 547 ss; R. CALVO, *Il contratto di assicurazione*, in M. FRANZONI (a cura di), *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 141 ss.

[52] Sentenza della Corte Suprema della Georgia del 17 febbraio 2012, # AS-663-624-2011.

[53] In giurisprudenza, si veda *Yorkshire Insurance Co. Ltd v. Nisbet Shipping Co.Ltd.*, 1961.

ISSN 2036-7821

generali della dottrina della surrogazione, che mira a scongiurare sia l'arricchimento ingiusto dell'assicuratore sia ogni violazione dell'ordine pubblico[54].

Ulteriore disposizione di rilievo è contenuta nel comma 2 dell'articolo 832. La norma prevede che, qualora l'assicurato rinunci a far valere il proprio diritto nei confronti del terzo responsabile, il medesimo è esonerato dall'obbligo di risarcire l'assicurato per i danni subiti, limitatamente all'importo che l'assicuratore avrebbe potuto ottenere dal terzo attraverso l'esercizio del diritto. Tale previsione è diretta a tutelare l'interesse dell'assicuratore, evitando che l'inerzia o la rinuncia del danneggiato possano pregiudicare i diritti di surrogazione già maturati[55].

Va sottolineato come parte della dottrina ponga l'attenzione sul divieto di surrogazione stabilito dal comma 2 dell'articolo 832, il quale esclude il trasferimento del diritto risarcitorio qualora il danneggiante sia un familiare convivente dell'assicurato. La *ratio* di tale esclusione risiede nella tutela dei rapporti familiari e nell'impedire che situazioni di conflitto interno siano strumentalizzate per finalità estranee all'equilibrio del contratto assicurativo[56].

In particolare, si osserva che, in virtù del principio della colpa grave – già richiamato ex art. 829 del Codice georgiano – l'intenzionalità di un familiare convivente nel cagionare il danno equivale, agli effetti giuridici, a una condotta dolosa dell'assicurato stesso. Conseguentemente, l'assicuratore è liberato dall'obbligo di indennizzo, e, in assenza di tale obbligo, non sussistono i presupposti per l'applicazione della surrogazione, con conseguente esclusione del trasferimento del diritto risarcitorio[57].

5. La vendita dei beni assicurati.

Con riferimento all'alienazione di beni assicurati, l'art. 833 del Codice civile georgiano prevede che, in caso di trasferimento della proprietà di tali beni, i diritti e gli obblighi del contraente si trasferiscono all'acquirente. Sebbene la cessione del bene comporti il trasferimento dei diritti e doveri derivanti dal contratto di assicurazione, la prosecuzione del rapporto contrattuale tra l'acquirente e l'assicuratore è subordinata al rispetto di determinati presupposti, che il legislatore

[54] K. IREMASHVILI, *Art. 832*, cit. Teoricamente, in assenza di una pretesa accertata, potrebbero emergere situazioni problematiche, quali la possibilità per l'assicuratore di agire intenzionalmente in danno dell'oggetto assicurato, al fine di trarre un vantaggio indebito. Per la dottrina dell'interesse assicurabile si rimanda a A. BORRONI, *Art. 799*, cit.

[55] *Ibid*.

[56] M. TSISKADZE, *Commentary on the Civil Code, Art. 832*, Book IV, Volume II, 2001, p. 15 ss.

[57] K. IREMASHVILI, *Art. 832*, cit.

ISSN 2036-7821

ha definito con l'intento di bilanciare gli interessi delle parti coinvolte e garantire la continuità della protezione assicurativa[58].

Il contratto di assicurazione, in linea di principio, non limita il contraente nell'esercizio delle facoltà connesse alla proprietà del bene. Il diritto di alienare il bene assicurato rientra nell'ambito delle prerogative che spettano al proprietario, poiché l'autonomia privata è tutelata dall'ordinamento giuridico. In questo contesto, l'alienazione del bene assicurato può essere considerata una delle espressioni più tangibili di tale autonomia. Infatti, la possibilità di trasferire la proprietà anche durante la vigenza del contratto assicurativo consente al proprietario di decidere liberamente del destino giuridico del proprio bene, pur rimanendo vincolato alle condizioni stabilite nel contratto di assicurazione[59].

È fondamentale che l'acquirente sia tempestivamente informato dell'esistenza di un contratto di assicurazione sul bene oggetto della compravendita. In proposito, sebbene la normativa in materia di alienazione non preveda espressamente un obbligo di comunicazione specifico per il bene assicurato, tale obbligo può essere implicitamente desunto dal principio di buona fede che guida i rapporti di diritto civile. La buona fede, infatti, implica che una parte non possa trarre vantaggio dalla propria omessa comunicazione, che potrebbe danneggiare l'altra. Se l'assicurato non comunica tempestivamente all'acquirente l'esistenza del contratto assicurativo, l'acquirente potrebbe trovarsi in una situazione di incertezza e rischio, in quanto non avrebbe la garanzia che il bene continui a essere protetto in caso di sinistro. Il principio di buona fede, quindi, implica un dovere di informazione che, se non rispettato, potrebbe compromettere la validità e l'efficacia dell'accordo tra le parti[60].

---

[58] K. IREMASHVILI, *Art. 833*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. I requisiti menzionati sono indicati nell'articolo 834. Pertanto, l'articolo 833 deve essere interpretato in connessione con l'articolo 834. Dal punto di vista della regolamentazione legislativa, sarebbe preferibile prevedere che le norme degli articoli 833 e 834 siano presentate in un unico articolo.

[59] *Ibid*. Da un punto di vista pratico, la presenza di una copertura assicurativa al momento del trasferimento della proprietà rappresenta un valore aggiunto per l'acquirente. Infatti, l'assicurato, pur avendo alienato il bene, conserva la sicurezza di essere tutelato fino al trasferimento dei diritti all'acquirente. Questo scenario si differenzia da quello che riguarda la cessione di beni gravati da altri vincoli, come nel caso di pignoramenti, dove l'acquirente potrebbe non godere immediatamente della protezione giuridica, rischiando di non ottenere la stessa sicurezza. A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, cit., p. 433. Tuttavia, nonostante l'assicurazione resti in vigore, l'acquirente potrebbe decidere di non proseguire con la polizza. In tal caso, l'autonomia della sua volontà si manifesta nel fatto che egli prende una decisione indipendente riguardo alla continuazione dell'assicurazione. La scelta dell'acquirente può essere influenzata da vari fattori, tra cui: il tipo specifico di assicurazione, la reputazione commerciale della compagnia, l'importo del premio, l'estensione della copertura assicurativa, il criterio di determinazione dell'indennizzo assicurativo e altre considerazioni legate alla sua valutazione delle condizioni contrattuali.

[60] K. IREMASHVILI, *Art. 834*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. In effetti, l'articolo 834 prescrive l'obbligo di notificare all'assicuratore l'alienazione del bene e stabilisce le conseguenze giuridiche in caso di violazione di tale obbligo. La norma presenta due aspetti fondamentali: l'individuazione del destinatario dell'obbligo di notifica, il momento in cui la comunicazione deve avvenire, e le conseguenze giuridiche derivanti dalla sua

ISSN 2036-7821

L'articolo in esame stabilisce termini precisi e stringenti per l'adempimento dell'obbligo di notifica da parte del cedente. Nonostante la norma imponga un termine rigoroso, resta comunque la possibilità di una valutazione caso per caso riguardo alla tempestività dell'adempimento stesso. È essenziale, infatti, che il termine di notifica venga fissato in modo da permettere una protezione immediata dell'assicuratore. Ciò significa che l'assicuratore non può essere esposto al rischio di dover risarcire danni senza avere il tempo necessario per aggiornarsi circa la situazione giuridica del bene. L'obiettivo della norma è bilanciare la necessità di una protezione tempestiva da parte dell'assicuratore con i diritti dell'acquirente e la libertà del cedente di disporre del bene. La notifica deve quindi essere fatta in tempo utile affinché l'assicuratore possa prendere una decisione informata in merito alla continuità del contratto e alla possibilità di risarcire eventuali danni[61].

Un altro aspetto importante è il rischio che grava sull'assicuratore per un evento dannoso antecedente alla comunicazione. La legge stabilisce che il rischio del sinistro che possa verificarsi entro la prima settimana dopo la cessione del bene sia interamente a carico dell'assicuratore, in quanto il cedente ha adempiuto a un

violazione. Per quanto riguarda il destinatario dell'obbligo di notifica, la norma utilizza la formulazione "l'assicuratore deve essere informato", il che implica che tale obbligo non si applica esclusivamente al contraente della polizza. Questo suggerisce che, in teoria, anche l'acquirente o il cedente potrebbero essere coinvolti nell'obbligo di informare l'assicuratore, estendendo la responsabilità al di là del solo contraente originario. In merito alla violazione dell'obbligo di notifica, la norma recita "se l'acquirente o il cedente non ha notificato l'assicuratore", indicando chiaramente che la responsabilità di notificare l'alienazione del bene ricade sul cedente o sul contraente originario. La sola alienazione del bene non comporta automaticamente la cessazione del contratto assicurativo, poiché la sua continuazione dipende dal rapporto contrattuale tra il contraente e l'assicuratore. Pertanto, il cedente è tenuto a informare l'assicuratore, e tale obbligo discende anche da un'interpretazione estensiva dell'articolo 813, il quale stabilisce che il contraente deve notificare qualsiasi variazione che incida sul rischio assicurato, non solo eventuali aggravamenti. Dal punto di vista pratico, l'individuazione precisa del destinatario dell'obbligo di notifica assume particolare rilevanza, soprattutto nel caso in cui l'assicuratore rifiuti il risarcimento per violazione di tale obbligo. Il principio di buona fede impone al cedente di considerare gli interessi dell'acquirente, il quale potrebbe avere l'intenzione di proseguire il contratto assicurativo. Pertanto, il cedente non deve ostacolare l'assicuratore nell'adempimento del proprio obbligo di pagamento dell'indennizzo e deve assicurarsi che tutte le informazioni necessarie per la corretta gestione della polizza siano tempestivamente comunicate. *Ibid*.

[61] La violazione dell'obbligo di notifica stabilito dall'articolo 833 comporta effetti giuridici significativi, soprattutto per quanto riguarda il risarcimento del danno subito dal bene assicurato. La norma stabilisce che, in caso di mancata comunicazione tempestiva da parte del contraente o del cedente riguardo l'alienazione del bene, l'assicuratore può essere liberato dall'obbligo di risarcire il danno. In particolare, se il sinistro si verifica entro due settimane dalla ricezione della notifica, l'assicuratore non sarà obbligato a risarcire il danno subito dal bene ceduto. Questo periodo di due settimane rappresenta una sorta di "finestra temporale" entro la quale l'assicuratore ha l'opportunità di prendere le necessarie decisioni in merito alla continuazione della copertura assicurativa e di valutare correttamente la situazione del bene. La norma tutela l'assicuratore, garantendo che egli riceva le informazioni complete e tempestive per poter eseguire una valutazione accurata del rischio e, di conseguenza, per decidere se continuare a garantire la copertura o meno.

ISSN 2036-7821

obbligo di comunicazione non tempestivo. La tempestività della notifica, dunque, ha un ruolo cruciale nella determinazione della validità dell'obbligo di risarcimento[62].

Con riferimento alle conseguenze giuridiche derivanti dalla cessione del bene assicurato in relazione alla sorte del contratto di assicurazione, l'articolo 835 del Codice civile georgiano prevede, in seguito alla cessione, la facoltà di risolvere il contratto sia per l'assicuratore che per l'acquirente. Tuttavia, la risoluzione da parte dell'assicuratore è subordinata ad alcune circostanze particolari tra cui, *in primis*, la situazione giuridica dell'acquirente. Se l'acquirente risultasse "inaccettabile" per l'assicuratore, per esempio per motivi legati alla sua solvibilità o alla sua reputazione, l'assicuratore potrebbe decidere di non continuare la copertura. Tale possibilità di risoluzione, tuttavia, non è automatica: l'assicuratore dovrà sempre valutare l'impatto del nuovo contraente e decidere se continuare la polizza assicurativa sulla base di elementi che riguardano la situazione dell'acquirente e le sue caratteristiche giuridiche ed economiche[63].

In ogni caso, l'assicuratore può recedere dal contratto qualora ritenga che la prosecuzione del rapporto contrattuale non sia più conveniente. Il legislatore ha stabilito un termine di un mese per l'esercizio di tale diritto. Decorso tale termine, l'assicuratore decade dalla possibilità di avvalersi della facoltà di risoluzione prevista dall'articolo 835, comma 1[64].

---

[62] La Decisione della Corte d'Appello di Tbilisi n. 2b/78-12 del 29 marzo 2012 offre un'importante interpretazione in merito all'applicazione degli articoli 833 e 834 del Codice Civile georgiano, in relazione all'alienazione del bene assicurato e all'obbligo di notifica dell'assicuratore. Nel caso in esame, uno dei convenuti aveva cercato di equiparare la fusione tra due società con l'alienazione di un bene, sostenendo che non vi fosse l'obbligo di notificare l'assicuratore riguardo al cambiamento di proprietà derivante dalla fusione. Tuttavia, la Corte d'Appello ha respinto tale argomentazione, sottolineando che l'articolo 833, che regola le conseguenze dell'alienazione, e l'articolo 834, che impone l'obbligo di notifica, non devono essere interpretati in modo rigido e letterale. La Corte ha chiarito che l'interpretazione della legge non deve limitarsi al dato letterale, ma deve riflettere l'intento di garantire equità tra le parti e di tutelare i diritti di entrambe. In questo caso, l'articolo 833, pur trattando dell'alienazione, deve essere interpretato in modo tale da consentire la successione dei diritti nei rapporti assicurativi, anche in situazioni non direttamente previste dalla norma, come nel caso della fusione societaria. Pertanto, la Corte ha riconosciuto che, in caso di fusione, vi è comunque un cambiamento nella proprietà o nella struttura giuridica dell'impresa, che può influire sul contratto assicurativo. Di conseguenza, l'obbligo di notifica previsto dall'articolo 834 si applica anche in tali contesti, in quanto si tratta di una successione nei diritti contrattuali che deve essere adeguatamente comunicata all'assicuratore. Sul punto sia consentito il riferimento a A. RUSSO, *Insurance against damages (Arts. 820 – 843)*, cit., pp. 436-437.

[63] K. IREMASHVILI, *Art. 835*, in *Online Commentary on the Civil Code*, cit. Ciò vale soprattutto nel caso di beni immobili, dove la posizione dell'acquirente ha un impatto diretto sulla gestione del contratto.

[64] *Ibid*. Il desiderio di recedere dal contratto da parte dell'acquirente, come giustamente sottolineato, può essere influenzato da molteplici fattori, specialmente quando egli si trova di fronte a un contratto stipulato unilateralmente, dove le condizioni sono già state definite dal cedente e non vi è una vera e propria negoziazione. L'acquirente, quindi, si trova vincolato ai termini del contratto, ma la possibilità di esercitare un diritto di recesso è legata alla disponibilità di informazioni complete e trasparenti sull'assicurazione del bene acquistato. L'importanza di ricevere dettagli riguardo alla polizza assicurativa assume un ruolo centrale nella decisione dell'acquirente. Un'informazione incompleta o inaccurata potrebbe spingerlo a risolvere il contratto, qualora

ISSN 2036-7821

Per quanto riguarda l'acquirente, il contratto può essere risolto esclusivamente in via immediata o al termine del periodo assicurativo in corso. L'articolo 835, comma 2, prevede un termine di un mese per l'esercizio del diritto di recesso, analogo a quello concesso all'assicuratore. Tuttavia, se l'acquirente non esercita tale diritto entro un mese dalla data di acquisto, esso si intende decaduto. Si rileva un'incongruenza nella disciplina normativa: da un lato, la norma impone stringenti limitazioni all'acquirente, consentendo la risoluzione solo immediatamente o al termine del periodo assicurativo in corso; dall'altro, essa riconosce all'acquirente la possibilità di esercitare il recesso entro un mese dall'acquisto[65].

Nel diritto georgiano, qualora il contratto di assicurazione cessi a seguito dell'alienazione del bene, l'obbligo di pagamento del premio assicurativo rimane a carico del cedente fino alla data di cessazione del contratto. Questo significa che il cedente non è esonerato dal pagamento del premio assicurativo maturato fino a quel momento, ma non sarà tenuto a continuare il pagamento oltre quella data. L'acquirente, infatti, non ha alcun interesse a proseguire il contratto assicurativo, dal momento che può stipulare una nuova polizza per il bene acquistato, qualora lo desideri. L'importo del premio non può, comunque, eccedere quello dovuto per il periodo effettivo di copertura, escludendo qualsiasi ulteriore obbligo di pagamento. Tale previsione legislativa garantisce che l'acquirente non sia gravato dal pagamento

scopra che le condizioni di copertura non soddisfano le sue esigenze o che la compagnia di assicurazione non ispira la necessaria fiducia. La fiducia nei confronti dell'assicuratore gioca un ruolo fondamentale nella valutazione complessiva della convenienza del contratto, così come la chiarezza e l'equità dei termini di copertura. Fattori come la reputazione dell'assicuratore, la qualità del servizio offerto, la percezione della sua affidabilità e la chiarezza del contratto, tra cui l'estensione delle garanzie e i criteri di risarcimento, influenzano inevitabilmente la decisione dell'acquirente. Se, ad esempio, il contraente riscontra che i termini della polizza sono troppo restrittivi o che l'assicuratore ha un passato di controversie legali o di risarcimenti problematici, potrebbe decidere di recedere dal contratto. Inoltre, l'acquirente potrebbe non voler proseguire con l'assicurazione per motivi economici, come l'alto costo del premio o la mancanza di adeguate risorse per far fronte alle spese future. La risoluzione del contratto in questi casi potrebbe essere vista come un'opportunità per minimizzare i rischi finanziari associati al mantenimento della copertura assicurativa. La motivazione dietro la risoluzione del contratto, quindi, dipende fortemente dalla percezione dell'acquirente riguardo all'assicurazione e al valore complessivo del contratto. Se l'acquirente ritiene che le condizioni contrattuali non siano favorevoli o non soddisfano le sue esigenze, può decidere di non continuare con il contratto e cercare alternative più vantaggiose.

[65] *Ibid*. Il legislatore, stabilendo che il termine di un mese per la risoluzione del contratto decorra dal momento in cui l'acquirente prende conoscenza dell'assicurazione, riconosce l'importanza di garantire che l'acquirente possa esercitare il proprio diritto di recesso in modo consapevole e tempestivo. Se l'acquirente non era inizialmente a conoscenza dell'esistenza della polizza assicurativa o dei termini specifici in essa contenuti, il legislatore cerca di evitare che l'acquirente venga svantaggiato da un'informazione incompleta o tardiva. Il termine di un mese decorre solo dal momento in cui l'acquirente ha accesso alle informazioni necessarie per valutare adeguatamente la situazione e prendere una decisione informata sulla risoluzione del contratto.

ISSN 2036-7821

del premio, essendo il cedente responsabile per il periodo di tempo in cui il bene era ancora sotto la sua proprietà[66].

6. Riflessioni conclusive.

Le trasformazioni subite dal sistema assicurativo georgiano evidenziano il complesso rapporto tra diritto, economia e prassi giurisprudenziale. L'evoluzione dalla centralizzazione statale alla logica di mercato ha comportato un necessario adattamento normativo, tuttavia non privo di criticità[67]. Se, da un lato, l'adozione di principi di *civil law* ha permesso una maggiore razionalizzazione della disciplina assicurativa, dall'altro lato emergono significative difficoltà interpretative e applicative, specialmente riguardo al concetto di danno e al principio di indennizzo[68].

Il concetto di danno riveste un ruolo centrale nei contratti assicurativi, ma la sua interpretazione nel diritto georgiano risulta ancora ambigua e frammentata. La determinazione del danno e la sua quantificazione restano questioni aperte, che necessitano di un maggiore contributo da parte dei giudici e degli studiosi del diritto. In questo contesto, un rafforzamento del dialogo tra la dottrina giuridica e la giurisprudenza, nonché un riferimento più puntuale alla dottrina e alla giurisprudenza degli ordinamenti giuridici presi come "modello – su tutti quello tedesco[69] – potrebbero favorire una più coerente applicazione del diritto assicurativo.

L'adesione della Georgia all'Unione Europea, poi, rappresenta un ulteriore banco di prova per il sistema assicurativo nazionale. L'armonizzazione normativa imposta dall'integrazione europea non si limita a un mero recepimento di standard tecnici, ma implica un ripensamento della tutela giuridica delle parti contrattuali più deboli.

In questo contesto, la chiarezza nella definizione del danno e nei criteri di indennizzo diventa un elemento cruciale per garantire un'effettiva protezione degli assicurati e delle imprese. L'adozione di *best practices*, già consolidate nei Paesi membri, potrebbe contribuire a rafforzare la fiducia nel sistema assicurativo e a garantire una protezione più efficace dei consumatori e delle imprese.

---

[66] Per un approfondimento della disciplina georgiana su questo punto si rimanda a I. CASTELLUCCI, *Artt. 815-816*, in A. BORRONI (gen. ed.), *Commentary on Georgian Insurance Law*, cit., pp. 274-294.

[67] Per un riferimento sull'evoluzione storica in tale Paese si veda generalmente R. PACHULYYA & J. MESHYYA, *Questions Formation and Development Insurance system in Georgia*, in *Economic Theory & Law*, Kiev, 2015.

[68] Su tale punto, si veda ampiamente R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5a ed., Torino, 1992, p. 147 ss.

[69] Il riferimento ad alcune disposizioni del *Versicherungsvertragsgesetz* (VVG – i.e. *German Insurance Act*)) rappresenta un punto di forza, poiché fornisce regole generali applicabili anche oltre i confini tedeschi. In tema si rimanda a S. PERNER, W. SCHNEPP, A. STAUDINGER *et al.*, *Band 3 §§ 74-99 VVG, Volume 3: §§ 74–99 Insurance Contract Act*, 2020; C. DAGEFÖRDE, in *Münchner Kommentar zum VVG*, 1st edition, 2010; M. NUGEL, *Das neue VVG – Quotenbildung bei der Leistungskürzung wegen grober Fahrlässigkeit*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2007.

ISSN 2036-7821

Tuttavia, per evitare un mero trapianto normativo privo di radici nella realtà georgiana, è necessario che il legislatore, gli operatori del settore e la comunità giuridica intraprendano un percorso di riflessione critica.

Solo attraverso un costante confronto tra teoria e prassi sarà possibile sviluppare un diritto delle assicurazioni che sia non solo conforme ai requisiti europei, ma anche adeguato alle specifiche esigenze economiche e sociali della Georgia. La sfida principale sarà dunque bilanciare l'influenza dei modelli giuridici stranieri con le peculiarità del sistema locale, per costruire un mercato assicurativo realmente efficiente e funzionale alla tutela del cittadino, con un concetto di danno ben definito e applicato in modo uniforme.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Considerazioni sull'assicurazione del rischio ambientale

di Laura Maccarrone

(Professoressa Associata di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Catania)

Sommario

1. La riparazione del danno ambientale. 2. Le "timide" sollecitazioni europee rispetto all'introduzione di garanzie finanziarie obbligatorie. 3. La posizione della Corte dei conti europea sul principio "chi inquina paga". 4. L'opzione dell'obbligo di assicurazione del rischio ambientale. Il fondamento costituzionale. 5. Contratto di assicurazione e trasferimento del rischio: chi inquina non paga. 6. Criticità del rapporto assicurativo e correttivi. 7. La partecipazione procedimentale dell'impresa assicuratrice. La necessaria sinergia tra gli attori in gioco.

Abstract

This paper examines the issue of insurance against environmental risks. The challenge of repairing environmental damage, as highlighted by the European Court of Auditors, highlights the need for new solutions. Compulsory insurance for potentially polluting companies can be a solution as it helps prevent insolvency and increases prevention standards. Furthermore, it finds a legal basis in Articles 9 and 41 of the Constitution.

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

ISSN 2036-7821

1. La riparazione del danno ambientale.

Il tema della tutela ambientale, pur avendo assunto da decenni un ruolo centrale, a livello globale e nelle politiche europee e nazionali, ha conosciuto un'evoluzione graduale, sia nella coscienza collettiva che in ambito giuridico[1]. Con riguardo all'ordinamento interno appare di particolare rilievo la recente modifica dell'articolo 9 e 41 della Costituzione, che, pur con pareri assai discordanti in dottrina[2], sancisce un rafforzamento della protezione ambientale. Questa accresciuta sensibilità si traduce, innanzitutto, in un'attenzione particolare alla prevenzione e in un'applicazione sempre più ampia del principio di precauzione, entrambi finalizzati a scongiurare potenziali danni all'ambiente. Ciò nella duplice consapevolezza che, da un lato, il danno ambientale non è sempre suscettibile di un efficace ripristino, per esempio in presenza di fenomeni di contaminazione diffusa dei suoli, dove l'attribuzione della responsabilità risulta particolarmente complessa; dall'altro, che le operazioni di ripristino possono rivelarsi estremamente onerose, rendendo spesso difficoltosa la loro effettiva realizzazione[3].

Giova in tal senso richiamare la disciplina unionale contenuta nella direttiva Europea 2004/35 sulla responsabilità ambientale (Environmental Liability Directive - ELD)[4], e ripresa dal Testo Unico dell'Ambiente, il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. ambiente) il cui art. 3-ter, richiamando le fonti di rango europeo, fissa i princípi regolatori dell'azione ambientale: della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché del principio "chi inquina paga"[5].

---

[1] Di recente, sull'evoluzione della tutela dell'ambiente e dei suoi principi, F. De Leonardis, *Lo stato ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato*, Torino, 2023; S. Grassi, *La tutela dell'ambiente nelle fonti internazionali, europee ed interne,* in federalismi.it, 13/2023; M. Cafagno, F. Fracchia, D. D'Orsogna, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in Diritto e processo amm., 2018, 713 ss. M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente,* in Riv. quadr. dir. ambiente 1-2/2012, 62 ss.; G. Montedoro, *Spunti per la "decostruzione" della nozione di sviluppo sostenibile*, in Amministrazione in cammino, 2009; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente. Come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

[2] V. oltre alla nota 23.

[3] Sul danno ambientale la letteratura è molto ampia. *Ex multis* G. D. Comporti, *Codice dell'ambiente e responsabilità ambientale, in Riv. quadr. Ambiente, 2022, 14 ss.;* U. Salanitro, *Il danno ambientale*, Roma, 2009; Il tema è altresì affrontato nei manuali di Diritto dell'ambiente e negli scritti di carattere generale, tra cui A. Crosetti, C. E. Gallo, S. Grassi, R. Ferrara, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, I *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano, 2014; B. Caravita, L. Cassetti, A. Morrone, *Diritto dell'ambiente,* Bologna, 2016; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021; P. Dell'anno, *Diritto dell'ambiente,* Padova, 2022.

[4] A sua volta fondata sull'articolo 191, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che recita: "La politica dell'Unione in materia ambientale […] è fondata sui princìpi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"".

[5] La Direttiva Europea 2004/35 costituisce a sua volta l'esito di un percorso che origina dal "Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente" presentato il 9 febbraio del 2000 dalla Commissione delle Comunità Europee. Esso presenta una prospettiva nuova, diversa rispetto ai precedenti documenti, incentrandosi in modo

ISSN 2036-7821

La disciplina vigente, di matrice europea, contenuta nel T.U. ambiente, è dunque primariamente orientata alla prevenzione del danno ambientale[6]. Qualora, tuttavia, il danno si dovesse verificare, è richiesto che il risarcimento avvenga, ove possibile, attraverso il ripristino dello stato dei luoghi e non invece attraverso la mera compensazione economica[7]. Questo approccio, che esplicita la preferenza per il risarcimento in forma specifica, subordinando a quest'ultimo quello per equivalente patrimoniale, si fonda sulla consapevolezza che l'ambiente possiede un valore intrinseco e che i danni ad esso causati non possono essere adeguatamente compensati con il pagamento di una somma di denaro. Tale concezione ne presuppone a sua volta un'altra, confermata dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza 22 luglio 2009, n. 225, ossia che l'ambiente va considerato un bene giuridico unitario, tutelato distintamente e autonomamente rispetto ad altri diritti, valori e interessi diffusi[8].

In questa prospettiva il ripristino consiste preferibilmente nella riparazione "primaria", che consente di riportare le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle o verso le condizioni originarie. Laddove ciò non fosse possibile si ripiega su forme alternative, ossia sulla riparazione "complementare" o "compensativa"[9]. Il risarcimento per equivalente assume, dunque, carattere meramente residuale,

particolare sul sistema di reazione al danno e sulle eventuali tecniche di ripartizione dei rischi. Sul tema G. Alpa, *Progetti comunitari sulla assicurazione del danno ambientale*, in Responsabilità civile e previdenza, 2001, 1089 ss. B. Pozzo, *Verso una responsabilità civile per danni all'ambiente in Europa: il nuovo Libro Bianco della Commissione delle Comunità europee*, in Riv. giur. ambiente, 2000, 623 ss.; U. Salanitro, *Il principio "chi inquina paga": responsibility e liability*, in Giornale dir. amm., I, 2020. Sul recepimento in Italia B. Pozzo, *La Direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia*, in Riv. giur. ambiente, 2010, 1 ss.

[6]Il danno ambientale, come definito dalla ELD, consiste in un'alterazione significativa e misurabile di una delle seguenti componenti ambientali: danno alle acque (qualsiasi deterioramento significativo dello stato ecologico, chimico o quantitativo delle acque interessate o del loro potenziale ecologico, in violazione della normativa UE sulla protezione delle acque); danno al suolo (qualsiasi contaminazione del suolo che comporti un rischio significativo per la salute umana a causa della diretta o indiretta introduzione di sostanze, preparati, organismi o microrganismi); danno alle specie e agli habitat naturali protetti (qualsiasi effetto negativo significativo sulla conservazione degli habitat naturali o delle specie protette ai sensi della normativa UE, che compromette il loro mantenimento in uno stato di conservazione favorevole). La direttiva, pertanto, si occupa esclusivamente dei danni all'ambiente in sé e non dei danni alla proprietà o alla persona.

[7]La responsabilità per danno ambientale assume, sotto questo profilo, una connotazione peculiare. Di regola, infatti, il risarcimento in forma specifica rappresenta un'eccezione, in quanto subordinato a due condizioni stabilite dall'articolo 2058 cc: deve essere almeno parzialmente possibile; non deve essere eccessivamente oneroso per il debitore. In assenza di tali presupposti il risarcimento avviene per equivalente.

[8] La decisione della Corte chiarisce l'ambito della competenza statale e regionale in materia ambientale, stabilendo la non derogabilità della disciplina statale contenuta nel T.U. ambiente in materia di VIA e VAS da parte delle Regioni. In chiave critica C. Ventimiglia, *La ''smaterializzazione'' dell'ambiente: la ''prevalenza'' statale offusca la leale collaborazione*, in Urbanistica e Appalti, 1/2010, 61 ss.

[9] La prima implica l'adozione di misure di riparazione in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati; b) la seconda consiste nel porre in essere azioni volte a compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo.

ISSN 2036-7821

trovando spazio solo quando il responsabile del danno ambientale non provveda, in tutto o in parte, al ripristino entro il termine stabilito, oppure qualora il ripristino risulti, anche solo parzialmente, impossibile. In tal caso il Ministro dell'ambiente, con ordinanza, ingiunge il pagamento di una somma pari al valore economico del danno accertato o residuato, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario[10].

Indipendentemente dalla modalità del risarcimento, esso risulta generalmente particolarmente oneroso[11]. A fronte di pregiudizi ambientali di elevata entità si palesa il rischio che il responsabile non sia in grado di far fronte al costo economico da essi derivante. L'entità delle spese, infatti, implica sovente che le imprese non siano in grado di completare, e talvolta di avviare, le attività richieste, ma, sull'altro versante, non è scontato che lo Stato o la Regione siano in grado nell'immediato di far fronte alle attività di ripristino[12]. A subirne le conseguenze sarà l'intera comunità, sia perché saranno necessari diversi anni prima che lo Stato possa destinare risorse adeguate, sia perché l'onere finanziario del risanamento ambientale ricadrà inevitabilmente sulla collettività attraverso il sistema fiscale. Sembra, infatti, da escludere che lo Stato riesca a rivalersi sull'impresa, specialmente nel caso, non insolito, di fallimento.

Nel novembre del 2024 legambiente, insieme ad ACLI, AGESCI, ARCI, Azione Cattolica Italiana e Libera ha lanciato la campagna nazionale "Ecogiustizia subito: in nome del popolo inquinato", rilevando che in Italia sono presenti 42 Siti di Interesse Nazionale (SIN) in attesa di bonifica, per una superficie di circa 170.000 ettari a terra e 78.000 ettari a mare, e 36.814 quelli di Interesse Regionale (SIR)[13].

[10] Art. 311, comma 1: Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto.

[11] In via generale, il calcolo si basa sul costo del ripristino. Tuttavia, dato che questo è spesso difficile da quantificare, si ricorre a valutazioni basate sul costo delle misure di ripristino che forniscano benefici equivalenti a quelli che la risorsa danneggiata garantiva. Questi calcoli possono richiedere la consulenza di esperti ambientali, economisti e altri specialisti per determinare il valore più appropriato e giusto per la compensazione del danno. Il risarcimento, inoltre, non si limita a coprire il valore del danno diretto, ma anche a rimborsare i costi che lo Stato sosterrà per il ripristino e che possono essere significativamente maggiori.

[12] Rileva la Corte dei Conti dell'Unione europea (Relazione speciale n. 12/2021, punto 41) che "La decontaminazione dei suoli inquinati è costosa: nel 2006 la Commissione ha stimato il costo totale della bonifica dei suoli contaminati nell'UE a 119 miliardi di euro. Le risorse pubbliche, tra cui i fondi dell'UE, finanziano oltre il 42 % delle attività di bonifica: molte attività inquinanti hanno avuto luogo molto tempo prima, per cui vi è un maggior rischio che chi inquina non esista più, non possa essere identificato o sia insolvente.

[13] Si tratta di una campagna itinerante che si svolgerà dal 27 novembre 2024 al 3 aprile 2025, che toccherà alcuni luoghi simbolo dell'ingiustizia ambientale e sociale: da Casale Monferrato, una delle aree in cui insistevano gli stabilimenti ex Eternit, al SIN di Taranto; dal SIN di Porto Marghera (VE), la più importante area petrolchimica d'Italia a quello di Priolo, Augusta, Melilli e Siracusa; dal sito ex Caffaro di Brescia, dove è stata riscontrata una contaminazione diffusa da metalli pesanti e policlorobifenili (PCB), al SIN Napoli Orientale.

ISSN 2036-7821

In questo contesto, il dibattito intorno alle possibili soluzioni, che consentano di rafforzare le misure di prevenzione, ma allo stesso tempo garantire la riparazione di un eventuale danno ambientale, si è indirizzato verso le garanzie finanziarie, con particolare riguardo alla assicurazione del rischio ambientale. La riscrittura del codice dell'ambiente, tuttora in corso, ha alimentato ulteriormente il dibattito e la ricerca di nuove soluzioni, nell'ottica di preservare l'ambiente e consegnarlo alle "future generazioni" in condizioni di godibilità.

Il presente contributo intende offrire, senza alcuna pretesa di completezza, alcuni spunti di riflessione in tema di danno ambientale, con un focus particolare sulla assicurazione del rischio ambientale e sulla sua possibile obbligatorietà.

2. Le "timide" sollecitazioni europee rispetto all'introduzione di garanzie finanziarie obbligatorie.

L'approvazione della ELD avvenne all'esito di un faticoso compromesso, frutto di un difficile equilibrio tra le diverse istanze espresse dai soggetti coinvolti — autorità pubbliche, associazioni ambientaliste, imprese e settore assicurativo — e al termine di un acceso dibattito all'interno della Commissione[14].

L'assenza di norme comuni, di carattere sostanziale e procedurale, e il *favor* per una disciplina quadro dai contorni piuttosto ampi, non ha consentito di raggiungere l'obiettivo della uniformità della disciplina a livello europeo. Si consideri, ad esempio, l'ambito di applicazione della direttiva, che fa riferimento al "danno ambientale", senza tuttavia prevedere criteri chiari per valutarne la portata e stabilire eventuali soglie di rilevanza[15]. Inoltre, sebbene fosse evidente che l'istituzione di un sistema comunitario di garanzie finanziarie rappresentasse l'approdo necessario per garantire un'applicazione uniforme del principio "chi inquina paga", la ELD si limita ad una disciplina minima allo scopo di "prevenire e riparare il danno ambientale" (considerando n. 11).

In particolare l'art. 8, comma 2, prevede che l'autorità competente recuperi, tramite garanzia su beni o altre garanzie appropriate, dall'operatore che ha causato il danno o la minaccia imminente di danno, i costi da esso sostenuti; l'art. 14, comma 1, richiede agli Stati membri di adottare misure per incoraggiare lo sviluppo di

[14] Come accadde, ad esempio, in occasione della discussione sulla responsabilità solidale dei coautori del danno (art. 311, c. 3, T.U. ambiente), poi eliminata dal testo definitivo. Dal punto di vista dell'ordinamento interno, ciò si traduce nella mancata applicazione della disposizione sulla solidarietà tra i coautori del danno di cui all'articolo 2055 c.c.

[15] Solo nel 2021 la Commissione europea ha approvato delle linee guida per un'interpretazione comune del termine danno ambientale di cui all'articolo 2 della ELD, rilevando che "l'attuazione della direttiva era ostacolata da una considerevole mancanza di uniformità nell'applicazione di alcuni concetti fondamentali, in particolare legati alla nozione di danno ambientale".

ISSN 2036-7821

strumenti e mercati di garanzia finanziaria, compresi meccanismi finanziari in caso di insolvenza, allo scopo di consentire agli operatori di coprire le proprie responsabilità ai sensi della direttiva. Quest'ultima disposizione, in particolare, non pone alcun obbligo agli Stati membri, ma si limita ad indicare una possibile soluzione al problema dell'insolvenza. La centralità del tema delle garanzie finanziarie, nell'ambito dell'obiettivo generale di tutela ambientale, si evince, tuttavia, dal medesimo art. 14, il cui comma 2 prevedeva[16] un monitoraggio volto a verificare l'attuazione della ELD da parte degli Stati membri[17]. L'obiettivo specifico era quello di valutare, nella prospettiva di ulteriori e più incisivi interventi finalizzati a raggiungere l'obiettivo della effettività della tutela ambientale all'interno dell'Unione, la disponibilità a costi ragionevoli di strumenti di garanzia finanziaria per le attività contemplate dall'allegato III, ossia per quei settori industriali e produttivi che implicano l'uso di sostanze pericolose, processi inquinanti o attività con un impatto significativo sugli ecosistemi. All'esito dell'attività di monitoraggio la Commissione avrebbe redatto una relazione con eventuali "proposte per un sistema di garanzia finanziaria obbligatoria armonizzata".

Nell'agosto 2008 la Commissione Europea pubblica i risultati di un Report dal titolo Financial security in Environmental Liability Directive, sulla base del quale scriverà la prima relazione sull'attuazione della ELD, pubblicata il 12 ottobre 2010. Nella relazione si rileva che, sebbene l'ELD non imponga agli operatori l'obbligo di garantire le proprie attività attraverso strumenti finanziari, emerge l'aspettativa, alla luce delle stringenti condizioni di responsabilità previste dalla normativa e delle potenziali implicazioni economiche, spesso ingenti a seconda dell'entità del danno arrecato, che gli operatori, pienamente consapevoli di tali rischi, scelgano volontariamente di dotarsi di adeguate coperture finanziarie. Per quanto riguarda le imprese assicuratrici, si ritiene plausibile che i mercati assicurativi reagiscano a

[16] L'art. 14 comma 2 della ELD prevedeva che "Anteriormente al 30 aprile 2010 la Commissione presenta una relazione in merito all'efficacia della direttiva in termini di effettiva riparazione dei danni ambientali e in merito alla disponibilità a costi ragionevoli e alle condizioni di assicurazione e di altri tipi di garanzia finanziaria per le attività contemplate dall'allegato III. La relazione esamina anche relativamente alla garanzia finanziaria i seguenti aspetti: un approccio graduale, un massimale per la garanzia finanziaria e l'esclusione di attività a basso rischio. Alla luce di tale relazione e di una valutazione approfondita dell'impatto, che include un'analisi costi/benefici, la Commissione presenta, se del caso, proposte per un sistema di garanzia finanziaria obbligatoria armonizzata".

La norma è stata abrogata dal Regolamento 2019/1010 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 che armonizza gli obblighi di comunicazione in materia ambientale. Si legge nel considerando n. 7 che "L'Unione è impegnata a rafforzare la base di elementi fattuali della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla responsabilità ambientale in modo trasparente, alla stregua del gruppo di esperti della Commissione su tale direttiva. Al fine di agevolare la comparabilità degli elementi fattuali, la Commissione dovrebbe elaborare linee guida che forniscano un'interpretazione comune di «danno ambientale», come definito all'articolo 2 della direttiva 2004/35/CE.

[17] Dalle relazioni prodotte dai singoli Stati membri emerge un quadro piuttosto variegato, su cui cfr. A. T. Doniga, *Financial Security instruments covering environmental liability in pursuance of directive 2004/35/EC*. Conferința Internațională Educație și Creativitate pentru o Societate Bazată pe Cunoaștere - DREPT X:69-74.

ISSN 2036-7821

queste nuove opportunità, sviluppando soluzioni adeguate. Tuttavia, si auspica un intervento delle autorità pubbliche volto a incentivare strumenti di garanzia finanziaria laddove il mercato assicurativo non sia in grado di offrire una gamma sufficientemente ampia di prodotti in grado di coprire tutte le responsabilità previste dall'ELD. Promuovere tali misure risponde, inoltre, all'esigenza per gli Stati membri di limitare la propria esposizione al rischio, considerando che, in caso di fallimento di un'azienda, l'onere di provvedere al risanamento potrebbe ricadere sullo Stato.

Quanto alla opportunità di un sistema di garanzia finanziaria obbligatoria armonizzato a livello UE, la Commissione rileva che allo stato appare prematuro proporre una garanzia finanziaria obbligatoria a livello UE. Ciò in quanto "the transposition of the ELD resulted in divergent implementation rules" e "the Member States opting for mandatory financial security do not yet have their systems in place, so mandatory approaches cannot be evaluated, and that more financial security products are becoming available"[18].

Nella seconda relazione del 14 aprile 2016, la Commissione Europea conferma sostanzialmente le considerazioni espresse in precedenza. In tale occasione, annuncia la presentazione, da parte dei propri servizi, di un programma di lavoro pluriennale aperto alla partecipazione di esperti degli Stati membri e dei portatori di interesse. L'obiettivo è favorire l'armonizzazione delle soluzioni e delle pratiche nazionali con il quadro normativo delineato dalla direttiva, in ambiti quali i modelli di riparazione del danno, l'analisi del rischio e le coperture assicurative. La relazione evidenzia, inoltre, che il conseguimento di tali obiettivi richiede un potenziamento della raccolta dati sui casi riconducibili alla direttiva, soprattutto negli Stati membri che non hanno ancora istituito registri specifici.

L'ultimo report pluriennale elaborato dalla Commissione Europea (MARWP 2021-2024)[19], adottato il 18 novembre 2020, è stato discusso e concordato con l'ELD Expert Group ed è stato presentato alle comunità di stakeholder dell'ELD alla 7a conferenza degli stakeholder dell'ELD il 20 novembre 2020. All'interno della seconda area prioritaria di intervento, denominata "Ensuring sufficient availability and demand for financial security to cover ELD liabilities" si rileva che gli Stati membri lamentano: grandi perdite dovute a incidenti gravi, con operatori privi di una copertura finanziaria sufficiente per porre rimedio al danno ambientale da soli;

[18] Report from the Commission to the Council, the European Parlament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Under Article 14(2) of Directive 2004/35/CE on the environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage (12 ottobre 2010), p. 8.

[19] Si tratta di un programma di lavoro pluriennale (Multi-Annual Rolling Work Programme – MARWP) sviluppato dai servizi della Commissione sulla base del programma di lavoro pluriennale per il periodo 2017-2020 e dei risultati della sua valutazione da parte di esperti governativi e parti interessate all'ELD nel 2019, nonché dei suggerimenti, discussi con gli Stati membri e le parti interessate all'ELD nel corso del 2020.

ISSN 2036-7821

perdite per le quali gli operatori non possono essere identificati; operatori che hanno una capacità finanziaria insufficiente o riescono a sottrarsi alle proprie passività. A fronte di ciò, si invitano gli Stati membri a mettere in atto misure di follow-up per verificare che sia disponibile una garanzia finanziaria sufficiente e sicura per coprire le passività ELD. In particolare, gli Stati membri che non hanno introdotto una garanzia finanziaria obbligatoria per le passività ELD sono incoraggiati a considerare l'estensione degli attuali requisiti di sicurezza finanziaria obbligatoria che potrebbero essere introdotti gradualmente e/o a discrezione delle autorità competenti in base alla valutazione del rischio delle singole attività.

Una posizione più chiara è stata assunta dal Parlamento Europeo, come si evince da entrambe le Risoluzioni approvate, la prima il 26 ottobre 2017 e la più recente il 20 maggio 2021. Il Parlamento ha riconosciuto che il ricorso a strumenti di garanzia finanziaria costituisce un elemento imprescindibile per mitigare i costi derivanti dai danni ambientali a carico degli operatori. In particolare, "invita la Commissione a introdurre una garanzia finanziaria obbligatoria, ad esempio un'assicurazione obbligatoria sulla responsabilità ambientale per gli operatori e ad elaborare una metodologia armonizzata dell'UE per il calcolo dei massimali di responsabilità, tenendo conto delle caratteristiche di ciascuna attività e della sua area circostante" (punto 29 della Risoluzione del 2017). L'eventuale istituzione di un fondo europeo per la riparazione del danno ambientale potrebbe, invece, supportare la copertura dei casi di danno ambientale non coperti dalla disciplina della ELD o che, come i grandi disastri, non possono essere interamente coperti dalle normali garanzie finanziarie.

3. La posizione della Corte dei conti europea sul principio "chi inquina paga".

La difficoltà di attuare compiutamente il principio "chi inquina paga" è stata evidenziata anche dalla Corte dei conti europea nella Relazione speciale n. 12 del 2021, con riferimento a quattro ambiti della politica ambientale dell'UE: inquinamento industriale, smaltimento dei rifiuti, gestione delle risorse idriche e uso del suolo. La Corte ha rilevato che, sebbene tale principio sia fondamentale per il raggiungimento in modo equo ed efficace degli obiettivi ambientali dell'UE, la sua integrazione e applicazione si presenta assai diversificata all'interno dei singoli Stati membri, risultando spesso frammentaria e incompleta.

La Corte, in particolare, raccomanda agli Stati membri di integrare maggiormente il principio "chi inquina paga" nella normativa ambientale, rilevando che le azioni intraprese dalla Commissione, per sostenere l'attuazione della direttiva sulla responsabilità ambientale da parte degli Stati membri, non abbiano ovviato alle principali debolezze, quali la scarsa chiarezza dei concetti e delle definizioni fondamentali e l'assenza di garanzie finanziarie in caso di insolvenza. La

ISSN 2036-7821

conseguenza è che il bilancio dell'UE viene talvolta utilizzato per finanziare azioni di bonifica che dovrebbero, in base al principio "chi inquina paga", essere a carico di chi ha causato l'inquinamento. Afferma la Corte: "Se gli operatori non dispongono di una garanzia finanziaria sufficiente, potrebbero non essere in grado di coprire i costi della bonifica dei siti da essi inquinati", rilevando che nel caso di quattro progetti di bonifica, del valore di 33 milioni di euro, l'operatore considerato responsabile dell'inquinamento era fallito. Di conseguenza, era stato necessario utilizzare fondi pubblici per decontaminare il suolo e l'acqua.

Emblematico il caso italiano, ricordato dalla Corte, dell'impresa produttrice di amianto che nel 1995, pochi anni dopo la cessazione dell'attività, ha presentato istanza di fallimento. Prima dell'avvio della procedura di liquidazione, l'impresa ha iniziato a porre rimedio al danno ambientale causato dalla sua produzione, su richiesta del ministero italiano dell'Ambiente. Tuttavia, non appena iniziata la procedura fallimentare, il curatore fallimentare ha smesso di finanziare la bonifica. Di conseguenza, le autorità pubbliche regionali hanno proseguito la decontaminazione. Il progetto, che prevedeva la demolizione di edifici al di sopra del piano terra e la messa in sicurezza dei materiali contenenti amianto depositati nel sotterraneo, ha ricevuto un sostegno di 7,1 milioni di euro ed è stato portato a compimento nel 2019. Le autorità pubbliche hanno avviato i relativi procedimenti giudiziari per recuperare i fondi utilizzati per le operazioni di bonifica, nonostante l'oggettiva difficoltà di recuperarli da una società con una procedura fallimentare in corso.

Gli Stati membri, dunque, devono conformare la propria disciplina interna in modo da garantire che, di regola, chi inquina sostenga i costi dell'inquinamento causato. La disciplina dell'UE sull'utilizzo dei fondi pubblici non esclude che si possano finanziare interventi di ripristino, ma limita questi ultimi all'esistenza di specifiche condizioni, per esempio quando l'investimento mira a consentire al beneficiario di adottare misure che elevano la tutela ambientale, oppure nel caso in cui l'inquinatore non sia stato identificato (è il caso del c.d. "inquinamento orfano") o non possa essere considerato giuridicamente obbligato a finanziare l'intervento di risanamento.

Un dato di interesse, che la Corte dei conti europea non ha mancato di rilevare, è che i progetti di bonifica, i cui costi sono stati sostenuti dal bilancio dell'UE, si riferivano a danni ambientali i cui i costi di bonifica erano considerevoli rispetto alla capacità finanziaria dell'operatore e non esisteva alcuna garanzia finanziaria. Rileva dunque la Corte che esiste un preciso rapporto tra danno ambientale, assenza di garanzie finanziarie, esborso da parte della UE a sostegno delle operazioni di ripristino.

ISSN 2036-7821

Richiamando gli esiti di uno studio finanziato dal Parlamento europeo[20], la Corte fa presente che gli Stati membri hanno optato perlopiù per l'assenza di una garanzia finanziaria, mentre solo cinque paesi (Irlanda, Spagna, Portogallo, Repubblica Ceca e Slovacchia) hanno ritenuto di porre l'obbligo di una garanzia finanziaria. A metà strada si collocano quei paesi, l'Italia e la Polonia, che hanno scelto di limitare l'obbligo di garanzia finanziaria alle sole attività ritenute particolarmente pericolose. Lo studio, pertanto, prospetta la garanzia finanziaria obbligatoria come soluzione valida ad affrontare il problema dell'insolvenza. Il caso più illuminante riportato, a sostegno di tale tesi, è quello portoghese. Il Portogallo, interpretando in modo assai stringente l'obbligo posto ai paesi membri di incentivare il ricorso a strumenti di copertura finanziaria, ha imposto una garanzia finanziaria con riguardo a tutte le attività che comportano un rischio ambientale ai sensi della direttiva europea, spaziando dalle polizze assicurative, alle garanzie bancarie, ai fondi ambientali o propri. Tale copertura è apparsa fondamentale se si considera che il Paese non ha segnalato alcun caso di insolvenza che abbia impedito l'applicazione della responsabilità ambientale.

Sul fronte delle imprese assicuratrici lo studio mette in evidenza che le polizze assicurative, che costituiscono lo strumento di garanzia finanziaria più diffuso, non si presentano ugualmente disponibili nei diversi paesi membri. Di certo negli Stati membri in cui la garanzia finanziaria per responsabilità ambientale è stata imposta come obbligatoria, si è determinato uno sviluppo del mercato assicurativo.

4. L'opzione dell'obbligo di assicurazione del rischio ambientale. Il fondamento costituzionale.

In Italia, la riapertura del dibattito intorno alla tutela ambientale, legata alla riscrittura del codice dell'ambiente, ha riproposto il tema delle garanzie finanziarie e, in particolare, dello strumento assicurativo e della sua obbligatorietà, anche in considerazione di un dato, dal quale è necessario prendere le mosse, ovvero che allo stato in Italia la percentuale di imprese che volontariamente stipula un contratto di assicurazione a copertura del danno ambientale è particolarmente bassa, aggirandosi intorno allo 0,45%[21]. Se è vero che esiste in generale in Italia una scarsa cultura previdenziale ed assicurativa, sicchè anche l'assicurazione del rischio ambientale rientra in questa cornice, tuttavia, rispetto ad altri settori, si evidenzia una più

[20] Fogleman, V., *Improving financial security in the context of the Environmental Liability Directive*, 2020; Fogleman, V. (2024) *Environmental Liabilities and Insurance Law in the European Union*. In: Malinowska, K., Maśniak, D. (eds) Managing Environmental Risks through Insurance. AIDA Europe Research Series on Insurance Law and Regulation, vol 9. Springer, Cham

[21] I. Partenza, R. V. Nucci, *L'assicurazione del rischio ambientale*, Bari, 2024, che fanno riferimento ai dati del Rapporto Pool Ambiente 2024.

ISSN 2036-7821

accentuata scarsa propensione ad assicurarsi, sebbene con significative differenze da regione a regione[22]. Il dato generale lascia intendere, da un lato, che ci sia una percezione del rischio piuttosto bassa, dall'altra è il segnale di una scarsa promozione degli strumenti di sicurezza finanziaria, da parte delle imprese assicuratrici, circostanza che, a sua volta, evidenzia come l'assicurazione del rischio ambientale prospetta una serie di problematiche peculiari di non trascurabile rilevanza.

In tale contesto, l'imposizione dell'obbligo assicurativo può rappresentare una scelta politica ponderata, trovando oggi un solido fondamento nel dettato costituzionale. Il riferimento è alla recente riformulazione dell'articolo 9 della Costituzione, il quale non si limita a imporre alla Repubblica un generico obbligo di tutela dell'ambiente, ma lo qualifica espressamente come un dovere da garantire nell'interesse delle future generazioni[23]. La norma introduce un vincolo più stringente e richiede che la tutela ambientale sia orientata alla conservazione, affinché non sia compromessa la possibilità delle generazioni future di poter beneficiare delle risorse naturali in misura non inferiore a quanto avviene nel presente. Tale prospettiva enfatizza il legame inscindibile tra tutela e conservazione, configurando la tutela dell'ambiente come un imperativo giuridico volto a garantire la trasmissione del patrimonio naturale alle generazioni a venire[24].

---

[22] Nelle regioni nelle quali esiste una maggiore cultura imprenditoriale si registra una maggiore attenzione nei confronti del danno ambientale e conseguentemente una maggiore propensione ad assicurarsi. In alcuni casi tuttavia la spinta arriva dall'alto poiché, in ambiti specifici, le regioni hanno introdotto l'obbligo di assicurazione, come è accaduto in Veneto per il settore dei rifiuti. Sull'esperienza veneta cfr. A. Staccione, J. Mysiak, M. Ostoich, et al. *Responsabilità finanziaria per danni ambientali: mercato assicurativo in Italia, focus sull'esperienza della regione Veneto*, in Environ Sci Pollut Res 26 , 25749–25761 (2019).

[23] Sulla riforma della Costituzione si registrano opinioni discordanti. In linea di massima la modifica degli artt. 9 e 41 è considerata di segno positivo, pur manifestandosi talvolta perplessità di diversa natura. Cfr. L. Bartolucci, *Le generazioni future (con la tutela dell'ambiente) entrano "espressamente" in Costituzione*, in Forum di quaderni costituzionali, 2022, 21 ss.; M. Cecchetti, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in Corti Supreme e Salute, n. 1/2022, p. 127 ss.; F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in ApertaContrada, 2022; M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in Riv. giur. ambiente, n. 1/2022, 1 ss.; G. Demuro, *I diritti della natura*, in federalismi.*it*, 2022; F. Fracchia, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in negativo*, in Diritto dell'economia, 2022, 15 ss; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.; una riforma opportuna e necessaria?, in federalismi.it*, 2022; I. A. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *federalismi.it*, 2021; S. Valaguzza, *L'ambiente da valore a principio (costituzionale)*, in Riv. giur. ambiente, 2022, 1009 ss.; C. Tripodina, *La tutela dell'ambiente nella Costituzione italiana: tra interessi delle generazioni future e responsabilità della generazione presente,* in Riv. quadr. dir. ambiente, 2023, 332 ss. In chiave apertamente critica T. E. Frosini, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in federalismi.it, giugno 2021; G. Severini, P. Carpentieri, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'articolo 9 della Costituzione*, in giustiziainsieme.it, 2021; G. Scarselli, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in giustiziainsieme.it, 2022.

[24] Sulle generazioni future M. Luciani, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in *Diritto e società*, 2008, 145 ss; V. R. Bifulco, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008; F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future,* in Riv. quadr. dir. ambiente, 2010, 13 ss.; F. Fracchia, S. Vernile, *Lo sviluppo sostenibile oltre il diritto ambientale,* in Le

ISSN 2036-7821

Se si considera, per quanto sopra detto, che l'assenza di una copertura finanziaria o assicurativa adeguata spesso preclude la possibilità di ripristinare il bene ambientale danneggiato, emerge con chiarezza come l'assicurazione del rischio ambientale possa rappresentare uno strumento assai valido per garantire la riparazione del danno. In questa prospettiva, l'imposizione di un obbligo potrebbe configurarsi come uno dei mezzi attraverso i quali la Repubblica assicura la salvaguardia dell'ambiente, anche nell'interesse delle generazioni future, come richiede l'art. 9 della Costituzione.

Anche l'art. 41, come modificato nel 2022, supporta una interpretazione favorevole all'obbligo assicurativo, in particolare laddove si tiene conto dei limiti posti all'esercizio dell'attività economica privata, che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Un eventuale obbligo di assicurazione, ponendo all'impresa un vincolo, strumentale alla salvaguardia del bene comune, troverebbe legittima collocazione all'interno di quel delicato equilibrio tra libertà economica e responsabilità sociale dell'impresa, quest'ultima più ampiamente ricondotta alla "integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali e ambientali delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei rapporti con le parti interessate"[25].

Certamente una buona politica ambientale potrebbe scegliere di incentivare il ricorso all'assicurazione del rischio ambientale, piuttosto che porre un obbligo. Gli incentivi potrebbero assumere la forma di vantaggi, per le imprese assicurate, per esempio nell'ambito della partecipazione alle gare pubbliche[26], ma non c'è dubbio che l'incentivo fiscale sarebbe assai più persuasivo. In tal modo i cittadini, attraverso il prelievo fiscale, sarebbero, in qualche misura, chiamati a dare il loro contributo alla protezione ambientale, ossia a partecipare ai costi che l'attività d'impresa è tenuta a sopportare per mantenere alto il livello di protezione dell'ambiente. Spetta al legislatore individuare gli strumenti più efficaci per orientare l'attività d'impresa verso una maggiore tutela ambientale, tenendo presente, tuttavia, che la scelta di privilegiare meccanismi incentivanti piuttosto che vincolanti comporta, con ogni probabilità, una parziale esternalizzazione dei costi.

Da un'altra prospettiva, l'introduzione di un obbligo assicurativo a carico delle imprese, o di alcune di esse, rischia di riproporre, a livello nazionale, la stessa criticità emersa durante la stesura della ELD. In quell'occasione, infatti, si sollevò la questione

---

Regioni 1-2, 2022; P. Lombardi, *Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà*, n. 1/2023; C. De Benetti, *La tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni*, in Ambientediritto, 3/2024.

[25] Libro verde pubblicato dalla Commissione europea il 18 luglio 2001.

[26] Sul contributo che i soggetti pubblici possono offrire, attraverso la loro attività contrattuale, alla crescita di una economia circolare F. De Leonardis, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici;* S. Vernile, *"Nuovo" Codice dei contratti pubblici e criteri ambientali minimi per l'economia circolare*, in *Rivista Giuridica Ambiente*, 2023, 979 ss.

ISSN 2036-7821

dello svantaggio competitivo che le imprese europee avrebbero subito qualora l'Unione Europea avesse previsto un obbligo generalizzato di assicurazione del rischio ambientale. Analogamente, l'imposizione di un obbligo assicurativo per le imprese italiane comporterebbe un onere economico aggiuntivo, con il rischio di generare un divario competitivo rispetto a quelle realtà imprenditoriali operanti in contesti normativi meno restrittivi, incidendo negativamente sulla competitività e sullo sviluppo economico nazionale. Per questa ragione, sarebbe auspicabile che un obbligo assicurativo venisse posto a un livello di governo più elevato, come del resto avviene, con riguardo a specifiche attività, da parte di alcune Convenzioni internazionali[27]. Un obbligo posto a livello unionale consentirebbe di armonizzare la regolazione all'interno degli stati membri, per esempio fissando massimali e criteri per la loro determinazione.

5. Contratto di assicurazione e trasferimento del rischio: chi inquina non paga.

La riparazione del danno ambientale richiede, dunque, una solida garanzia finanziaria, considerata un elemento cardine per l'attuazione della ELD e, più in generale, per un'efficace tutela dell'ambiente. L'Unione Europea incoraggia fortemente l'adozione di strumenti volti a coprire il rischio ambientale, pur lasciando ancora oggi agli Stati membri la discrezionalità sulle modalità di implementazione.

A questi ultimi spetta, infatti, il compito di individuare gli strumenti più adeguati per raggiungere gli obiettivi ambientali comuni, stabilendo sia l'eventuale obbligatorietà delle garanzie finanziarie, sia la loro specifica configurazione. Le "garanzie finanziarie", cui fa riferimento l'articolo 14 della direttiva Europea, infatti, possono assumere diverse forme: una polizza fideiussoria, un contratto assicurativo, un contributo a un fondo ambientale, una garanzia bancaria, ecc.[28]

Il T.U. ambiente ha scartato l'ipotesi della assicurazione obbligatoria a copertura del danno ambientale, ma richiede, in diverse occasioni, delle garanzie finanziarie a favore delle pubbliche amministrazioni interessate. L'art. 29-sexies, comma 9-quinquies T.U. ambiente, ad esempio, prevede, quale condizione per il rilascio dell'AIA, "adeguate garanzie finanziarie" a favore della regione o della provincia

[27] Si tratta di Convenzioni internazionali che istituiscono regimi di responsabilità per danni da inquinamento causati dall'esercizio di attività pericolose: l'esercizio di impianti nucleari, il trasporto via mare di idrocarburi, ecc. Cfr. S. Poli, *Assicurazione e danni da inquinamento nelle Convenzioni internazionali e nella direttiva comunitaria*, in Danno e Responsabilità, n. 7/2005, 701 ss.

[28] Nella Relazione sulla ELD della Commissione Europea del 2010 si legge: "L'assicurazione ha dimostrato di essere lo strumento più popolare per coprire la responsabilità ambientale, seguita dalle garanzie bancarie (Austria, Belgio, Cipro, Repubblica Ceca, Paesi Bassi, Polonia, Spagna e Regno Unito) e altri strumenti basati sul mercato (MBI), come fondi, obbligazioni, ecc. (Austria, Belgio, Bulgaria, Cipro, Polonia e Spagna). I pool assicurativi sono presenti in Spagna, Francia e Italia".

ISSN 2036-7821

autonoma territorialmente competente. Si tratta di forme di garanzia che hanno il merito di garantire solvibilità, costituiscono un prodotto più semplice in termini di gestione e meno rischioso per le compagnie assicurative. L'assicuratore, infatti, è gravato da un rischio meramente finanziario, legato all'insolvenza dell'impresa in sede di rivalsa, laddove, invece, nell'ambito di un contratto assicurativo, egli assume su di sé il rischio legato al danno ambientale provocato dall'impresa produttrice. Il trasferimento del rischio dall'impresa produttrice all'assicurazione comporta che chi inquina, ossia l'imprenditore, non coincida con chi paga, che è infatti l'impresa assicuratrice.

Il trasferimento del rischio è un elemento centrale per comprendere la differenza tra una garanzia finanziaria e un contratto di assicurazione, in particolare per quanto riguarda le ripercussioni sull'attività di prevenzione[29]. Nel caso di un contratto di assicurazione, l'impresa assicuratrice, avendo assunto su di sé il rischio, ha un interesse diretto ad incentivare l'adozione di misure preventive da parte dell'impresa produttrice, affinché quest'ultima si impegni concretamente a ridurre il rischio attraverso un'adeguata strategia di prevenzione[30]. In questa prospettiva, risulta evidente come l'introduzione di un obbligo di assicurazione del rischio ambientale per le imprese produttrici potenzialmente inquinanti, oltre a garantire, al pari di altre forme di garanzia finanziaria, la copertura dei danni causati, si collochi perfettamente in linea con l'interesse pubblico ad elevare il livello di protezione dell'ambiente[31].

---

[29] I riferimenti nel codice civile sono anzitutto all'articolo 1882 ("L'assicurazione è il contratto col quale l'assicuratore, verso pagamento di un premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno ad esso prodotto da un sinistro, ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana") e all'articolo 1917 ("Nell'assicurazione della responsabilità civile l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. Sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi").

[30] Sulla distinzione tra polizza fideiussoria, che opera come garanzia, e contratto assicurativo in termini di incidenza sulle attività di prevenzione delle imprese produttrici cfr. C. Petta, *Il ruolo dell'assicurazione nella dinamica gestionale del rischio ambientale*, in Actualidad Jurídica Iberoamericana n. 18, febrero 2023. Sul ruolo degli strumenti di mercato e della loro efficacia, nell'ambito della tutela ambientale R. Leonardi, *I principi europei a tutela dell'ambiente e gli strumenti di mercato,* in Riv. giur. europea, 2/2022, 1 ss.

[31] Sul punto la dottrina ha già messo abbondantemente in evidenza come i tradizionali strumenti di *command and contro*l, espressione dell'autorità della pubblica amministrazione, non siano sufficienti a garantire un'efficace tutela ambientale (*ex multis* P. Dell'Anno, E. Picozza, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012). Da qui l'apertura verso l'utilizzo di strumenti di mercato, avendo quale presupposto l'idea che ambiente e mercato non siano nozioni necessariamente sempre in conflitto. Cfr. M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato,* in Dir. pubbl., 2007, 219 ss.; A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici. Nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati,* Bologna, 2008; L. Pardi, *Gli strumenti di mercato a tutela dell'ambiente. "Nuove" forme di partecipazione, responsabile e sussidiaria, dei privati all'esercizio delle funzioni*, Napoli, 2012; A. Farì, *La sussidiarietà orizzontale in materia ambientale: il ruolo dei privati e l'esercizio di funzioni pubbliche,* in Riv. quadr. dir. ambiente, 3/2015, 1 ss.; R. Leonardi, *I principi europei a tutela dell'ambiente e gli strumenti di mercato,* in Riv. giur. europea, 2/2022, 1 ss; G. Mastrodonato, *Gli strumenti privatistici nella tutela amministrativa dell'ambiente*, in Riv. giur.

ISSN 2036-7821

Dal punto di vista delle imprese assicuratrici, diventa essenziale una corretta ed adeguata valutazione dei rischi ambientali, che presuppone una combinazione di conoscenze specifiche dei settori economici in cui tali imprese operano, del loro tipo di produzione e delle possibili conseguenze in caso di danni. Le imprese assicuratrici dovranno, dunque, attrezzarsi in modo da compensare quella asimmetria informativa che potrebbe porle in una posizione di svantaggio, rispetto all'impresa che chiede di assicurarsi, acquisendo un *know how* diversificato a seconda del settore imprenditoriale nel quale intervengono.

L'acquisizione di tali competenze, il possesso delle informazioni e di ogni dato tecnico costituiscono un elemento di assoluta centralità, sia per l'assicurazione, che sarà in grado di valutare in modo oggettivo il rischio e il relativo premio, sia anche nella prospettiva dell'interesse pubblico.

Le imprese assicuratrici, adeguatamente informate, e quindi in grado di valutare il livello di rischio a cui ciascuna azienda è esposta, in relazione alle politiche ambientali adottate e alle misure di prevenzione implementate, possono assumere un ruolo di selezionatori. Esse, infatti, hanno la facoltà di offrire copertura assicurativa alle imprese virtuose, che rispettano determinati standard di protezione ambientale, ed escludere dalla propria manleva quelle realtà che, privilegiando una strategia di riduzione dei costi, scelgono di ridurre l'attenzione nei confronti dell'attività di prevenzione[32]. Appare evidente, infatti, come per l'assicuratore non sia conveniente offrire copertura a quelle aziende che, trascurando l'adozione di adeguate politiche di prevenzione, vanno incontro ad un rischio elevato. Tali imprese verrebbero escluse dalla copertura assicurativa, ossia selezionate in negativo, rimanendo private di tutela a causa della loro condotta potenzialmente dannosa per l'ambiente.

In quest'ottica l'obbligo di assicurarsi attribuirebbe alle imprese assicuratrici una particolare forza contrattuale, che ha quale risvolto positivo, ai fini della tutela ambientale, quello di incentivare le imprese all'adozione delle migliori tecniche di prevenzione, solo in presenza delle quali l'assicurazione sarà disponibile a stipulare il relativo contratto.

6. Criticità del rapporto assicurativo e correttivi.

Il quadro appena delineato presenta alcuni elementi di criticità, rispetto ai quali occorre introdurre adeguati correttivi.

---

ambiente, 2010, 707 ss. precisa che l'approccio basato sul *command and control* più che essere superato viene opportunamente accostato ad altri strumenti, che anzi la tutela ambientale è perlopiù rimessa all'agire autoritativo della pubblica amministrazione.

[32] A. Barone, Prefazione a I. Partenza, R. V. Nucci, *L'assicurazione …, cit.*

ISSN 2036-7821

Il primo di questi è riconducibile al fatto che la selezione virtuosa si verifica esclusivamente nella fase di conclusione del contratto di assicurazione. La valutazione del rischio da parte dell'assicurazione si basa, cioè, sui dati disponibili al momento in cui si stipula il contratto, senza poter prevedere con certezza eventuali evoluzioni future. In questo contesto emerge il fondato timore che possa manifestarsi il fenomeno del cosiddetto *moral hazard*, ossia il rischio che l'impresa assicurata si comporti in modo meno prudente o responsabile in quanto protetta dalle conseguenze negative delle proprie azioni. In pratica, sapendo di non dover sopportare il costo completo di un potenziale danno, l'impresa potrebbe agire con meno cautela, trascurando l'attività di prevenzione e, così facendo, aumentando il rischio di danno ambientale. Il problema può essere superato dalla messa in pratica di misure, in gran parte già sperimentate nei diversi campi dalle imprese assicurative, volte a responsabilizzare l'assicurato. Una modalità è costituita dal ricorso a polizze che non coprono interamente il danno subito dall'assicurato, come accade in caso di franchigia, di scoperto o di limite di massimale[33]. I limiti di copertura, determinati, di solito, in base alle caratteristiche del singolo rischio considerato, sono funzionali a responsabilizzare l'assicurato, consapevole che, in caso di sinistro, parte del costo degli interventi rimarrà comunque a suo carico[34]. Peraltro, occorre ricordare che la ELD non individua alcun limite alla responsabilità finanziaria a cui gli operatori economici sono esposti in caso di danno ambientale, con la conseguenza che la responsabilità dell'impresa risulta illimitata. In questo contesto, la possibilità delle compagnie assicurative di cautelarsi, attraverso la previsione di massimali, rappresenta altresì l'alternativa ad una probabile indisponibilità.

Ai fini della manleva, inoltre, viene in rilievo l'intero comportamento assunto dall'impresa, anche nelle fasi precedenti alla produzione del danno. Si pensi, ad esempio, all'obbligo di segnalazione al quale l'imprenditore è tenuto qualora rilevi il pericolo di un evento potenzialmente dannoso. Si tratta di una regola generale, sancita dall'articolo 1898 cod. civ., che trova corrispondenza negli articoli 301 e 304 del T.U. ambiente, che impongono all'operatore l'obbligo di segnalare tempestivamente alle autorità competenti qualsiasi situazione che, sulla base di un'obiettiva valutazione scientifica, possa rappresentare un rischio per l'ambiente. Una volta adempiuto tale obbligo, l'assicurato è tenuto ad adottare tutte le misure di prevenzione necessarie per evitare il verificarsi del danno. Ne consegue che, in

[33] La franchigia determina una soglia minima di danno che rimane a carico dell'assicurato; lo scoperto è una percentuale del danno che l'assicurato deve pagare di tasca propria; i limiti di massimale implicano che se il danno supera il limite massimo coperto dalla polizza, l'eccedenza resta a carico dell'assicurato. P. Corrias, *Il contratto di assicurazione. Profili funzionali e strutturali,* Esi, Napoli, 2016.

[34] C. Petta, *Il ruolo dell'assicurazione, cit.*

ISSN 2036-7821

mancanza, l'impresa assicuratrice potrebbe legittimamente rifiutare la copertura[35]. Questo meccanismo incentiva l'assicurato a rispettare scrupolosamente ogni adempimento richiesto, così da poter ottenere il risarcimento dalla compagnia assicurativa senza rischi di esclusione.

Un principio analogo si applica agli obblighi di avviso e di salvataggio disciplinati dagli articoli 1913 e 1914 del codice civile. Il mancato rispetto di tali obblighi, infatti, può determinare conseguenze rilevanti, in particolare può comportare una riduzione o perdita del diritto all'indennizzo, a seconda della misura in cui l'inadempimento ha influito sulla valutazione e gestione del sinistro da parte dell'assicuratore[36].

Tali misure, che potrebbero non essere sufficienti ad evitare che l'assicurato possa diminuire i propri standard di prevenzione, dovrebbero più efficacemente essere affiancate da un'attività di verifica periodica sull'impresa assicurata da parte dell'assicurazione. Quest'ultima svolgerebbe così un compito di monitoraggio, accostandosi, sotto tale profilo, al soggetto pubblico con il quale condivide il medesimo obiettivo: tenere sempre alta l'attenzione sulle misure di prevenzione.

Un altro aspetto da considerare, anch'esso legato alla cristallizzazione del contratto di assicurazione al momento della stipula, è rappresentato dall'assenza di motivazione rispetto all'adozione di ulteriori tecniche e metodi per la riduzione dei rischi. Quale incentivo avrebbe l'impresa produttrice ad adottare tecnologie più avanzate, se eventuali danni, che tali tecnologie potrebbero prevenire o attenuare, sono comunque coperti dall'assicurazione? In questa prospettiva, la stipula di un contratto di assicurazione può trasformarsi in un disincentivo all'adozione di soluzioni innovative per la mitigazione del rischio.

Vero è che l'assicurato, anche in virtù di un generale principio di buona fede, deve mettere in atto ogni misura per evitare il danno, ma vero è anche che l'accordo è stato fatto sulla base della tecnologia esistente al momento della stipula della polizza, con la quale si è definito il premio che l'assicurato dovrà versare all'assicurazione. Il timore dunque è che l'impresa assicurata non sia incentivata a porre in essere attività, che a loro volta possono avere un costo, per meglio prevenire il rischio ambientale. In questo caso, peraltro, difficilmente potrebbero configurare i presupposti per la non indennizzabilità, addebitando all'assicurato un comportamento colpevolmente trascurato.

Ugualmente potrebbe verificarsi, nel corso della durata del contratto, che dati scientifici più aggiornati forniscano un quadro più allarmante, ossia una esposizione al rischio maggiore di quanto si pensasse in una prima fase.

[35] A. Donati, G. Putzolu, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2019.
[36] *Ibidem*.

ISSN 2036-7821

Sarà, dunque, interesse di entrambe le parti attribuire all'accordo un carattere "instabile", ovvero consentire, su richiesta dell'una o dell'altra, un adeguamento del premio assicurativo alla mutevolezza del rischio. Così facendo, l'adozione di strumenti innovativi può diventare un costo conveniente per l'impresa, laddove la loro adozione può comportare una modifica delle condizioni contrattuali e una diminuzione dei costi dell'assicurazione. Occorre perciò costruire strumenti contrattuali assai flessibili, da aggiornare con cadenza prestabilita, o su richiesta delle parti, che prevedano una rimodulazione del premio in relazione al mutare del rischio.

Si tratta di una "instabilità" già nota al diritto amministrativo, laddove la consapevolezza del continuo mutare degli strumenti tecnologici e dei dati scientifici di cui è possibile disporre, ha comportato la elaborazione di modelli provvedimentali, in particolare autorizzatori, caratterizzati dalla temporaneità e suscettibili di essere aggiornati, modificati ed adattati ai mutamenti eventualmente intervenuti[37].

7. La partecipazione procedimentale dell'impresa assicuratrice. La necessaria sinergia tra gli attori in gioco.

Altro aspetto di rilievo, anch'esso riconducibile alla dissociazione tra chi inquina e chi paga, è quello relativo alla partecipazione procedimentale nell'ambito di quei procedimenti finalizzati alla emanazione di ordinanze, di competenza del Ministro dell'Ambiente, volte ad imporre obblighi di ripristino all'imprenditore. Si pensi al potere di ordinanza, disciplinato dagli articoli 312 e 313 del T.U. ambiente, con il quale si ingiunge al destinatario l'obbligo di dare attuazione alle attività di ripristino con l'indicazione degli adempimenti da effettuare[38]. Le ampie garanzie partecipative, assicurate ai destinatari, potrebbero essere estese anche alle imprese assicuratrici in quanto soggetti direttamente interessati all'attività di ripristino sotto il profilo della copertura finanziaria. Ugualmente, la possibilità attribuita al soggetto privato

[37] Come accade, ad esempio, per l'autorizzazione ambientale integrata (Titolo III-*bis* del T.U. ambiente). Cfr. A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, 155 ss.; *id*, *L'amministrazione del rischio*, in A. Barone, C. Colapietro, G. Serges, *Diritto pubblico per l'Economia e gli Studi sociali*, Torino, 2024, per il quale l'obbligo di valutazione e riesame del dato scientifico e delle correlate determinazioni assunte dalla pubblica amministrazione, costituisce la trasposizione, sul piano giuridico, del concetto sociologico di amministrazione "riflessiva"; R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella società del rischio*, in Dir. soc., 2006, 507 ss., secondo cui il principio di precauzione introduce "un fondamentale valore di relatività e di provvisorietà, in quanto ogni decisione che venga assunta in suo nome è intrinsecamente correlata alla clausola, funzionale e di sistema, per cui il *decisum* vale *rebus sic stantibus"*; F. Fracchia, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Rason Olivetti (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, 187 ss.

[38] Sulla partecipazione in materia ambientale M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli 2004; R. Ferrara, *La protezione dell'ambiente … cit.*, 507 ss.

ISSN 2036-7821

responsabile di collaborare con l'ente pubblico ai sensi dell'art. 306 del T.U. ambiente potrebbe ragionevolmente trasferirsi all'impresa assicuratrice. L'art. 306 consente al Ministero dell'ambiente di valutare "l'opportunità di addivenire ad un accordo con l'operatore interessato nel rispetto della procedura di cui all'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241"[39]. Anche in questo caso, il soggetto privato interessato dalle operazioni di riparazione del danno ambientale che ha titolo ad interloquire e ad accordarsi con il Ministero, ben può essere l'assicurazione. Ciò anche perchè, se da un lato la presenza dell'impresa assicuratrice si pone a garanzia della integrale riparazione del danno ambientale, dall'altro non è da escludere che l'entità del ripristino imponga di pianificare gli interventi e la relativa spesa in un arco di tempo ragionevole per entrambe le parti. La norma, pertanto, consentendo al privato, nella specie all'assicurazione, di addivenire ad un accordo con la pubblica amministrazione, assicura la migliore convergenza possibile tra le esigenze di ripristino ambientale e quelle di salvaguardia del mercato assicurativo, attraverso la determinazione di un impegno finanziario sostenibile.

Occorre, infine, chiedersi se il rischio ambientale sia sostenibile per l'assicurazione.

L'entità del danno, spesso difficile da calcolare, gli effetti dannosi nel tempo, l'assenza di un limite alla responsabilità finanziaria a cui gli operatori economici sono esposti, la necessità di risarcire in forma specifica, la responsabilità senza colpa, i dubbi che ancora circondano l'adozione della clausola *claims made*, con ciò che ne deriva nei casi di inquinamento graduale[40], la necessità di dotarsi di tecnici qualificati per la valutazione del rischio, compongono un quadro piuttosto complesso e pongono fondati dubbi sull'effettiva disponibilità delle imprese assicuratrici.

Tuttavia, come si è cercato di argomentare, modelli avanzati di valutazione del rischio ed ulteriori strategie di mitigazione adottate dalle imprese assicuratrici possono essere decisive per rendere sostenibile il rischio ambientale. L'esperienza già maturata nell'ambito della polizza di responsabilità civile inquinamento (RCI), inoltre, ci fornisce diversi esempi di soluzioni grazie alle quali l'assicurazione può essere sostenibile, nonostante richieda la mobilitazione di ingenti risorse tecniche e finanziarie. Una di queste è rappresentata dalla riassicurazione, che consente

[39] U. Salanitro, *Dal "contratto" all'"accordo": la riforma della transazione ambientale*, in Giust. civ., II, 2017, 813 ss.

[40] Nell'ambito del Diritto delle assicurazioni, con particolare riguardo all'assicurazione del rischio ambientale, si discute del tema della efficacia temporale della garanzia assicurativa. In particolare rileva la differenza fra una polizza in regime di *loss occurence* e una di *claims made*. La prima prevede l'operatività della garanzia per tutti gli atti illeciti verificatisi o commessi durante la vigenza della polizza, a prescindere da quando perverrà l'eventuale domanda risarcitoria; la seconda individua come periodo di riferimento il pervenimento di una richiesta di risarcimento durante la vigenza della polizza stessa. Sul tema ampiamente I. Partenza, R. V. Nucci, *L'assicurazione … cit.*, per i quali l'impossibilità, al momento della stipula di una polizza, di calcolare e prevedere quante richieste di risarcimento potranno pervenire dopo la cessazione del rischio e per quali importi, renderebbe tecnicamente insostenibile assicurare il rischio di RC, se non su base *claim*.

ISSN 2036-7821

all'impresa assicuratrice, una volta assunto contrattualmente il rischio dell'assicurato, di trasferirlo, in tutto o in parte, ad altra compagnia, ossia al riassicuratore, ripartendo in tal modo la copertura dei rischi caratterizzati da un'elevata potenzialità di danno. La creazione di consorzi, cui aderiscono diverse compagnie assicurative, può costituire una soluzione, non soltanto in termini di riassicurazione, ma anche per un reciproco supporto in termini di *know how* in un settore che richiede competenze tecniche e professionali altamente specializzate[41].

In questo contesto un ruolo fondamentale, funzionale a rendere sostenibile per le imprese assicurative il rischio ambientale, può giocarlo il soggetto pubblico. Si è già rilevato come il soggetto pubblico e le imprese assicuratrici condividano il medesimo interesse, ossia la prevenzione del danno ambientale. Pur sostenuti da motivazioni diverse, entrambi sono impegnati nel monitoraggio delle attività potenzialmente rischiose e nella verifica della capacità delle imprese di attuare efficacemente le misure di prevenzione. Questa convergenza è foriera di un lavoro sinergico tra l'assicurazione e l'ente pubblico, che potrebbe rivelarsi particolarmente efficace. In questa direzione, un eventuale obbligo di assicurazione del rischio ambientale, normativamente imposto, dovrebbe essere accompagnato da una più chiara regolamentazione di alcuni aspetti strategici, a partire dai casi di esonero dalla responsabilità, dal metodo utilizzato per la quantificazione del danno, dalla stessa nozione di danno ambientale. Inoltre, sarebbero auspicabili forme di partenariato pubblico privato. Il problema della asimmetria informativa, ad esempio, potrebbe trovare soluzione in forme di collaborazione, opportunamente incentivate, tra imprese assicuratrici e istituzioni pubbliche o centri di ricerca, finalizzate a raccogliere e analizzare dati sui rischi, migliorando i modelli predittivi e la capacità di risposta agli eventi.

Interessante, sotto il profilo della collaborazione, il Protocollo d'Intesa, firmato nel 2004, tra Confindustria e ANIA sulla prevenzione dell'inquinamento ambientale, con il quale le due organizzazioni si impegnano a sviluppare iniziative congiunte per favorire e diffondere nel nostro Paese la cultura della prevenzione, quale fattore determinante per limitare la probabilità dell'insorgenza di incidenti che possono provocare fenomeni di inquinamento ambientale. Il Protocollo prevede l'impegno del settore assicurativo a ridurre i costi delle polizze R.C. Inquinamento per le imprese registrate EMAS o certificate ISO 14001, e quello di Confindustria a diffondere informazioni presso le strutture del sistema confederale sui contenuti e le applicazioni pratiche dell'accordo. In tal senso, la diffusione di strumenti di certificazione ambientale risulterebbe assai utile, non soltanto per le imprese

[41] Proprio nella logica della riassicurazione, è stato costituito già nel 1979, dopo i fatti di Seveso, il Pool per l'assicurazione e la riassicurazione della responsabilità civile per danni a terzi da inquinamento, poi ridenominato Pool ambiente per l'assicurazione e la riassicurazione della responsabilità per danni all'ambiente.

ISSN 2036-7821

produttrici, che beneficiano di sconti, ma soprattutto per le imprese assicuratrici, che supererebbero la fase delle necessarie valutazioni ambientali da effettuare sulle singole aziende, potendo fare affidamento sui dati accertati all'esito dei procedimenti di certificazione o registrazione[42].

Forme di collaborazione come quelle appena descritte, capaci di migliorare la sostenibilità economica del rischio ambientale, riducendo sia l'esposizione delle imprese assicuratrici, sia l'impatto negativo sulla collettività, possono rappresentare la chiave di volta per affrontare un problema complesso, la cui risoluzione non può che richiedere il coinvolgimento attivo di tutte le parti in causa.

[42] Sul tema F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza, Milano,* 2006.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Gli atti amministrativi di *ordine* per il buon andamento dell'amministrazione pubblica

di Maura Mattalia

(Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Torino)

Sommario

1. Gli elementi degli atti amministrativi di ordine nell'ordinamento giuridico italiano; 2. Gli atti amministrativi di ordine nell'amministrazione militare; 3. Il problema del "decidere" nell'amministrazione pubblica e gli effetti sulla collettività e nell'economia; 4. L'atto amministrativo di ordine come strumento di buon andamento dell'amministrazione pubblica.

Abstract

Administrative acts of order can be traced back to many types with differentiated characteristics and elements. The evolution of the Italian legal order, academia and case law developed theories to identify elements capable of classifying the different types of order administrative acts.

The purpose of this article is to analyze the origin and evolution of administrative acts of order and to examine their use in the military administration, where the hierarchical relationship between the physical subjects acting within it, the specifics of the public interest protected and likewise the need to guarantee effectiveness and efficiency in its pursuit, characterize the acts issued and its organization.

The analysis aims to investigate the possibility of use to administrative acts of order as a means of overcoming problems of administrative procedures, such as the so-called defensive bureaucracy, the possible perspectives and criticalities in organizational terms and in the performance of administrative functions, as well as the consequences on the economy.

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

ISSN 2036-7821

1. Gli elementi degli atti amministrativi di ordine nell'ordinamento giuridico italiano.

L'"ordine" individua tradizionalmente un comportamento a cui il destinatario è obbligato a conformarsi[1]. Da espressione di volontà del Re, quale originario titolare del potere esecutivo, ad atto finalizzato a conformare un comportamento alla legge[2], la legittimazione dell'atto di "ordine" si è evoluta parallelamente al ruolo dell'amministrazione pubblica nell'ordinamento giuridico.

La nozione di "ordine" è stata negli anni oggetto di dibattito e accostata a molteplici atti giuridici idonei a fare fronte a differenti esigenze dell'azione pubblica e riconducibili ai differenti poteri dello Stato. Ciò ha comportato distinzioni negli elementi essenziali o nelle modalità di adozione degli atti rientranti nella categoria dell'"ordine amministrativo"[3].

Senza entrare nell'ampio dibattito circa la possibile riconduzione di tali atti tra le fonti del diritto (nonché il superamento di tali problematiche giuridiche ed i relativi limiti posti dalla Costituzione, dalle riserve di legge e dai principi dell'ordinamento giuridico)[4], pare utile distinguere le peculiarità degli elementi degli ordini amministrativi evidenziandone i differenti utilizzi.

Il principio di legalità[5] e la tipicità dell'azione amministrativa hanno caratterizzato

---

[1] R. Cavallo Perin, voce *Ordinanze (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, Giuffrè, 2006, 3981-3985; F. Bartolomei, voce *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980; G. U. Rescigno, voce *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (dir. cost e amm.)*, in *NN.D.I.*, XII, Torino, 1965, 90 e s.; F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Varese, Giuffrè, 1964, XXX, 995 e s.

[2] R. Cavallo Perin, voce *Ordinanze (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3981 e s., in cui è ricostruita l'evoluzione dell'"ordinanza" nell'ordinamento giuridico italiano da "potere regio di emanare atti urgenti in deroga alla legislazione vigente", alla riconduzione della decretazione d'urgenza (quale ordinanza legislativa) nella Costituzione (art. 77), alla separazione di tale nozione dagli atti aventi forza di legge ed al suo utilizzo nell'ambito di atti giurisdizionali o amministrativi.

Circa i limiti posti dalle riserve di legge e dai principi dell'ordinamento giuridico si v. nella medesima voce, 3983 e s.

[3] *Ex multis*: R. Cavallo Perin, voce *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I agg., 2010, 366, in cui si evidenzia come con il termine "ordine" e "ordinanza" sia riconducibile a differenti atti relativi al potere giurisdizionale, legislativo ed esecutivo. B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. Santaniello (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1993, III, 105 e s.; Id., voce *Ordine e ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, agg. 1995; G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Riv. AIC*, 2010, 1 e s.

[4] *Ex multis*: R. Cavallo Perin, voce *Ordinanze (diritto amministrativo)*, cit., 3982; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubb.*, 2007, 345 e s. A. Morrone, *Le ordinanze di necessità e urgenza, tra storia e diritto*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2009, 133 e s.;

[5] R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, Giuffré, 1990; Id., voce *Ordinanze (diritto amministrativo)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 3981-3985; Id., voce *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, cit.; M. S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, II, 1185 e s. in cui si chiarisce come la potestà ordinatoria amministrativa non costituisce carattere generale dell'amministrazione pubblica ma trova un limite nella legge e nelle funzioni specifiche conferite

ISSN 2036-7821

l'evoluzione degli "ordini" riducendo la percezione circa la distinzione rispetto altre tipologie di atti amministrativi[6].

Le caratteristiche dell'"ordine" lo hanno reso particolarmente idoneo ad incidere sul rapporto tra autorità e libertà, potendo condizionare i diritti dei destinatari (si v. gli ordini di polizia)[7], e la circostanza che questa tipologia di atti costituiscano l'estrinsecazione di un potere preordinato dall'ordinamento giuridico al perseguimento di un risultato che implica un'azione del destinatario dell'atto (in alcuni casi anche da un'urgenza o da un interesse pubblico superiore), ne connota il carattere esecutorio[8].

---

all'amministrazione; M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, I, 735 e s. Circa il tentativo di riconoscere forza di legge alle ordinanze di necessità e urgenza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale si v. Corte Cost. n. 8 del 1956; Corte Cost. n. 26 del 1961; Corte Cost. n. 100 del 1987; Corte Cost. n. 14 del 1971; Corte Cost. 7 aprile 2011 n.155, in cui il Collegio , dichiarando l'illegittimità costituzionale delle "c.d. ordinanze ordinarie" previste dall'art. 54 c. IV, d.lgs. n. 267 del 2000, statuì l'imprescindibilità dell'osservanza del principio di legalità sostanziale in relazione al conferimento di poteri amministrativi, aggiungendo che "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".

[6] Questo è il caso dei c.d. provvedimenti necessitati. In tali differenti fattispecie il contenuto, i presupposti e le modalità di adozione del provvedimento necessitato-seppure derogatori dell'ordinario iter procedimentale -sono comunque prede-terminati dalla legge mediante uno schema normativo alternativo ove la legge prevede l'esercizio di un potere in ragione del verificarsi di un presupposto previsto dalla legge. In dottrina: M. S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, 949 e s.

[7] Si v. R.D. 18 giugno 1931, n. 773, Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, art. 4, secondo cui "L'autorità di pubblica sicurezza ha facoltà di ordinare che le persone pericolose o sospette e coloro che non sono in grado o si rifiutano di provare la loro identità siano sottoposti a rilievi segnaletici. Ha facoltà inoltre di ordinare alle persone pericolose o sospette di munirsi, entro un dato termine, della carta di identità e di esibirla ad ogni richiesta degli ufficiali o degli agenti di pubblica sicurezza". Cfr. Corte Cost., 22-27 maggio 1962, n. 30, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del presente articolo nella parte in cui prevede rilievi segnaletici che comportino ispezioni. In precedenza: Corte Cost., 2 luglio 1956, n. 8, in cui la Corte dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 TULPS, istitutivo di un potere di ordinanza prefettizia che aveva vietato la vendita dei giornali politici e lo strillonaggio in strada, per violazione degli artt. 76 e 77 Cost., fissando i seguenti limiti al potere di ordinanza: efficacia temporanea, motivazione adeguata, pubblicazione, conformità dell'ordinanza ai principi dell'ordinamento giuridico. Il limite dei principi generali dell'ordinamento fu individuato di nuovo con la successiva sentenza del 23 maggio 1961 n. 26, ritenendo l'art. 2 citato incostituzionale solo nei limiti in cui mancava nella norma un qualsiasi riferimento ad essi: negata la natura legislativa delle ordinanze, si fissava un limite invalicabile nella riserva assoluta di legge e non in quella relativa, a condizione che la norma attributiva del potere circoscrivesse adeguatamente la discrezionalità dell'amministrazione. In dottrina: M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, I, 71 e s. In relazione ai limiti del potere di ordine rispetto alle limitazioni della libertà personale si v.: A. Pace, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Varese, 1964, XXIV, 287 e s. A titolo esemplificativo si v. Cass., S.U., 16 giugno 1958, n. 2068, in Foro It., 1958, 1092 e s.) che, dopo la pronuncia della Corte Cost. n. 8 del 1956, ritenendo legittimo il ricorso ai poteri prefettizi ex art. 2 del T.U.L.P.S., affermò la prevalenza della «tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza» su ogni disposizione vigente: in tal modo con un'interpretazione abnorme si sarebbe verificata «la degradazione del diritto alla libertà di stampa ad interesse legittimo». In dottrina, *ex multis*: F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 996 e 997; M. Mazziotti, *Efficacia delle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1960, 1100 e s.; F. Bilancia, *Ordinanze di necessità e potere di deroga al diritto oggettivo*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3609 e s.

[8] G. Sacchi Morsini, *L'esecuzione delle pretese amministrative. Parte generale*, Padova, 1977, 145.

ISSN 2036-7821

Tratti distintivi delle differenti tipologie di atti amministrativi di "ordine" possono concernere il profilo soggettivo. Dal punto di vista attivo si evidenzia come, in caso di atto amministrativo complesso, più organi o soggetti pubblici possano essere coinvolti nel procedimento amministrativo per la sua adozione[9], configurando ordini monocratici e ordini collegiali.

I privati, che a seguito di abilitazione o che prestano attività dichiarate di pubblica necessità, possono essere posti (in ipotesi limitate) in un rapporto di supremazia rispetto al destinatario dell'ordine[10].

La circostanza che all'incaricato di pubblico servizio competa "un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale", comporta una capacità discrezionale, anche solo minima, che implica lo svolgimento di mansioni "intellettuali" che possono comportare l'adozione di un ordine[11].

Sempre dal punto di vista soggettivo si può distinguere tra ordini adottati direttamente dal titolare dell'organo titolare del relativo potere (ordini diretti) da quelli adottati da un organo amministrativo differente (ordini indiretti).

Ulteriori considerazioni concernono il soggetto passivo dell'atto di ordine e riguardano la natura giuridica del destinatario dell'"ordine"[12].

---

[9] Si v. il caso in cui l'atto di "ordine" sia adottato di concerto da più organi o pubbliche amministrazioni. Questo è il caso dell'espulsione amministrativa degli stranieri, in cui si prevede che sia disposta dal Ministero dell'Interno, previa comunicazione alla Presidenza del Consiglio e al Ministero degli affari esteri. Cfr. d.lgs. n. 286 del 1998, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, art. 13.

[10] C.p., art. 359, circa le persone esercenti un servizio di pubblica necessità.

[11] C.p., art. 358. L'individuazione delle caratteristiche della qualifica di incaricato di pubblico servizio risulta problematica in casi nei quali l'ente privato esercita la funzione pubblica, tipicamente in forma di concessione. In questi casi, all'interno della organizzazione, risulta più complesso distinguere tra le attività che siano esercizio della funzione ed attività che, pur non essendo qualificabili quali "mansioni d'ordine" ovvero attività materiali, non siano comunque esercizio della pubblica funzione. Un caso peculiare trattato in giurisprudenza riguarda il servizio radiotelevisivo rispetto al quale non ogni attività di esercizio rientra nell'ambito della pubblica funzione. La giurisprudenza ha negli anni ampliato la categoria riconoscendo la qualifica di incaricato di pubblico servizio a differenti figure. Cfr. *ex multis*: Cass. Pen., 10 marzo 2020, V, n. 9393, riferita all'infermiere operante in una struttura sanitaria privata quanto all'esercizio di poteri certificativi (in sede di redazione della cartella medica o della scheda infermieristica); Cass. Pen., VI, 9 novembre 2017, n. 57233/2017, in cui la qualifica è riconosciuta all'educatore professionale dipendente di un'azienda ospedaliera, in considerazione della natura autonoma e discrezionale delle mansioni espletate, disciplinate dal d.m. 8 ottobre 1998, n. 520; Cass. Pen., VI, 26 giugno 2013, n. 34086, in relazione al ruolo dell'impiegato che venga incaricato di predisporre le domande che verranno inserite nell'elenco dei quiz da sottoporre ai candidati all'ammissione al corso di laurea specialistica; Cass. Pen, VI, 9 luglio 1998, n. 10138, in relazione ai servizi postali e quelli di telecomunicazioni ove la Corte riconosce la qualità di incaricato di pubblico servizio dell'impiegato postale addetto alla selezione e allo smaltimento della corrispondenza in arrivo o in partenza.

[12] R. Cavallo Perin, voce *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I agg., 2010.

ISSN 2036-7821

Il destinatario dell'"ordine" può essere un soggetto giuridico interno all'amministrazione (si v. l'ordine di servizio nei rapporti di impiego pubblico e il dovere del dipendente di adempiere[13]).

Nel caso in cui l'"ordine" sia rivolto ad un soggetto giuridico esterno all'amministrazione, il principio di legalità costituisce l'elemento che fonda la sovra-ordinazione riconosciuta alla pubblica amministrazione rispetto al destinatario dell'ordine. In questo caso il provvedimento amministrativo non opera in ragione di un rapporto gerarchico ma indica al destinatario il comportamento conforme alla legge (come nel caso in cui sia richiesto il rispetto di discipline di settore) al fine di garantire la tutela di un preminente interesse pubblico.

Nell'intento di perseguire interessi pubblici superiori (ordine pubblico, salute, tutela dell'ambiente) l'atto di ordine può incidere sull'iniziativa economica privata, in caso di requisizione di edifici[14] o beni di proprietà privata produttivi di reddito[15], o sulle modalità di esercizio di un'attività economica, ponendone limitazioni circa le modalità di esercizio[16] o i contenuti della prestazione[17].

In tale senso si possono ritrovare ordini che importano la cessazione immediata dell'attività economica intrapresa, con imposizioni a contenuto temporaneo ma che non escludono in taluni casi effetti permanenti, come con evidenza appare nell'ordine impartito agli allevatori di provvedere ad abbattere gli animali colpiti da malattia infettiva[18], o di distruzione di colture o piantagioni[19].

---

[13] Gli ordini di servizio sono disciplinati dal C.C.N.L. quale espressione dei doveri di fedeltà alla Repubblica e disciplina ed onore (Cost. art. 54). Si v. C.C.N.L. Funzioni locali 2019 2021, art. 71, lett. h), secondo cui il dipendente deve "eseguire le disposizioni inerenti all'espletamento delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartite dai superiori; se ritiene che l'ordine sia palesemente illegittimo, il dipendente deve farne rimostranza a chi lo ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto ha il dovere di darvi esecuzione; il dipendente non deve, comunque, eseguire l'ordine quando l'atto sia vietato dalla legge penale o costituisca illecito amministrativo". Sui doveri dei dipendenti pubblici cfr. anche: l. n. 165 del 2001, art. 54; D.P.R. n. 62 del 2013. Per una analisi delle posizioni giuridiche soggettive connesse allo *status* di funzionario pubblico si v.: B. Gagliardi, *Adempimento della prestazione e obblighi accessori del dipendente*, in F. Merloni – R. Cavallo Perin (a cura di) *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, 180 e s.

[14] Ad es. le requisizioni di alloggi disposte dai sindaci in favore di "senza tetto". Si v. l'analisi in R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 35, in cui è approfondita la giurisprudenza sul tema.

[15] l'ordine del prefetto consisteva nella "concessione", previa requisizione, di terre seminate a cooperative di contadini (19

[16] Ad es. in relazione all'orario di svolgimento dell'attività.

[17] Ad es. in relazione a limitazioni alla vendita di bevande alcoliche, circa l'emissione di sostanze nell'ambiente, circa la salute o la sicurezza dei lavoratori. R. Ferrara, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la « storia infinita » delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amm. -Tar*, 2007, 2910.

[18] Cons. St., III, 3 novembre 2022, n. 9578; Cons. St., III, 3 novembre 2022, n. 9557; T.A.R. Sicilia, Catania, IV, 22 giugno 2022, n. 1650, con riferimento all'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione circa il conferimento dell'indennità; Cass., S.U., 20 marzo 2008, n. 7449, circa l'eventuale diniego all'indennizzo per

ISSN 2036-7821

Anche al di fuori degli ordini che importano effetti irreversibili su una determinata attività economica l'incidenza del potere di ordine nell'economia si può rilevare ancora più gravoso. Basti pensare, a titolo esemplificativo, agli ordini sindacali di chiusura di stabilimenti industriali o limitazione dell'attività degli stessi perché ritenuti potenziali cause di inquinamento delle acque[20], in caso di rimozione o omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro[21] o alla mancanza di conformità alle previsioni sulla sicurezza[22].

In questi casi la necessità di valutazioni tecniche possono costituire un limite ulteriore all'adozione di un "ordine". Questa necessità ha portato alla istituzione di enti pubblici e autorità amministrative dotati dalla legge di specifiche competenze tecniche, e poteri che possono essere di regolazione, vigilanza o sanzionatori (es. in materia di farmacovigilanza)[23]. In quest'ultimo caso peculiare risulta l'esperienza del c.d. "potere d'ordine" dell'Autorità Nazionale Anticorruzione[24] che, nell'ipotesi di un possibile inadempimento rispetto alle indicazioni rese ad una singola amministrazione, aveva disposto una sanzione reputazionale (nei confronti dell'amministrazione destinataria). Tale previsione è successivamente confluita nel riconoscimento di una legittimazione attiva in sede giurisdizionale dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti "di rilevante impatto" (in caso di vizi di legittimità individuati all'interno dei documenti di gara e previo

precedenti violazioni normative; Cass., VI - 3 Ord., 11 aprile 2014, n. 8505, ove l'obbligo di pagare le indennità previste dalla legislazione regionale siciliana in caso di abbattimento di animali infetti è posto in capo all'azienda sanitaria provinciale.

[19] Si v. gli ordini di abbattimento di alcuni ulivi secolari infetti da Xylella. T.A.R. Puglia, Bari, III, 21 marzo 2023, n. 514 in cui era impugnato l'atto adottato dalla Sezione Osservatorio fitosanitario - Dipartimento agricoltura, sviluppo rurale e ambientale della Regione Puglia.

[20] Circa il reato di avvelenamento di acque si v. l'art. 439 c.p.; Cass. pen., II, 19 gennaio 2021, n.12323; Cass. pen., IV, 25 settembre 2018, n. 48548; Cass. pen. IV, 10 maggio 2018, n.25547; Trib. Venezia, 29 maggio 2002.

[21] Circa la fattispecie di reato si v. l'art. 437 c.p. Cass. pen., I, 24 gennaio 2023, n. 24945, in relazione alla mancata: collocazione di idonea cartellonistica relativa ai carichi di alcuni scaffali, predisposizione di mezzi e impianti di estinzione, realizzazione di uscite di emergenza adeguate e installazione di cartellonistica relativa alle emergenze antincendio e a queste connesse. Cass. pen., IV, 25 novembre 2020, n.7939.

[22] T.A.R. Piemonte, Torino, I, 26 ottobre 1983, n. 10, in cui si ritiene legittimo il provvedimento, adeguatamente motivato, col quale il sindaco dispone la chiusura di un ristorante con capienza superiore a cento posti perché privo delle necessarie uscite di sicurezza, sulla base delle risultanze di una visita di controllo eseguita dai vigili del fuoco e in seguito a sollecitazione del prefetto, che successivamente ha aderito a tale misura.

[23] Si v. l'ordine di ritiro dal commercio disposto dall'Agenzia Italiana del Farmaco in caso di mancato rilascio, revoca o sospensione dell'autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci. Cfr. D.lgs. n. 219 del 2006, art. 144, attuativo della Direttiva CE 83/2001, in materia di farmaci ad uso umano.

[24] L'esercizio di tale potere era previsto nel caso di mancata adozione di atti o provvedimenti richiesti dal Piano nazionale anticorruzione e dal piano triennale di prevenzione della corruzione nonché dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa o nel caso di comporta1nenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza. Si v. il combinato disposto dall'art.1, c. III della l. 190 del 2012 e del paragrafo 6 della delibera ANAC 18 novembre 2014 n. 146. In dottrina: G. M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2015, 358

ISSN 2036-7821

parere motivato)[25].

Infine, circa i soggetti, il destinatario dell'ordine può essere un soggetto singolo (ordine individuale) o una pluralità di soggetti (ordine generale).

Da un punto di vista oggettivo una prima distinzione concerne il margine di discrezionalità che la norma, attributiva del potere di ordine, lascia in capo al soggetto pubblico che pone in essere l'ordine amministrativo. Si distinguono quindi gli ordini a contenuto discrezionale, in cui si richiede una valutazione al soggetto attivo, da quelli a contenuto vincolato.

Una seconda distinzione concerne l'oggetto dell'"ordine". Questo può consistere nel porre in capo al destinatario una posizione giuridica soggettiva di svantaggio che può essere distinta in un obbligo attivo (di fare) o omissivo (non fare), nonché più comportamenti[26]. In questo modo possono essere distinti ordini semplici ed ordini complessi.

Possono essere inoltre distinti ordini personali, che devono essere realizzati direttamente da un soggetto, ordini reali, in cui l'interesse pubblico si realizza unicamente intervenendo su una data cosa, ordini fungibili ed infungibili.

La forma dell'ordine è un ulteriore elemento che contraddistingue tali atti.

L'ordine (e il suo contenuto) deve essere distinto dalla tipologia di atto, provvedimento, comportamento o differente strumento all'interno del quale è inserito. Stante il principio di libertà delle forme e un generale ricorso alla forma scritta[27], utilizzando anche le "tecnologie dell'informazione e della comunicazione"[28], l'ordine può rivestire forme diversificate. È infatti possibile, a seconda delle differenti

[25] Il riconoscimento della legittimazione attiva all'ANAC era originariamente previsto dal d.lgs. n. 50 del 2016, art. 211, c. I bis (comma inserito dall'art. 52 ter del d.l. n. 50 del 2017 conv. con l. 21-6-2017, n. 96) ed è oggi previsto al d.lgs. n. 36 del 2023, art. 220, c. II e II. Tale potere riprende quanto già previsto per l'AGCM dalla l. n. 287 del 1990, art. 21 bis. In dottrina: R. De Nictolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, 1-7-2017 in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove l'Autore esclude dall'ambito di applicazione della disciplina i comportamenti e gli atti non provvedimentali posti in essere dalla stazione appaltante.

[26] F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 995. Circa gli atti di ordine comprensivi di più indicazioni si v. ad esempio in tema di misure di prevenzione, l'ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio. Questo atto si caratterizza per la duplice intimazione di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel Comune oggetto dell'ordine di allontanamento, con la conseguenza che la mancanza di una delle due prescrizioni determina l'illegittimità del provvedimento, rilevabile dal giudice penale al fine di disapplicarlo per difformità dalla fattispecie tipica, con la conseguente insussistenza del reato di cui all'art. 76, c. III, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. Cfr. Cass. Pen. I, 5 marzo-7 maggio 2020, n. 13975, ove, in tema di misure di prevenzione, si chiarisce come l'ordine di rimpatrio con foglio di via obbligatorio sia connotato dalla duplice intimazione di fare rientro nel luogo di residenza e di non ritornare nel Comune oggetto dell'ordine di allontanamento, con la conseguenza che la mancanza di una delle due prescrizioni determina l'illegittimità del provvedimento, rilevabile dal giudice penale al fine di disapplicarlo per difformità dalla fattispecie tipica, con la conseguente insussistenza del reato di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, art. 76, c. III.

[27] L. n. 241 del 1990, art. 2.

[28] D.lgs. n. 82 del 2005, art. 12, in relazione all'azione amministrativa.

ISSN 2036-7821

situazioni, l'utilizzo della forma grafica (es. in relazione alla disciplina della circolazione stradale[29]), le predisposizioni di segnali acustici[30], la modalità verbale (es. in relazione ad un atto iussivo o nel c.d. rapporto disciplinare in caso di richiamo verbale) o da un insieme di questi[31].

2. Gli atti amministrativi di ordine nell'amministrazione militare.

Il ricorso agli atti d'ordine origina un vincolo che assume connotazioni proprie nell'amministrazione militare. Questo settore dell'amministrazione si è evoluto in maniera peculiare, in ragione della funzione svolta, e l'atto amministrativo di ordine ha acquisito caratteristiche proprie.

L'organizzazione dell'amministrazione militare e di quella civile trovano le origini nel concetto di gerarchia, salvo poi evolversi in maniera differente. L'amministrazione civile ha subito una spersonalizzazione che ha reso l'ufficio pubblico centro di imputazione astratta delle funzioni di competenza[32]. Nell'amministrazione militare il rapporto gerarchico è rimasto incentrato su relazioni organizzative fondate sul ruolo ricoperto dai soggetti, distinti sulla base del loro grado e delle funzioni di comando ricoperte[33].

---

[29] D.lgs. n. 285 del 1992 ed il suo regolamento di esecuzione ed attuazione, D.P.R., n. 495 del 1992 nel testo coordinato con le modifiche del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 conv. con modificazioni in l. 11 settembre 2020, n. 120.

[30] R.D. 18 giugno 1931, n. 773, *Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza*, artt. 22-23, ove, in relazione allo scioglimento di una riunione pubblica, si dispone che "qualora l'invito rimanga senza effetto, è ordinato il discioglimento con tre distinte formali intimazioni, preceduta ognuna da uno squillo di tromba".

[31] D.lgs. n. 285 del 1992, art. 44, ove in relazione ai passaggi a livello le relative indicazioni sono di tipo grafico (semibarriere ed un dispositivo luminoso a due luci rosse lampeggianti alternativamente che entra in funzione per avvertire in tempo utile della chiusura delle semibarriere), integrato da un dispositivo di segnalazione acustica.

[32] d.lgs. n. 66 del 2010, art. 10, in cui il Ministro della difesa è individuato quale "massimo organo gerarchico e disciplinare". V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, cit., 118. L'evoluzione distinta dell'amministrazione civile e di quella militare è ricostruita in R. Ursi, *L'amministrazione militare*, cit., 262 e s. Sulle modifiche all'organizzazione dell'amministrazione civile si v. D.P.R. 748 del 1972, d.lgs. n. 29 del 1993, d.lgs. n. 165 del 2001, che con l'introduzione della dirigenza nell'organizzazione amministrativa, la distribuzione delle competenze e l'evoluzione di un approccio manageriale nella gestione degli uffici, contribuiscono a ridurre l'organizzazione gerarchica dell'amministrazione civile. In dottrina: B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, cit., 338 e s.; F. Merloni, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra politica e amministrazione)*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 319 e s.; G. Corso, *Il dirigente pubblico e la responsabilità dei risultati*, in D. Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, Cedam, 1998, 572 e s.; L. Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000; A. Pioggia, *La managerialità nella gestione amministrativa*, in F. Merloni – A. Pioggia – R. Segatori (a cura di), *L'amministrazione sta cambiando?*, Milano, Giuffrè, 2007, 117 e s.

[33] d.lgs. n. 66 del 2010, art. 626-632, in cui si disciplinano le categorie dei militari, i gradi e la loro corrispondenza nelle differenti armi. Cfr. anche: Cons. St., IV, 5 novembre 2018, n. 6259, ove il Collegio, nell'affermare che il militare inquisito può essere difeso in sede disciplinare da un militare di grado non superiore a quello del presidente della commissione ancorché nello stesso abbia maggiore anzianità, fornisce una lettura dell'art. 626, c. I, secondo cui "il personale militare è ordinato gerarchicamente in relazione al grado rivestito. Il grado corrisponde alla posizione che il militare occupa nella scala gerarchica".

ISSN 2036-7821

Nell'ambito dell'amministrazione militare il concetto di gerarchia richiede infatti di essere distinto. Esiste una "gerarchia amministrativa" (che rileva quale modello organizzativo per disciplinare i rapporti interorganici) e una "gerarchia militare", su cui si fonda l'essenza della disciplina militare e delle relazioni di servizio tra il relativo personale. In tale contesto i rapporti gerarchici, benché svolti nel rispetto del principio di legalità, assumono una particolare connotazione soggettiva[34]. Le relazioni organizzative interne tendono quindi individuare un centro di imputazione e punto di riferimento costante nel titolare dell'ufficio in quanto persona fisica (il comandante o il superiore gerarchico)[35] che trova nel relativo grado un elemento distintivo[36].

In tale contesto l'ordinamento militare prevede l'emanazione di ordini militari[37] o ordini di requisizione[38]. Questi costituiscono una esemplificazione di atti di ordine rivolti a soggetti interni all'amministrazione (i primi) o anche esterni ad essa (i secondi).

I primi costituiscono l'espressione dell'organizzazione e dell'attività dell'amministrazione militare che trova nella gerarchia[39] il proprio principio ordinatore[40]. La gerarchia del grado (fondata sul grado ricoperto quale elemento caratterizzante) deve quindi essere distinta dalla gerarchia del comando (fondata su posizioni organizzative di comando conferite mediante ordini di attribuzioni o competenze)[41].

---

[34] Sul rapporto tra modello organizzativo gerarchico e principio di legalità si v. G. Marongiu, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1968, 627 s.; L. Arcidiacono, voce *Gerarchia amministrativa*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, Treccani, 1989, 6 s.; F. S. Severi, voce *Gerarchia e rapporti interorganici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, VII, Torino, Utet, 1991, 140 s.

[35] V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, 5 e s.; A. Intelisano, *Introduzione ai principi della disciplina militare*, in S. Riondato, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze armate*, Padova, 1995, 14 s.

[36] Sulla disciplina dei gradi nell'ordinamento militare: d.lgs. n. 66 del 2010, art. 850 e s. In giurisprudenza: Cons. St., IV, 25 febbraio 2013, n. 1114, in cui si chiarisce il rapporto tra superiorità di grado e anzianità di grado. Questi due aspetti si muovono su piani diversi, l'una escludendo l'altra: l'anzianità di grado presuppone la parità nell'ambito del grado nel quale si fa il raffronto.

[37] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 1349

[38] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 397.

[39] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 626, che disciplina i rapporti di gerarchia nell'ordinamento militare ed il rapporto di subordinazione. Sulla definizione dell'ordinamento militare come ordinamento normativo disciplinare: D. Bortolotti, voce *Disciplina militare (diritto amministrativo)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Treccani, XI, 1989; T. Marchi – E. Casetta, voce *Gerarchia*, in *Nuov. Dig. It.*, Torino, UTET, 1968, VII, 806 e s. Sull'ordinamento militare, come ordinamento tipicamente organizzatorio, imperniato principalmente sulla formula gerarchica: B. Cavallo, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 352 e s.

[40] R. Ursi, *L'amministrazione militare*, Torino, Giappichelli, 2019, 259 e s.; A. Intelisano, *Introduzione ai principi della disciplina militare*, in S. Riondato, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze armate*, Padova, 1995, 15 e s.

[41] D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art.715, c. I, lett. b), in cui ci si riferisce ai rapporti di subordinanzione ed ai relativi doveri dei soggetti subordinati includendo "i militari di pari grado o di grado inferiore investiti di funzioni di comando o di carica di comando". V. Santoro, *sub art. 12*, in S. Riondato, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze armate*, cit., 111 e s.

ISSN 2036-7821

Obbedienza[42] e disciplina[43] (aggiungendosi alla fedeltà[44]) rappresentano doveri il cui rispetto rende effettivo il rapporto gerarchico nell'amministrazione militare[45], contribuendo all'efficacia dell'atto di ordine. Il carattere "assoluto" del primo elemento è tale da rendere non rilevante la forma della sua adozione[46].

L'ordine assume carattere strumentale che crea rapporti giuridicamente rilevanti tra il superiore gerarchico ed il soggetto a lui subordinato. Il primo ha il dovere di impartire ordini chiari[47] che, conformi alle norme in vigore, devono attenere alla disciplina e alle modalità di svolgimento del servizio senza eccedere i compiti di istituto[48]. Il secondo ha un dovere di "esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato"[49].

---

[42] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 626, c. III, in cui si chiarisce il rapporto di subordinazione dell'inferiore nei confronti del superiore gerarchico e si specifica che "dal rapporto di subordinazione deriva il dovere di obbedienza". Si v. anche l'art. 1347 che definisce l'obbedienza, quale dovere assoluto, come l'"esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato". Il dovere di obbedienza trova un limite ove l'ordine sia rivolto contro le Istituzioni dello Stato o sia tale da comportare una fattispecie di reato (cfr. art. 1349, c. II). M. Longo, *Incompatibilità del funzionario pubblico, principio di gerarchia e obblighi di collaborazione*, in F. Merloni – R. Cavallo Perin (a cura di) *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., 217 e s.

[43] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 1346, c. II., prende in considerazione il concetto di "disciplina" su cui si ricostruisce il rapporto di gerarchia. Nel testo si riconosce che "per il conseguimento e il mantenimento della disciplina sono determinate le posizioni reciproche del superiore e dell'inferiore, le loro funzioni, i loro compiti e le loro responsabilità. Da ciò discendono il principio di gerarchia e quindi il rapporto di subordinazione e il dovere dell'obbedienza". R. Ursi, *L'amministrazione militare*, Torino, Giappichelli, 2019, 259 e s.; A. Intelisano, *Introduzione ai principi della disciplina militare*, in S. Riondato, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze armate*, Padova, 1995, 15 e s.

[44] Sulla fedeltà e sui doveri dei pubblici dipendenti si v.: R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. Merloni – R. Cavallo Perin (a cura di) *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., 150 e s.; A. Cerri, *"Sul principio di fedeltà"*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 763 e s.; L. Ventura, *Commento all'art. 54*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1994, 54 e s.; G. Lombradi, voce *Fedeltà (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XVII, 167 e s.

[45] D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, *Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246*, art.715, c. I, lett. a), relativo ai doveri attinenti alla dipendenza gerarchica.

[46] Cons. St., IV, 21 maggio 2010, n. 3227, in cui l'ordine è definito come atto amministrativo discrezionale a forma libera, di norma unisussistente, contenente un precetto imperativo tipico della disciplina militare; Cass. Pen., I, 15 luglio 1993, in Cass. Pen., 1995, 68, in cui è chiarito come "la manifestazione di volontà del superiore, attinente al servizio o alla disciplina, quando quella non lasci intendere alcuna libertà di comportamento all'inferiore, deve essere considerata "ordine", a nulla rilevando la forma più o meno autoritaria usata dal superiore" ed essendo vincolato al dovere di obbedienza.

[47] D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art. 727.

[48] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 1349; D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art. 725.

[49] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 1347; D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art. 729. Circa l'insubordinazione si v. Corte Cost., 21 gennaio 1991, n. 22, in cui si ritiene costituzionalmente illegittimo l'art. 199 c.p.m.p. (limitatamente alle parole " o in luoghi militari "), in quanto rende applicabili le più severe disposizioni penali sull'insubordinazione e sull'abuso di autorità a fatti quali le percosse, le lesioni e le ingiurie fra militari commessi per cause estranee al servizio e alla disciplina militare perché perpetrati in luogo militare. L. Gatto, *Disobbedienza: il rifiuto, ragionevolmente motivato, di eseguire l'ordine è coerente con l'oggettività della tutela?*, in *Rass. Giur. Mil.*, 1994, 247 e s.

ISSN 2036-7821

Tale previsione, nel riprendere i doveri connessi al rapporto di pubblico impiego[50], assume un'enfasi peculiare nell'amministrazione militare ove l'esecuzione dell'ordine richiede "assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane" e di essere realizzata "con disciplina e onore, con senso di responsabilità e consapevole partecipazione, senza risparmio di energie fisiche, morali e intellettuali affrontando, se necessario, anche il rischio di sacrificare la vita"[51].

Alcune tipologie di ordini adottati dall'amministrazione militare possono essere diretti a soggetti esterni all'amministrazione. È questo il caso degli ordini di requisizione. Questi atti trovano riscontro nella disciplina di diritto comune che, dopo aver stabilito che in presenza di "gravi e urgenti necessità pubbliche, militari o civili, può essere disposta la requisizione dei beni mobili o immobili, prevede una "una giusta indennità"[52]. Gli atti di requisizione costituiscono inoltre misure eccezionali volte a giustificare una limitazione dei normali diritti della persona e del cittadino che trovano le proprie origini nel contesto del fenomeno della guerra e nel campo d'azione degli eserciti[53] e proprio il caso di guerra ovvero la grave crisi internazionale ne delimitano l'ambito di applicazione[54].

L'ordine di "requisizione" comporta il trasferimento coatto della proprietà o dell'uso di beni e servizi su richiesta dell'autorità militare[55]. Tale atto, immediatamente esecutorio[56], estingue i rapporti giuridici preesistenti sul bene oggetto di requisizione[57].

All'iniziale unica funzione di sopperire ad esigenze di ordine militare in tempo di guerra, si è aggiunta la funzione ulteriore di fare fronte anche in tempo di pace alle

[50] D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, art. 16; D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

[51] D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art. 712. Sui doveri di disciplina e onore nel pubblico impiego si v. G. M. Racca, *Disciplina e onore nell'attuazione dei codici di comportamento*, in F. Merloni – R. Cavallo Perin (a cura di) *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., 250 e s.; L. Ventura, *Commento all'art. 54*, cit., 54 e s.

[52] art. 835 c.c., prevedendo la disciplina mediante leggi speciali. In dottrina: P. Rescigno, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 254 e s.; A. M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1972, 465 e s.

[53] Il principio medioevale "*quisquis in terra mea est, meus subditus est*", quale trasposizione del diritto assoluto del signore sulle terre, comportò una sua estensione analogica alla necessità del sovrano di provvedere al suo esercito affinché disponesse di quanto necessario per vivere, muoversi e combattere. Si v. il *diritto d'hébergement*, tradizionalmente riservato proprio alle figure del re e del signore, nella veste di diritto riconosciuto a favore delle milizie di alloggiare presso le dimore sul territorio.

[54] D.lgs. n. 66 del 2010, artt. 370 e s.

[55] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 397. Circa i beni requisibili si v. l'art. 371, in cui si indicano: "a) le cose immobili e mobili, comprese le aziende; b) le invenzioni; c) i servizi individuali e collettivi". Una disciplina speciale è prevista per le requisizioni di quadrupedi, veicoli e natanti di acqua dolce in caso di guerra o di grave crisi internazionale, cfr. artt. 455 e s. Circa i limiti soggettivi e oggettivi alla requisizione si v, gli artt. 372-377. In relazione: ai beni immobili requisibili, si v. l'art. 378; ai beni mobili, si v. l'art. 387; alle invenzioni, si v. artt. 390-391; ai servizi, si v. art. 392.

[56] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 397, c. II.

[57] D.lgs. n. 66 del 2010, art. 398.

ISSN 2036-7821

esigenze connesse con la preparazione in funzione della guerra o crisi internazionali.

La requisizione, nell'ordinamento giuridico italiano, condivide con le espropriazioni il proprio fondamento giuridico nella Costituzione[58]. I contestuali caratteri della temporaneità[59], dell'urgenza[60] e l'indennità[61], distinguono le requisizioni dagli atti ablatori. Il corrispettivo al sacrificio patito dal privato costituisce un elemento sempre presente nella procedura di requisizione, che serve altresì a distinguere e a differenziare la procedura di requisizione rispetto a quella delle ordinanze contingibili ed urgenti.

La circostanza per cui gli ordini dell'amministrazione militare possano derogare alle previsioni sul procedimento amministrativo ed in particolare quelle relative ai principi, all'obbligo di motivazione, alla partecipazione ed alla semplificazione dell'azione amministrativa pone ulteriori questioni rilevanti per la loro sindacabilità giurisdizionale[62].

Questo può verificarsi in relazione all'assenza di una partecipazione al procedimento amministrativo[63] o di adeguati aspetti motivazionali[64], ove le esigenze funzionali

[58] Cost., art. 42, c. III, "La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale".

[59] Il procedimento amministrativo che individua l'interesse pubblico urgente da curare (evidenziando il nesso di causalità tra evento ed attività amministrativa, produce come effetto quello di estinguere temporaneamente nella sfera del proprietario l'usufrutto della cosa o - meglio - il diritto di proprietà della cosa, oppure di imporre un obbligo di fare per tutta la durata della necessità che le ha generate. A titolo esemplificativo: R.D. 18 giugno 1931, n. 773, art. 2; d.lgs. 18 agosto 200, n. 267, art. 50.

[60] Il carattere dell'urgente necessità è ritenuto qualificante per esprimere il concetto di requisizione, e tale da distinguere ulteriormente la categoria rispetto a quella dell'espropriazione.

[61] Il diritto all'indennità (qualificato come serio, congruo, adeguato e non meramente simbolico. Si v. Corte Cost., 6 dicembre 1977, n. 138; Corte Cost. 6 marzo 1974, n. 58; Corte Cost., 28 aprile 1970, n. 63; Corte Cost., 8 luglio 1969, n. 115; Corte Cost., 9 aprile 1965, n. 22; Corte Cost., n. 91 del 18 giugno 1963), costituisce il corrispettivo del sacrificio patito e, dall'altro, il dovere di indennizzare, incombente sul soggetto beneficiario della requisizione medesima (sia esso un terzo ovvero la stessa amministrazione). D.lgs. n. 66 del 2010, artt. 420-431. Circa l'indennizzo relativo alle requisizioni di quadrupedi, veicoli e natanti di acqua dolce in caso di guerra o di grave crisi internazionale, si v. art. 461.

[62] d.lgs. n. 66 del 2010, art. 1349, c. III, in cui si afferma che "agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241". Sui profili di incostituzionalità di tale previsione con l'art. 52, C. III, Cost., si v. F. Castiello, *Diritto amministrativo militare*, Roma, Larus Robuffo, 2011, 85.

[63] Cons. St., IV, 2 aprile 2019, n. 2167, secondo cui il trasferimento d'autorità di un militare non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento; TAR Piemonte, Torino, I, 27 gennaio 2020, n. 63.

[64] Cons. St., IV, 9 novembre 1999, n. 2106; Cons. St., IV, 15 luglio 1999, n. 1235; Cons. St., IV, 21 gennaio 1997, n. 33, secondo cui l'ordine militare non richiede alcuna motivazione perché intrinseco a una materia in cui l'interesse pubblico specifico del rispetto della disciplina e dello svolgimento del servizio prevalgono in modo diretto e immediato su qualsiasi altro. Differenti posizioni sono presenti nei giudizi di primo grado. Circa la necessità di una motivazione, sia pur succinta, e non facente generico riferimento ad imprecisate esigenze di servizio, al fine di potere stabilire l'*iter* logico e quali siano state le ragioni che hanno influito, in senso decisivo, sulla decisione adottata, si v. TAR Abruzzo, L'Aquila, 23 gennaio 2003, n. 204, *Foro amm.-TAR*, 2003, 650; TAR Abruzzo, L'Aquila, 19 aprile 2002, n. 222, *ivi*, 2002, 1319, in cui il Collegio afferma che "anche se si atteggia diversamente a seconda del tipo di atto, in relazione all'intensità della tutela accordata dalla legge agli interessi in

ISSN 2036-7821

dell'amministrazione della difesa e la continuità delle relative funzioni costituiscono le ragioni individuate dalla giurisprudenza per giustificare tali peculiarità.

In tale contesto, il corretto perseguimento della funzione istituzionale dell'organizzazione, costituisce un limite all'adempimento dell'ordine e giustificazione per l'eventuale inadempimento[65].

La resistenza all'ordine può assumere un connotato "attivo", comportando l'adozione di atti e comportamenti contrari all'ordine impartito che possono assumere una rilevanza civile, amministrativa[66], ma anche penale[67].

---

gioco, il principio di motivazione ha valore garantistico endoprocedimentale, dato che si pone quale salvaguardia essenziale della correttezza e legalità del procedimento. Di conseguenza, anche a fronte di un provvedimento di trasferimento d'autorità disposto dall'amministrazione militare, inquadrabile nel *genus* degli ordini, non viene meno l'obbligo di questa di esporre compiutamente le ragioni della scelta operata, non potendo riconoscersi all'amministrazione una discrezionalità assoluta e insindacabile, tale da escludere l'obbligo di una pur succinta motivazione"; TAR Sardegna, 9 maggio 2002, n. 497, *ibid.*, 1798; TAR Emilia-Romagna, Parma, 26 giugno 2001, n. 411, in *Foro amm.*, 2001, 2111; TAR Toscana, I, 15 maggio 2000, n. 872, in *ibid.*, 130. Sull'ordine di trasferimento come mero atto esecutivo dell'attuazione di precedenti atti di pianificazione e programmazione, si v. TAR Lazio, Roma, I, 4 aprile 2017, n. 4228. Circa l'interpretazione per cui il trasferimento di autorità di un militare non richiede motivazione e prevale sull'interesse del militare a prestare servizio in altra sede, cfr. anche Cons. St., IV, 8 aprile 2019, n. 2267, ove il Collegio afferma che "nel sistema vigente i trasferimenti d'autorità dei militari sono: a) qualificabili come "ordini", rispetto ai quali l'interesse del militare a prestare servizio in una determinata sede assume, di norma, una rilevanza di mero fatto; b) strettamente connessi alle esigenze organizzative della Pubblica amministrazione, disciplina che connota il rapporto di servizio del relativo personale; c) sottratti all'applicazione della normativa generale sul procedimento amministrativo in conformità di quanto ora testualmente dispone l'art. 1349, c. III, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66; d) non richiedono nemmeno una particolare motivazione, atteso che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente sugli altri eventuali interessi del subordinato; Cons. St., IV, 31 maggio 2018, n. 3255. In relazione ai trasferimenti del personale si v.: R. Tallarico, *L'obbligo di motivazione, con particolare riferimento agli ordini militari*, in *Cons. Stato*, 1997, II, 515; G. Crepaldi, *La motivazione dell'ordine militare di trasferimento*, in *Foro amm.-CdS*, 2002, 3191 e s.; L. Scirman, *Il trasferimento del militare nell'ordinamento delle FF.AA.: una differente impostazione*, in *Dir. mil.*, 2002, n. 2-3, 33 ss.; L. D'Angelo, *Trasferimento d'autorità nelle PP.AA. natura giuridica e garanzie dell'interessato*, *ivi*, 2003, n. 1-2, 7 ss.; M. P. Genesin, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento di militare*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 651 ss.; S. Rodriquez, *Brevi riflessioni sul trasferimento di autorità del militare*, in *Giur. it*, 2004, 1956.

[65] R. Ursi, *L'amministrazione militare*, cit., 268-269; M. Scagliola, *Considerazioni sul contenuto e limiti del dovere di obbedienza gerarchica militare*, in *Rass. Arma Carabinieri*, 1971, 1091 e s.

[66] S. Rodriquez, *Corte dei conti e responsabilità del militare*, Napoli, Jovene, 2009, 186 e s.

[67] R.D. 20 febbraio 1941, n. 303, Codice Penale Militare di Pace, art. 173, in cui è sanzionato "il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore" (…) "con la reclusione militare fino a un anno. Se il fatto è commesso in servizio, ovvero a bordo di una nave o di un aeromobile, la reclusione militare è da sei mesi a un anno; e può estendersi fino a cinque anni, se il fatto è commesso in occasione d'incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo". In relazione agli ordini di requisizione si v. d.lgs. n. 66 del 2010, art. 471; Nell'amministrazione militare cfr. d.lgs. n. 66 del 2010, art. 1349, c. II, "il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori"; D.P.R. n. 90 del 2010, art. 729, c. II, "il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l'ordine è confermato. Secondo quanto disposto dalle norme del codice, il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e

ISSN 2036-7821

Tale estensione di responsabilità è infatti connessa alla rilevanza della gerarchia in quanto funzionale all'efficienza operativa dell'amministrazione militare stessa[68] ed il corretto adempimento di un ordine è tale da comportare una analisi delle componenti psicologiche con cui l'ordine è eseguito[69].

In tale contesto l'esecuzione dell'ordine assumerebbe una natura meramente esecutiva di una preventiva attività di pianificazione e programmazione esecutiva e funzionalizzata al perseguimento delle scelte operative (conformi alla legge), cui è vincolato anche il superiore gerarchico[70]. In tale modo si attribuisce rilevanza ad una fase preliminare a cui quella derivata assume un carattere vincolato.

Le connotazioni dell'atto amministrativo di ordine nell'amministrazione militare contribuiscono a renderla particolarmente idonea a rispondere a situazioni che richiedono attività e organizzazione efficaci ed efficienti, come evidenziato dalle recenti emergenze.

3. Il problema del "decidere" nell'amministrazione pubblica e gli effetti sulla collettività e nell'economia.

La moltitudine di forme in cui si manifesta l'atto amministrativo di ordine può essere ricondotta ad un medesimo fine ultimo comune, ovvero la necessità di prendere una decisione in situazioni complesse in cui l'attesa rischia di compromettere il buon andamento dell'azione pubblica.

Tale finalità pone un interrogativo circa la possibilità di ricorrere a tale istituto come strumento per superare alcune cause di inefficienza dell'azione pubblica riscontrate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, creando effetti positivi nei rapporti con i

---

informare al più presto i superiori". V. Guarino, *Disobbedienza nel diritto penale militare*, in *Dig. Disc. Pen*., Torino, UTET, 1990, IV, 140; G. Rosin, *Il militare tra dovere di obbedienza e dovere di disobbedienza. L'esecuzione dell'ordine criminoso*, in *Rass. Giust. Mil*., 1982, 227, secondo il quale la posizione dell'inferiore nei confronti dell'ordine la cui esecuzione costituisca, manifestamente o no, reato, non è diversa da quella di un qualsiasi altro soggetto tenuto all'osservanza della legge penale e non emerge nessun motivo per ritenere che egli, nel contrasto tra la legge penale e la manifestazione di volontà del superiore gerarchico, possa far prevalere quest'ultima e porre in essere una fattispecie di reato. Per la differente opinione secondo cui il subordinato avrebbe la facoltà di scegliere tra l'obbedienza e la disobbedienza nei casi in cui l'ordine non sia manifestamente criminoso si v.: V. Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano 1962, 190.

[68] d.lgs. n. 66 del 2010, art. 1347, che, nel definire come "assoluto" il dovere di obbedienza, evidenzia la rilevanza dell'adempimento all'ordine militare. Corte Cost., 14 febbraio 2001, n. 39, in cui la Consulta chiarisce come la fattispecie di reato si configura non per la mera disobbedienza di un qualsiasi ordine, ma solo in relazione ad ordini funzionali alle esigenze di servizio o della disciplina, e comunque non eccedente i compiti di istituto. In dottrina: R. Venditti, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Milano, Giuffrè, 1995, IV, 207.

[69] d.lgs. n. 66 del 2010, art. 1347, in cui si afferma che l'obbedienza deve essere "pronta, rispettosa e leale". D.P.R. 15 marzo 2010, n. 90, art. 729, c. I, lett. a).

[70] R. Ursi, *L'amministrazione militare*, cit., 275-276. A. Lo Torto, *La condizione militare nell'ordinamento delle forze armate*, Milano, Giuffrè, 2010, 50, in cui si qualifica l'ordine come un atto amministrativo che consente di attuare un'attività pianificata per il raggiungimento di obiettivi istituzionali.

ISSN 2036-7821

cittadini e nell'economia.

La percepita mancanza di certezza nei rapporti giuridici (dovuta a procedimenti amministrativi complessi, alle continue modifiche normative in settori strategici ed alle molteplici interpretazioni giurisprudenziali), le tempistiche dilatate per l'assolvimento degli adempimenti burocratici connessi[71], la c.d. "burocrazia difensiva"[72], la "paura della firma"[73], l'elevato rischio di contenzioso giurisdizionale costituiscono elementi che condizionano negativamente il buon andamento delle amministrazioni pubbliche.

Le continue modifiche normative hanno dato vita a discipline giuridiche settoriali ed a un contesto giuridico frammentato e non omogeneo che genera uno stato di incertezza nei funzionari pubblici che pare pregiudicare il corretto perseguimento delle finalità pubbliche in termini di buon andamento. Questa connotazione ha comportato (dal punto di vista dell'attività amministrativa) la ricerca di procedure derogatorie o di tipo speciale il cui carattere semplificato consentiva, tra l'altro, di superare adempimenti burocratici e/o i continui mutamenti normativi aventi ad oggetto le procedure ordinarie (questo è il caso dell'abuso della procedura negoziata in materia di contratti pubblici, l'utilizzo degli accordi di collaborazione tra amministrazioni pubbliche per eludere l'evidenza pubblica, o, prima della direttiva UE 2014/23, l'utilizzo del contratto di concessione per celare appalti pubblici di servizi). Il fenomeno si è manifestato anche dal punto di vista organizzativo, mediante il ricorso alle esternalizzazioni, soggetti giuridici di diritto privato (organismi di diritto pubblico e *in house*) o l'utilizzo di forme organizzative eccezionali (il commissariamento sia per motivi di legalità, sia emergenziali).

L'aumento dei controlli giurisdizionali sull'attività discrezionale (anche di natura tecnica, mediante valutazioni tecniche), i profili di responsabilità in capo ai funzionari pubblici e il divieto per gli enti pubblici di stipulare polizze assicurative

---

[71] M. Cafagno, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 625 e s.;

[72] S. Battini – F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2019,

[73] M. Draghi, *Corte dei Conti - Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario*, 19 febbraio 2021, in cui si indica la necessità di "trovare un punto di equilibrio tra fiducia e responsabilità (…). Occorre, infatti, evitare gli effetti paralizzanti di quella che viene chiamata la "fuga dalla firma", ma anche regimi di irresponsabilità a fronte degli illeciti più gravi per l'erario". Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 8, relativa alla dichiarazione di non fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 23, c. I, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. con l. n. 120 del 2020) che interveniva sull'art. 323 c.p. in materia di abuso d'ufficio, la corte descrive la "paura della firma" e "burocrazia difensiva" come l'astensione dei pubblici funzionari " dall'assumere decisioni che pur riterrebbero utili per il perseguimento dell'interesse pubblico, preferendo assumerne altre meno impegnative (in quanto appiattite su prassi consolidate e anelastiche), o più spesso restare inerti, per il timore di esporsi a possibili addebiti penali (cosiddetta "paura della firma")". Sul rapporto tra disciplina penale e amministrativa, cfr.: A. Cioffi, *Abuso d'ufficio e diritto amministrativo il problema dei due ordinamenti, tra eterointegrazione e incorporazione*, in *Dir. Amm.*, 2023, 285 e s.

ISSN 2036-7821

volte a garantire dai "rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile" e le relative sanzioni[74] hanno accentuato tali problematiche.

La disciplina volta alla prevenzione ed al contrasto alla corruzione ha portato ad ulteriori interventi in materia penale (mediante l'incentivazione di azioni aventi ad oggetto condotte residuali e di ampia applicazione, quali l'abuso d'ufficio) e amministrativa (con una maggiore attenzione all'integrità della funzione pubblica connessa alla nozione di corruzione di diritto amministrativo[75]) volti a migliorare l'immagine dell'amministrazione pubblica e la percezione della corruzione in ambito nazionale e internazionale, con conseguenti maggiori controlli (anche mediante il ruolo conferito all'ANAC) e azioni di danno erariale[76].

Questo ha comportato un aumento del contenzioso (anche in sede di danno erariale) spingendo i dirigenti e funzionari pubblici a cautelarsi mediante una rigida applicazione della disciplina normativa (anche mediante l'attuazione di procedure interne complesse volte a rendere difficile l'individuazione delle responsabilità o

[74] L. n. 244 del 24 dicembre 2007, art. 3, c. 59, in cui si prevede una quantificazione, "a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo". Sul danno erariale dei funzionari pubblici in tale contesto: Corte Conti, sez. riunite, 5 aprile 1991, n. 707; Corte Conti, sez. giur. Umbria, n. 553 del 2002; Corte Conti, sez. giur. Emilia Romagna, n.95 del 2012; Corte Conti, sez. giur. Toscana, 12 ottobre 2017, n. 243.

[75] Cfr. ANAC, Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione, ove "si conferma la definizione del fenomeno contenuta nel PNA, non solo più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la "*maladministration*", intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse". Cfr. S. Cassese, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it*., 1992, V, 243; B. G. Mattarella – M. Pellissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; B. G. Mattarella, *The Italian efforts on anti-corruption*, in G. M. Racca – C. R. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 61 e s.; F. Merloni, *Corruption and public administration. The italian case in a comparative perspective*, Rutledge, 2019; M. D'Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017; E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023.

[76] Ex multis: S. Perongini, *Il sindacato del giudice penale sulle valutazioni discrezionali dell'amministrazione*, in *Dir. Amm*., 2023, 229 e s. Sugli interventi conseguenti l'introduzione della disciplina di prevenzione e contrasto della corruzione si v.: B. G. Mattarella - M. Pelissero (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni - L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 89 e ss. Cfr. anche: Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012.

ISSN 2036-7821

frammentando quest'ultima tra più uffici) e condotte omissive[77].

Così, se comportamenti maggiormente efficienti dei funzionari pubblici possono comportare responsabilità e sanzioni, il formalismo derivante dall'applicazione rigida di circolari, direttive e procedimenti più consolidati attenuano tali rischi. In questo modo l'interesse pubblico al buon andamento risulta recessivo lasciando i destinatari dell'attività pubblica in uno stato di incertezza[78].

Lo stato di incertezza involge sovente anche i funzionari pubblici, che devono in alcuni casi rispondere alla mancanza di risorse, a discipline normative complesse ed a carenze tecnologiche ed infrastrutturali che caratterizzano l'amministrazione pubblica in Italia. Tali profili sono particolarmente evidenti nell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche ove, a titolo esemplificativo, la qualificazione delle stazioni appaltanti[79] e il principio di fiducia[80] intendono contemperare, nell'ambito dell'attività contrattuale pubblica, le differenti esigenze di risorse, professionalità, di autonomia decisionale dei funzionari pubblici nonché la legittimità e correttezza della loro attività[81].

Negli anni, riforme aventi ad oggetto il rapporto di lavoro (la valutazione delle performance, la definizione di obiettivi di risultato e incentivi), la gestione organizzativa del personale, la distribuzione delle competenze, la professionalizzazione dei dirigenti pubblici, e in materia di responsabilità costituiscono alcuni esempi di come l'ordinamento giuridico ha cercato di perseguire l'efficacia e l'efficienza dell'azione pubblica[82], unitamente alla sua correttezza[83].

I dirigenti, attraverso la loro maggiore preparazione professionale e il ruolo di

---

[77] ForumPA, Burocrazia difensiva. Come ne usciamo?, 2017, accessibile in https://profilo.forumpa.it/doc/?file=2017/BurocraziaDifensiva.pdf&confirm=yes

[78] A. Battaglia – S. Battini – A. Blasini – V. Bontempi – M. P. Chiti – F. Decarolis – S. Mento – A. Pincini – A. Pirri Valentini – G. Sabato, Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. Burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi, 2023, in IRPA

[79] D.lgs. n. 36 del 2023, art. 63. La disciplina era già prevista nel precedente d.lgs. n. 50 del 2016, artt. 37-43, ma non attuta.

[80] D.lgs. n. 36 del 2023, art. 2.

[81] Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici" - Relazione illustrativa al d.lgs. n. 36 del 2023, 14-15.

[82] Si v. S. Ponzio, *La valutazione della qualità delle amministrazioni pubbliche*, Nel Diritto Editore, Roma, 2012; D. Agus - B. Argiolas – G. Ciccarelli – B. Cimino – E. d'Alterio – A. Giurickovic Dato - B. G. Mattarella – G. Rivellini – S. Screpanti – A. Tonetti, *La gestione del personale tra incentivi e disincentivi*, in Riv. Trim. Dir. Pubb., 2021, 1255 e s.; M. Cerbone, *Lavoro del dirigente pubblico e autonomia territoriale*, Giappichelli, Torino, 2020; G. Nicosia, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, Torino, 2011; G. Pensabene Lionti, *Autonomia e interdipendenza della nuova dirigenza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2018.

[83] R. Cavallo Perin - B. Gagliardi, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. Amm.*, 1/2009, 53-89; F. Merloni - R. Cavallo Perin (a cura di), *Etica e statuto dei funzionari Pubblici*, cit., 147-161; G. M. Racca, *Voce Correttezza (diritto amministrativo), in* S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico,* vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, 1529.

ISSN 2036-7821

coordinamento, avrebbero dovuto occuparsi della gestione amministrativa finanziaria e tecnica (distinta dai poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo) [84], definire obiettivi di *performance* all'interno degli uffici e verificarne il raggiungimento, mediante forme le responsabilità di risultato nell'attività svolta[85].

Tuttavia, la spersonalizzazione dei ruoli all'interno degli uffici pubblici, l'assenza di incentivi correttamente definiti e di una generalizzata responsabilizzazione dei singoli funzionari pubblici hanno ridimensionato il ruolo dei dirigenti e reso poco effettive le norme.

Tali eventi, unitamente al mutato contesto economico e sociale, hanno comportato la necessità di riforme definite a "carattere sistemico" per rendere maggiormente efficiente la pubblica amministrazione.

Per rendere maggiormente efficiente l'amministrazione pubblica italiana, il recente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha previsto riforme ed investimenti volti a "modernizzare la pubblica amministrazione" (ad es. per migliorarne l'efficienza la transizione digitale quale strumento di efficienza)[86]. L'attuazione del

[84] d.lgs. n. 165 del 2001, art. 3, e, con specifico riferimento agli enti locali, d.lgs. n. 267 del 2000, art. 107, avente ad oggetto le funzioni e la responsabilità della dirigenza. In giurisprudenza: Cons. St., VI, 22 marzo 2023, n. 2926 in cui si riconosce il trasferimento dell'autotutela esecutiva possessoria sui beni di proprietà pubblica (relativo agli ordini di sgombero) in capo ai dirigenti; Cons. St., I, 15 febbraio 2023, n. 224, ove in relazione ad un provvedimento di concessione di suolo pubblico si riconosce la competenza dei dirigenti dell'ente locale o, nei Comuni privi di dirigenti, ai responsabili dei servizi e degli uffici; T.A.R., Aosta, I, 19 maggio 2021, n. 34; T.A.R., Campania, Napoli, VIII, 2 novembre 2021 , n. 6888 (in relazione all'attività di sgombero di proprietà comunali); T.A.R. Molise, Campobasso, I, 6 maggio 2020, n. 131 (in cui si ritiene illegittimo il provvedimento di affidamento diretto adottato dalla Giunta Comunale, anziché dai dirigenti); T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 3 novembre 2021, n. 912 Corte appello, Genova, I, 15 luglio 2020, n.676, in cui si afferma la competenza ad irrogare sanzioni amministrative (quali provvedimenti amministrativi consistenti in atti autoritativi posti in essere dalla P.A. nell'espletamento di una potestà amministrativa ed aventi rilevanza esterna) in capo ai dirigenti degli enti locali ("rimanendo in capo agli organi di governo solo i poteri di indirizzo e controllo politico-amministrativo). In relazione a norme di carattere speciale ed a specifici poteri conferiti ai titolari di ruoli politici si v.: Cons. St., II, 19 ottobre 2020, n. 6294, in cui in virtù di norme speciali (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 192, c. III), si considera nella competenza del Sindaco la condanna agli adempimenti previsti per la bonifica del suolo da rifiuti abbandonati; conforme T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 7 febbraio 2020, n.114. A. Gabriele, *La misurazione e la valutazione della performance nella p.a. tra nodi irrisolti e incoerenze di sistema*, in A. Garilli, A. Riccobono, C. Demarco, A. Bellavista, M.Marinelli, M. Nicolosi, A.Gabriele, *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la Riforma Madia*, Wolters Kluwer – Cedam, 2018, 125 s.

[85] d.lgs. n. 165 del 2001, art. 21. Circa le problematiche connesse al ruolo die dirigenti pubblici si v.: G. M. Racca, *Disciplina e onore nell'attuazione costituzionale die codici di comportamento*, in F. Merloni – R. Cavallo Perin (a cura di) *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., 263. In dottrina: L. Torchia, *La responsabilità amministrativa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 766 e s.; E. Ales, *L'adeguatezza professionale del dirigente pubblico tra prerogative e responsabilità*, in *Federalismi.it*, 2023, 15 e 16; G. Nicosia, *Valutazione e responsabilità dei dirigenti pubblici: le norme interrotte e l'attesa del legislatore che verrà*, in *Lav. nelle P.A.*, 2016, 112 e s.; A. Boscati, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lav. nelle P.A.*, 2014, 525 e s.

[86] La Missione 1 - Componente 1 del PNRR italiano prevede due aree di intervento. La prima è costituita dalla "digitalizzazione della pubblica amministrazione", incentrata soprattutto sulla creazione di infrastrutture digitali per la p.a., sulla interoperabilità dei dati, sull'offerta di servizi digitali e sulla sicurezza cibernetica con la finalità

ISSN 2036-7821

piano, benché fornisca la possibilità di intervenire sull'organico della pubblica amministrazione anche attraverso l'assunzione di nuove ed elevate professionalità, sconta i vincoli contrattuali del rapporto di impiego pubblico (ad es. in relazione agli importi stipendiali ridotti rispetto al settore privato, ai vincoli connessi all'obbligo di autorizzazione per lo svolgimento di ulteriori attività al di fuori del rapporto di lavoro pubblico, e la natura di "tempo determinato" che caratterizza molte delle posizioni messe a bando nell'ambito del PNRR) e ha generato un particolare effetto distorsivo sull'efficienza della pubblica amministrazione generalmente intesa. I concorsi banditi hanno infatti sovente consentito la progressione verticale di soggetti in precedenza alle dipendenze di altre amministrazioni pubbliche (generando un mero spostamento di organico tra amministrazioni e creando parallelamente un problema di organico nelle amministrazioni di provenienza), senza necessariamente comportare l'assunzione di nuovi profili con professionalità elevate che sono rimaste maggiormente attratte dal settore privato, che può garantire un reddito maggiore senza comportare le responsabilità ed i vincoli tipici del pubblico impiego.

Il continuo perseguimento del buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione assume una rilevanza non solo per i cittadini ma produce effetti anche nell'economia, ove la capacità delle amministrazioni di rispondere alle esigenze dei mercati si riflette sullo sviluppo economico, sui mercati finanziari[87]. In questi casi l'eccessiva burocrazia amministrativa costituisce un rischio per gli operatori economici ed un ulteriore disincentivo degli investimenti privati nell'economia e ostacolo all'iniziativa economica.

Tale fenomeno si percepisce soprattutto in un'economia globalizzata quale quella attuale, ove gli operatori economici prediligono svolgere la propria attività economica negli Stati con un ordinamento giuridico di maggiore favore (ad es. in materia fiscale), circostanza che ha generato un fenomeno di concorrenza tra ordinamenti giuridici, e la mera percezione esterna dello stato dell'amministrazione pubblica (sovente ricondotto ad indici) si ripercuote altresì sui mercati finanziari e sugli indicatori di sviluppo elaborati in ambito europeo ed internazionale.

Alla luce delle problematiche descritte, pare quindi necessario valutare i profili connessi all'utilizzo dei provvedimenti amministrativi di ordine nell'ordinamento

---

di realizzare una trasformazione della p.a. in chiave digitale. La seconda è dedicata in modo particolare alle misure per l'innovazione della pubblica amministrazione (aventi ad oggetto la valorizzazione del personale e della capacità amministrativa del settore pubblico e sulla semplificazione dell'attività amministrativa e dei procedimenti). Si v. https://www.funzionepubblica.gov.it/il-dfp-e-il-pnrr.

[87] Corte Cost., 18 gennaio 2022, n. 8, in cui la Corte precisa come la "burocrazia difensiva" e "la "paura della firma" costituiscano comportamenti fonte di inefficienza e immobilismo e, quindi, un ostacolo al rilancio economico. Nell'ordinamento giuridico europeo cfr.: Commissione UE, *Mechanism to resolve legal and Administrative obstacles in a cross-border context*, 2023, in *https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/740233/EPRS_STU(2023)740233_EN.pdf.*

giuridico italiano.

4. L'atto amministrativo di ordine come strumento di buon andamento dell'amministrazione pubblica.

La possibilità di ricorrere all'utilizzo del provvedimento amministrativo di ordine, come strumento per favorire il buon andamento nella pubblica amministrazione, richiede una attenta analisi delle criticità e dei possibili correttivi.

Un primo profilo ha carattere organizzativo e concerne la possibile autonomia tra soggetti pubblici. L'evoluzione del diritto amministrativo e la distinzione tra organo e funzionario pubblico (inteso quale persona fisica) hanno caratterizzato in maniera differente i rapporti interorganici o intersoggettivi[88].

Ove il rapporto interorganico sia fondato da una gerarchia in senso stretto[89], l'organo gerarchicamente superiore potrà valutare l'opportunità di emanare un "ordine", vincolando l'azione e le scelte discrezionali dell'organo destinatario (e gerarchicamente inferiore)[90]. In questi casi una maggiore efficienza negli uffici potrebbe essere ricercata mediante un collegamento più stringente dell'attività dirigenziale all'efficacia ed efficienza delle strutture ad essa riconducibili e appositi regimi di controllo sull'effettività di tale stato al fine di evitare una definizione distorta degli obiettivi e un'elusione della disciplina di risultato. Tali previsioni potrebbero oggi essere maggiormente descritte all'interno del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), in cui le amministrazioni dovrebbero indicare i risultati attesi, in termini di obiettivi generali e specifici e indicati gli strumenti e le modalità di monitoraggio[91].

In tale contesto, i provvedimenti di ordine, unitamente ad un ruolo più incisivo della dirigenza amministrativa, potrebbero risultare idonei a influire positivamente

---

[88] S. d'Albergo, voce *Direttiva*, cit. 606 e s.

[89] La riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni (d.lgs. n. 29 del 1993 e, successivamente, d.lgs. n. 165 del 2001, ha chiarito il ruolo della direttiva nelle relazioni interorganiche introducendo la distinzione delle funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo, attribuite agli organi politici di vertice, dalle funzioni di ordinaria amministrazione e di gestione, attribuite alla dirigenza.

[90] oppure una direttiva che indicherà degli scopi, dei possibili strumenti, indirizzerà sulle priorità, lasciando all'organo destinatario la valutazione dei contenuti maggiormente idonei per svolgere una determinata funzione pubblica. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., 119 e s. C. Marzuoli, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, 10 -11.

[91] Si v. d.l. 9 giugno 2021, n. 80, art. 6, conv. con l. 6 agosto 2021, n. 113; D.P.R. 24 giugno 2022, n. 81, *Regolamento recante individuazione degli adempimenti relativi ai Piani assorbiti dal Piano integrato di attività e organizzazione*; DPCM 30 giugno 2022, n. 132, *Regolamento recante definizione del contenuto del Piano integrato di attività e organizzazione*; Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, Circolare 2/2022, *Indicazioni operative in materia di Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO) di cui all'articolo 6 del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80.*

ISSN 2036-7821

sull'azione amministrativa in termini di buon andamento. La definizione di un approccio di risultato maggiormente effettiva in capo ai soggetti che rivestono figure dirigenziali (in maniera similare al rapporto gerarchico esercitato nell'amministrazione militare) e forme di controllo idonee sull'attività e *performance* dirigenziale potrebbe rendere maggiormente effettivo il loro ruolo e spostare, mediante l'utilizzo di atti di ordine, le maggiori responsabilità in capo a soggetti qualificati e con funzioni di direzione.

Più complesso appare l'utilizzo dell'ordine ove gli organi siano posti in un rapporto di equi-ordinazione e le funzioni siano ripartite sulla base di specifici ruoli (es. tra funzioni tecniche e funzioni amministrative). In questo caso comunemente il coordinamento avviene mediante atti non vincolanti (es. direttive, circolari, linee di indirizzo)[92].

Tale situazione risulta evidente nei rapporti economici, in cui si riconosce ad un'autorità pubblica un ruolo di intervento su settori determinati e categorie di enti pubblici economici (ad es. da parte di Ministeri)[93].

Nei rapporti intersoggettivi, la maggiore autonomia tra le parti rende complessa la configurazione di un atto di ordine, richiedendo una preliminare maggiore definizione delle competenze tra i soggetti giuridici che entrano in rapporto (nelle fonti primarie o negli atti organizzativi). In questi casi una definizione dei ruoli, in parallelo a quanto avviene nell'amministrazione militare (nell'ambito del rapporto tra gerarchia amministrativa e militare), potrebbe consentire l'adozione di un atto d'ordine (dal soggetto o dall'organo che detiene un ruolo di coordinamento).

Peculiare può poi risultare la situazione degli enti *in house* e degli organismi di diritto pubblico (e quindi soggetti giuridici di diritto privato che l'ordinamento giuridico europeo riconduce al settore pubblico in ragione di specifiche caratteristiche di tali soggetti). Questi soggetti giuridici svolgono attività strumentale per amministrazioni pubbliche e, in linea generale, i requisiti del controllo analogo (quale elemento che contraddistingue il rapporto organizzativo tra l'ente *in house* e l'amministrazione che

[92] In questo contesto, benché sia discussa in dottrina l'esistenza di un rapporto gerarchico tra i soggetti interessati dalla direttiva, l'esigenza di un coordinamento pare giustificato dal garantire il buon andamento e l'imparzialità dell'azione pubblica. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, cit., 101; F. Merusi, Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione, Milano, Giuffrè, 1964, 260; F. Roversi Monaco, Gli enti di gestione, Milano, 1967, 74.

[93] Per una ricostruzione del ruolo delle direttive ministeriali sugli enti di gestione ed il rapporto con il carattere imprenditoriale di tali enti cfr. V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959; G. Treves, *La direzione delle imprese con capitale statale*, in *Il diritto dell'economia*, 1959, 674; G. Guarino, *Enti pubblici strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 56 ss.; F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965; F. Roversi Monaco, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967; G. Amato, N*uove tendenze alla formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 92.

ISSN 2036-7821

ne detiene il controllo) e dell'influenza pubblica dominante (nell'ambito dell'organismo di diritto pubblico) parrebbero consentire (almeno in astratto) una dipendenza diretta (e una gerarchia) tra le parti. Tuttavia tale rapporto parrebbe maggiormente complesso in relazione a situazioni in cui il controllo è esercitato in maniera frammentata da più amministrazioni pubbliche o nei casi di controllo indiretto[94].

Parallelamente andrebbe considerato il ruolo delle Autorità amministrative indipendenti che, titolari di poteri di vigilanza, controllo e regolazione, nei settori di competenza, possono essere chiamate ad indicare o suggerire (a soggetti giuridici pubblici e privati) condotte da tenere, documenti standard da utilizzare nella propria attività[95]. La legge ne tutela l'indipendenza che li caratterizza (escludendo un intervento sull'attività svolta da questi soggetti pubblici e quindi una subordinazione gerarchica), ma ne definisce i poteri (connessi aspecifiche competenze tecniche), potendo anche conferire poteri vincolanti verso altri soggetti giuridici pubblici e privati.

Nel caso specifico delle Autorità amministrative indipendenti andrebbe altresì precisato che la legittimazione dell'ordine (impartito) potrebbe essere ricondotta alla preminente rilevanza degli interessi tutelati (es. come nel caso in cui sia necessario

[94] CGUE 29 novembre 2012, *Econord SpA* c. *Comune di Cagno e altri*, in C-182 e C-183/11, ove in materia di controllo analogo "congiunto", la Corte chiarisce che non si richiede certo che ciascuno degli enti pubblici partecipanti possa esercitare un potere individuale su tale entità, bensì che "ciascuna delle autorità stesse partecipi sia al capitale, sia agli organi direttivi dell'entità suddetta"; Cons. St., V, 23 gennaio 2019, n. 578, in cui si analizza l'adozione di patti parasociali per rispondere alle problematiche connesse ad una partecipazione pulviscolare che può risultare inidonea a consentire ai singoli soggetti pubblici partecipanti di incidere concretamente sull'attività e sulle decisioni strategiche della società; Cons. St. V, 18 luglio 2017 n. 3554; Cons. St., V, 8 marzo 2011, n. 1447, a mente del quale "nel caso di affidamento in house, conseguente all' istituzione da parte di più enti locali di una società di capitali da essi interamente partecipata […] il requisito del controllo analogo deve essere quindi verificato secondo un criterio sintetico e non atomistico, sicché è sufficiente che il controllo della mano pubblica sull'ente affidatario, purché effettivo e reale, sia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente"; Cons. St., V, 24 settembre 2010, n. 7092; Cons. St., V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons. St., V, 9 marzo 2009, n. 1365.

[95] *Ex multis*: in materia di contratti pubblici, si v.: d.lgs. n. 50 del 2016, art. 213, c. II, in cui si conferisce all'ANAC la possibilità di adottare "linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche". In materia di trasporti, si v. In relazione al settore dei trasporti: d.l. n. 201 del 2011, art. 37, conv. in l. 214 del 2011, che nel definire le funzioni dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti si precisa che questa definisce "gli schemi di concessione da inserire nei bandi di gara relativi alla gestione o costruzione; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni nonché per quelle di cui all'articolo 43, comma 1 e, per gli aspetti di competenza, comma 2"; in relazione alla concorrenza, si v. l'attività svolta dall'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato), nella sua funzione di vigilanza sul buon funzionamento dei mercati adotta strumenti (es. i vademecum) con cui fornisce supporto alle amministrazioni pubbliche ed alle imprese per identificare i comportamenti non conformi alla disciplina, si v. a titolo esemplificativo il *vademecum individuazione di criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici*, 2013.

ISSN 2036-7821

tutelare la stabilità dei mercati o diritti fondamentali dei cittadini) comunemente tutelati da tali Autorità ed alla maggiore competenza tecnica.

Sotto il profilo soggettivo devono essere presi in considerazione le criticità connesse alla possibilità, che pare non potersi escludere, che un "ordine" sia adottato da soggetti giuridici privati che svolgono funzioni pubbliche e da incaricati di pubblico servizio, limitatamente all'adempimento delle rispettive funzioni[96]. In questi casi, l'ordine è strettamente vincolato e conseguente al fine pubblico ed alle modalità che l'ordinamento giuridico ha previsto per il suo perseguimento.

In relazione agli elementi dell'atto di ordine, la varietà di forme con cui può essere esercitato si riflette anche sulla motivazione del provvedimento. Questo, ove incida sulla sfera giuridica del destinatario restringendola, non necessariamente consente di indicare i motivi posti a sostegno della sua adozione ma comporta comunque che sia portato a conoscenza del destinatario che ne deve garantire l'adempimento.

L'impossibilità, che si può verificare, di comprendere il ragionamento logico seguito nell'adozione dell'ordine, si riflette sulla sindacabilità in sede giurisdizionale di tali atti amministrativi rendendo complessa la sua impugnazione preventiva o l'eventuale tutela cautelare (ad es. quando il destinatario è chiamato ad adempiere all'ordine nelle more di una successiva richiesta di annullamento).

Tale profilo deve essere preso in considerazione unitamente agli effetti del mancato adempimento dell'ordine illegittimo. L'atto di ordine disatteso può configurare un vizio di incompetenza (ove si preveda una riserva ad un dato organo) o violazione di legge, ma, il rapporto tra il contenuto dell'ordine e la necessità cui questo è chiamato a rispondere, più comunemente può essere ricondotta all'eccesso di potere.

La possibile difficoltà di comprendere le motivazioni connesse all'adozione di un ordine (se giustificato in alcuni contesti, quale quelli in cui opera l'amministrazione militare, dalla necessità di celerità di un intervento) può incidere sulla valutazione della legittimità o meno dell'ordine. In caso di illegittimità dell'ordine, l'assenza di un sindacato preventivo sull'atto di ordine esclude la rilevanza penale per il destinatario con la conseguenza che l'eventuale resistenza al comportamento richiesto parrebbe possibile ove si proceda a sindacare la legittimità dell'atto emanato[97]. Tale circostanza, in materia penale, pare ulteriormente supportata dalla

[96] esattori di una società concessionaria dell'erogazione del gas, gli impiegati degli enti pubblici che prestano la loro collaborazione ai pubblici ufficiali nell'opera da questi espletata, il custode del cimitero, la guardia giurata che conduca un furgone portavalori. In dottrina si v. L. Galateria, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, 149-151.

[97] Art. 51, c.p. La *ratio* sottostante è tradizionalmente rinvenuta nel principio secondo il quale *qui iure suo utitur neminem laedit*, espressione, a sua volta, di quello di non contraddizione perché "sarebbe logicamente contraddittorio che una norma concedesse un potere d'agire e, dall'altro, ne sanzionasse penalmente l'esercizio. Se un fatto costituente reato è commesso per ordine dell'autorità, del reato risponde sempre il pubblico ufficiale che

ISSN 2036-7821

previsione che punisce la mancata osservanza di un provvedimento posto in essere dall'autorità pubblica "per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene" solo ove questo sia "legalmente dato", condizionando l'applicazione della sanzione penale[98].

La mancata ottemperanza ad un qualsiasi atto amministrativo di ordine comporta reazioni idonee a far fronte alle differenti connotazioni dell'obbligo non ottemperato ed all'interesse pubblico che tutela[99], potendo generare differenti responsabilità. L'"ordine", nel vincolare il comportamento del destinatario ai suoi contenuti, genera una responsabilità riconducibile al soggetto che lo ha impartito in relazione ai contenuti dell'atto ed una responsabilità residuale del destinatario, ove l'esecuzione dell'ordine costituisca fattispecie di reato.

La capacità dell'atto di ordine di responsabilizzare chi lo impartisce (e quindi, presumibilmente soggetti con funzioni dirigenziali o di responsabilità e non tutti i singoli funzionari pubblici), unito alla maggiore professionalizzazione e alla corretta definizione di obietti di *performance* di tali soggetti, prevista nel nostro ordinamento, potrebbero costituire strumento per favorire il buon andamento della pubblica amministrazione.

Le figure dirigenziali che hanno nel perseguimento di obbiettivi di risultato (esteso anche agli uffici che dirigono) una caratteristica del proprio rapporto di lavoro, potrebbe parallelamente comportare un minor aggravio di responsabilità, in capo al singolo dipendente, che chiamato ad adempiere ad "ordini" ridurrebbe il ricorso a comportamenti elusivi del buon andamento dell'amministrazione pubblica. Tale obiettivo pare comportare anche una efficacia nella responsabilizzazione dei dirigenti pubblici che necessita di interventi, più che normativi, volti a richiamare il valore (anche etico e morale) del loro ruolo per il buon andamento dell'amministrazione pubblica unitamente ad idonee forme di controllo sull'operato dei dirigenti pubblici.

Il raggiungimento di questi obiettivi potrebbe suggerire una revisione dei rapporti interorganici e, soprattutto, intersoggettivi, sulla base di una maggiore definizione

---

ha dato l'ordine. Risponde del reato altresì chi ha eseguito l'ordine, salvo che, per errore di fatto abbia ritenuto di obbedire a un ordine legittimo. Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine. *Ex multis*: F. Mantovani, voce *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 627 e s.; R. G. Maruotti, *L'esercizio di un diritto*, in *Trattato di diritto penale*, *parte generale*, II, Torino, 2013; D. Pulitanò, voce *Esercizio di un diritto e adempimento di un dovere*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1990, 320 e s.

[98] Art. 650, c.p., "chiunque non osserva un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di giustizia o di sicurezza pubblica, o d'ordine pubblico o d'igiene, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 206". G. Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, Giuffrè, 1970. E. Cannada-Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, 205 e s.

[99] F. Bassi, voce *Ordine (dir. amm.)*, cit., 1001, ove si evidenzia il problema degli ordini che contengono un obbligo di fare connesso a prestazioni infungibili.

ISSN 2036-7821

delle competenze in modo da rendere maggiormente effettivi i ruoli tra i soggetti (anche di differenti soggetti giuridici) che prendono parte ad una funziona pubblica. In questo, l'utilizzo svolto dell'istituto dell'ordine nell'ambito dell'amministrazione militare, pur con le peculiarità che le sono proprie, può costituire un modello di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica sulla cui base rivedere il rapporto tra uffici e organo, nonché il ruolo della dirigenza pubblica.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Le formule e il dovere: il secondo comma dell'art. 54 Cost. e il giuramento nel diritto pubblico

di Matteo Carrer

(Professore Associato di diritto costituzionale e pubblico nell'Università degli Studi di Bergamo)

Sommario

1. Premessa. – 2. Il giuramento: aspetti generali, proposte di classificazione. – 3. Le norme costituzionali. – 3.1. La discussione in Assemblea costituente. – 4. Formule di giuramento e normativa attuativa dell'art. 54 Cost. – 4.1. Il giuramento delle cariche dello Stato direttamente previste dalla Costituzione. – 4.2. La normativa attuativa dell'art. 54 Cost. – 5. La giurisprudenza costituzionale. –6. Conclusioni. «Qualcosa più di una mera adesione».

Abstract

This article explores the legal nature, historical evolution, and constitutional implications of the oath in Italian public law, with particular reference to Article 54(2) of the Constitution. It provides a detailed classification of oaths—assertory and promissory, private and public—and highlights their symbolic, legal, and moral functions within the democratic state. Special attention is given to constitutional provisions requiring oaths (Articles 54, 91, 93, and 135), as well as the legislative developments that have implemented them across public offices, military roles, and professional functions. Through an extensive analysis of historical practices, statutory norms, and constitutional jurisprudence, the article investigates the coherence and discrepancies among various oath formulas. It questions the rationale for their diversity and addresses potential constitutional tensions, such as the requirement to swear fidelity to laws by those empowered to amend or annul them. Ultimately, the study reflects on the oath as a complex act—simultaneously legal, ethical, and performative—serving not merely to bind, but to signify a deeper allegiance to constitutional values and public responsibility.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il giuramento costituisce un istituto di rilevante complessità, le cui origini si radicano nelle tracce più antiche della civiltà giuridica[1]. La sua analisi nel contesto costituzionale odierno è un approfondimento non privo di profili di interesse sotto molteplici punti di vista.

Innanzitutto, si veda un semplice profilo definitorio: «Nella sua nozione fondamentale, atto e formula con cui si invoca la divinità a testimone della verità di quanto si afferma (g. assertorio) o come mallevadrice e vindice di una promessa o di un voto (g. promissorio), richiamando su di sé o su persone o cose care la maledizione o la punizione divina nel caso in cui sia pronunciata menzogna, o si manchi alla promessa, agli impegni, al voto. In senso più generico, forma più solenne di affermare e promettere, che impegna la propria coscienza sia di fronte a un'autorità o ad altre persone, sia anche solo di fronte a sé stessi: tale giuramento, in cui l'invocazione della divinità non è più essenziale, può essere fatto sul proprio onore, sulla vita propria o di persone care, sulla memoria dei proprî defunti, o consistere anche nella semplice formula "giuro", dove tuttavia l'invocazione a Dio, al proprio onore, ecc. è per lo più implicita. L'atto del giuramento può essere soltanto verbale, oppure accompagnato da gesti rituali (alzando, stendendo la mano, posandola sulla croce o sul Vangelo o sul petto); può essere compiuto con rito semplice o con rito solenne, cioè con speciali cerimonie e speciale apparato»[2].

Già da questa definizione possono essere tratti alcuni elementi di interesse. Il giuramento ha due significati: è atto ed è formula; ha due scopi: la garanzia di qualcosa e la promessa di qualcosa; ha due modi: il rito semplice e quello solenne. Ancora, il giuramento ha un collegamento "ulteriore", nel senso che si riconnette ad una dimensione che si fa tramite, o garante (o entrambe le cose), cioè la divinità, l'onore o altro.

Fin qui, il giuramento come concetto (atto e formula) in generale. Qui interessa specificamente il giuramento nel diritto, cioè come istituto avente rilevanza nell'ordinamento. Come si vedrà subito, il giuramento è previsto da talune norme, come formula e come atto. Vi sono casi in cui l'ordinamento chiede, o presuppone, o

[1] P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 15; A. ALIANI, *Il giuramento nella storia*, in A. Caputo, A. Scelzo, A. Aliani, *Il giuramento dei notai e il Prologo del Vangelo di Giovanni*, Grafiche Step per Studio notarile Caputo, 2022, p. 73 ss.; P. GROSSI, *Appunti in tema di giuramento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 1316; R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come con tenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in AA. VV. (a cura di F. Merloni - R. Cavallo Perin), *Al servizio della nazione*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 153 ss.; W. CESARINI-SFORZA, *Promessa e giuramento*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, vol. I, Cedam, Padova, 1950, p. 217 ss.; G. LOMBARDI, *Giuramento (nel diritto pubblico)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Utet, Torino, 1961, p. 969 ss.

[2] Così la lunga voce "giuramento" dal vocabolario Treccani, ora in www.treccani.it.

ISSN 2036-7821

consente, di giurare e collega al gesto e alla formula specifiche conseguenze giuridicamente significative.

In via, ancora, di prima approssimazione, il giuramento previsto dalla norma è della tipologia del rito solenne, più o meno articolato[3]. Per quanto il giuramento possa essere teoricamente pronunciato anche solo in "foro interno" o in modo semplice, il diritto richiede un giuramento non solo regolato in un certo modo dalla norma stessa che lo prevede, bensì in forma ufficiale. Il giuramento nel diritto ha sempre una rilevanza che coinvolge altri soggetti. È "pubblico", ma bisogna fare qui molta attenzione nell'utilizzo di questo aggettivo, dato che può essere confuso con la qualificazione del diritto in quanto "pubblico", giuspubblicistico.

Storicamente, il giuramento si configura come un atto nel quale un individuo, pronunciando una formula prestabilita e invocando un'autorità o un impegno significativo si obbliga a tenere una determinata condotta o a osservare specifici doveri. La sua funzione, dunque, è duplice: da un lato, esso rappresenta un impegno giuridico che produce effetti nell'ordinamento, dall'altro assume un valore etico e simbolico, rafforzando la dimensione morale dell'obbligazione assunta. Si tornerà sul punto, proprio per la rilevanza del rapporto tra etica e diritto su questo tema specifico.

Una ricostruzione storica dell'istituto eccede senza dubbio alcuno i limiti e le premesse metodologiche di questo studio, che vuole essere di diritto costituzionale. Certo è che le fonti attestano la presenza del giuramento sin dall'antichità[4]. Nel diritto romano, il *iusiurandum* trovava applicazione in diversi contesti, dove la teoria romana delle azioni nel permetteva l'utilizzo[5] e, «benché siano complessivamente poche le fonti che ne attestano il ricorrervi, merita di essere evidenziato come

[3] In altri termini, il giuramento previsto dal diritto è sempre solenne, secondo la ripartizione proposta sopra. Il giuramento "non solenne" sarebbe quello che una persona pronuncia anche da sola (in quanto sarebbe comunque al cospetto della divinità o del proprio onore) o, senza cerimonie, in presenza di altre persone, anche semplicemente dicendo "ti giuro che" o "vi giuro che", o persino con formule diverse ma equivalenti: persino la locuzione "parola mia" viene utilizzata per impegnare su un'affermazione, che segue o precede la locuzione, la intera credibilità della persona che parla. Si può, tuttavia, tranquillamente tralasciare tutto il problema della distinzione tra promessa e giuramento nel linguaggio comune e a livello sociale proprio perché il giuramento in quanto previsto dalla norma richiede sempre una forma solenne, che può essere più o meno complessa, come si vedrà, sia pure marginalmente.

[4] Si veda, ad esempio, A. DIMARTINO, *Epistola di Ierone II e giuramento dei Siracusani*, in *Axon*, vol. 1, n. 2, 2017, p. 163 ss.

[5] G. PUGLIESE, *Il processo civile romano, II.1. Il processo formulare*, Giuffè, Milano, 1963; G. PROVERA, *Contributi allo studio del "ius iurandum in litem"*, Torino 1953; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Cedam, Padova 1999; E. DI MAGGIO, *Il ivs ivrandvm in ivre delatvm nel processo formulare romano, tesi di dottorato*, in *iris.unipa.it*, 2013.

ISSN 2036-7821

governatori e comandanti militari facessero uso del giuramento per garantire sostegno e alleanza al *princeps* in occasione della sua ascesa»[6].

Con l'evoluzione del diritto comune, il giuramento venne progressivamente codificato, trovando applicazione in ambito feudale come strumento di legittimazione dei rapporti di vassallaggio e, successivamente, nell'ambito delle monarchie assolute come atto di sottomissione alla sovranità del monarca[7].

«Il titolo convenzionale di "fedeli sudditi" e la promessa che sanciva il vincolo di fedeltà miravano ad esprimere in una forma molto generale l'assicurazione di un comportamento conforme agli obblighi previsti dal relativo rapporto di signoria o di servizio. Le formule utilizzate nei giuramenti prevedevano spesso che coloro che li prestavano dovessero favorire gli interessi e l'onore della città, della signoria, del paese, evitando di arrecar loro danno. Di solito all'assicurazione di fedeltà si aggiungeva l'obbligo di obbedienza al signore, all'Autorità o ai superiori nell'ambito della comunità o del territorio; spesso erano specificati anche doveri concreti inerenti alla carica o alle prestazioni richieste. In quanto categorie giuridiche e morali, fedeltà, giuramento e onore erano strettamente legate: l'infedeltà comportava il disonore»[8].

Un punto fondamentale del rapporto conflittuale che si ebbe tra il papa e l'imperatore (e poi i principi sovrani) in epoca medievale fino alla prima modernità[9] è

---

[6] I.M. MARRA, *Il iusiurandum per genium principis: uso politico, valore giuridico e fonte di responsabilità nel diritto e nel processo privato romano*, in *Teoria e storia del diritto romano*, 2023, p. 9.

[7] M. SABBIONETI, *Iusiurandi Religio: note sul giuramento nella dottrina giuridica tra alto e basso medioevo*, in *História do direito*, 2024-03, Vol.4 (6), p. 76 ss.; N. SARTI, *Maximum dirimendarum causarum remedium: il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, Milano, Giuffrè, 1995; A. FIORI, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale : storia e disciplina della purgatio canonica*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2013; A. GIULIANI, *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della purgatio canonica*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung*, 2014-08, Vol. 100, p.690 ss.; M. JASONNI, *Il giuramento: profili di uno studio sul processo di secolarizzazione dell'istituto nel diritto canonico*, Giuffrè, Milano, 1999; D. EDIGATI, *Il giuramento de veritate degli imputati fra isonomia processuale e inquisizione istituzionale* , Giuffrè, Milano, 2012

[8] D. IMMORDINO, *Spunti sul principio di fedeltà alla Repubblica*, in *Contabilità pubblica*, 2011, p. 6. Si legge altrove: «ho acquistato a Roma un libro italiano intitolato "Storia della ventisettesima rivolta della fedelissima città di Napoli": questa ventisettesima rivolta è quella di Masaniello. Con le rivolte che sono avvenute dal 1647 e che devono essere aggiunte alle rivolte precedenti, si arriva a un totale di trentacinque rivolte. Non è male per una città fedele», A. DUMAS, *Il corricolo. Impressioni di viaggio*, traduzione di T. Di Matteo, Independently published, 2024, p. 285. Non essendo stati in grado di rintracciare la pubblicazione cui fa riferimento il celebre romanziere, valga il rinvio a A. MUSI, *Le rivolte italiane nel sistema imperiale spagnolo*, in *Mediterranea*, 4/2005, p. 209 ss. Cfr., sul tema, anche I. LAZZARINI, *Il linguaggio del territorio fra principe e comunità: il giuramento di fedeltà a Federico Gonzaga (Mantova 1479)*, Firenze University Press, 2009.

[9] Era argomento di strettissima attualità ancora nel caso dell'interdetto veneziano del 1606-1607 e della polemica proprio sul giuramento tra papa e re di Inghilterra, che, peraltro, vide non pochi dei protagonisti intellettuali impegnati in entrambe le dispute: C. PIN, *Il diritto d'asilo a Venezia e il trattato di Paolo Sarpi «Sopra le immunità delle chiese*, in *Exil, asile: du droit aux pratiques (XVIe -XIXe siècle)*, a cura di Gilles Bertrand, Catherine Brice, e Mario Infelise. Rome, Publications de l'École française de Rome, 2022, p. 149 ss.; A. GADALETA, *Di un diario dell'interdetto di Venezia del secolo XVII*, in *Archivio Storico Italiano*, 1896, p. 98 ss.; C. PETROLINI «*Una guerra di parole non meno travagliosa che una guerra d'acciaio». Paolo Sarpi, Della potestà de' prencipi e la Disputa anglicana*, in *Dimensioni e*

ISSN 2036-7821

stato proprio in funzione del vincolo del giuramento: la scomunica dell'imperatore scioglieva i suoi sudditi dal vincolo di fedeltà, giuramento compreso. La conseguenza della sanzione sul piano spirituale, dunque, entrava a pieno titolo nella sfera che oggi definiremmo politica.

2. Il giuramento: aspetti generali, proposte di classificazione.

Con tali sintetiche ma amplissime premesse, si vede bene come l'ambito di studio del giuramento dal punto di vista giuridico sia in verità sterminato. Per tale ragione, è bene indirizzare fin da subito il percorso che si seguirà, sia per chiarezza espositiva sia per anticipare gli snodi contenutistici e argomentativi che si affronteranno.

Un punto fondamentale nelle pagine seguenti consisterà nello studiare il giuramento nell'ambito della Costituzione italiana, in quanto – come noto – vi sono delle norme positive, a vari livelli del sistema delle fonti, che lo citano espressamente.

Un ulteriore punto sarà offrire una rassegna della normativa che dispone diversi giuramenti e le relative formule, anche a livello di norme abrogate, in quanto è interessante vedere dove e come sono cambiati i giuramenti richiesti dalla legge sia quanto alle parole utilizzate sia proprio rispetto a quali momenti, per utilizzare una parola onnicomprensiva, il legislatore ha ritenuto cessare di sottolineare con un giuramento l'impegno previsto dall'ordinamento.

Infine, particolare e specifica attenzione verrà dedicata alla funzione del giuramento nell'ordinamento odierno. Lo scopo dello studio è approfondire il tema del rapporto tra diritto e società nella forma specifica del filtro che si interpone tra parole e azioni, libertà e coscienza.

Si è già accennato in via del tutto preliminare al tema della distinzione tra tipologie diverse di giuramento (non lo si ripeterà più, ovviamente i limiti esterni dell'analisi sono quelli della categoria, ampia ma non totale, del giuramento in senso giuridico). Un distinzione classica è quella tra giuramento assertorio e promissorio, già vista nella definizione preliminare. Un'altra distinzione possibile è quella tra giuramento nel diritto privato e giuramento nel diritto pubblico.

Per quanto, come si è visto, già in epoca antica il giuramento avesse comune radice nella fedeltà, nell'attestazione di volontà che sia per il passato o per il futuro, una distinzione tra giuramento in diritto privato e giuramento in diritto pubblico emerge con maggiore nettezza nelle epoche successive. Posto che bisogna sempre fare

problemi della ricerca storica, 2/2023, p. 149 ss.; M. CARRER, *Roberto Bellarmino, teologo politico o politico teologo? Spunti dalla vicenda dell'interdetto veneziano in polemica con Paolo Sarpi*, in *Diritto e religioni*, 1/2023, p. 318 ss.; D. Edigati, *«Che il Prencipato nella società umana è instituito da Dio». Paolo Sarpi, la sovranità dello Stato e il governo della religione nella Venezia del primo '600*, in *Diritto e religioni*, 1/2023, p. 336 ss. Per una panoramica più specifica già ottocentesca M. ROSBOCH, *Il giuramento degli ecclesiastici all'inizio del regno di Carlo Felice (1821-1822)*, Ledizioni, Milano, 2017.

ISSN 2036-7821

riferimento a norme positive, almeno negli ordinamenti moderni, e dunque alla volontà del legislatore, nel primo caso il giuramento si configura come un atto individuale con effetti che riguardano rapporti tra privati, sia pure intermediati dai pubblici poteri o nell'espletamento di un pubblico potere – si pensi al giuramento decisorio o a quello suppletorio[10] in riferimento al processo civile[11]. Nel diritto pubblico, invece, esso assume una valenza istituzionale, divenendo uno strumento di vincolo tra il soggetto che lo presta e lo Stato[12].

Il giuramento pubblico è, dunque, un elemento che attiene direttamente all'organizzazione statuale, poiché vincola il cittadino che esercita funzioni di rilievo costituzionale (o vincola sotto il cappello di una norma costituzionale) a un obbligo che, per ora, possiamo sinteticamente definire di fedeltà e corretto, scrupoloso esercizio dei poteri affidatigli.

Tuttavia, la distinzione tra giuramento "pubblico" e "privato" non si limita alla diversa collocazione dei soggetti coinvolti o alla natura delle obbligazioni assunte, ma investe il significato stesso dell'impegno che ne deriva. Il giuramento di diritto privato ha, nella maggior parte dei casi, una funzione probatoria o rafforzativa dell'efficacia di atti e dichiarazioni già regolati dall'ordinamento. In tali casi, il giuramento non è strutturalmente essenziale per l'ordinamento, ma opera come

[10] Disciplinati dall'art. 2736 c.c. e dall'art. 234 e seguenti c.p.c.: secondo la norma codicistica «Il giuramento è di due specie: 1) è decisorio quello che una parte deferisce all'altra per farne dipendere la decisione totale o parziale della causa; 2) è suppletorio quello che è deferito d'ufficio dal giudice a una delle parti al fine di decidere la causa quando la domanda o le eccezioni non sono pienamente provate, ma non sono del tutto sfornite di prova, ovvero quello che è deferito al fine di stabilire il valore della cosa domandata, se non si può accertarlo altrimenti».

[11] Nel processo – civile e penale – c'è anche il giuramento del perito. Secondo il dispositivo dell'art. 226 c.p.p. «Il giudice, accertate le generalità del perito, gli chiede se si trova in una delle condizioni previste dagli articoli 222 e 223, lo avverte degli obblighi e delle responsabilità previste dalla legge penale e lo invita a rendere la seguente dichiarazione: "consapevole della responsabilità morale e giuridica che assumo nello svolgimento dell'incarico, mi impegno ad adempiere al mio ufficio senza altro scopo che quello di far conoscere la verità e a mantenere il segreto su tutte le operazione peritali"». In questa formulazione, non è nemmeno un giuramento in senso stretto, bensì un impegno. Secondo l'art. 193 c.p.c. «All'udienza di comparizione il giudice istruttore ricorda al consulente l'importanza delle funzioni che è chiamato ad adempiere, e ne riceve il giuramento di bene e fedelmente adempiere le funzioni affidategli al solo scopo di fare conoscere al giudice la verità». L'impegno del perito è al futuro e, dunque, assomiglierebbe molto di più al giuramento "pubblico": tuttavia, il contesto è diverso. Il perito non assume una carica pubblica e giura davanti al giudice limitatamente al suo incarico nel giudizio: è, in questo senso, una sorta di giuramento assertorio anticipato. Il perito giura di dire la verità, verità che ancora non conosce ma andrà ad approfondire.

[12] Grossi è contrario alla distinzione, poiché ritiene che «anche il testimonio giura per l'avvenire ed in tale direzione impegna la sua volontà, obbligandosi a dire la verità e null'altro che la verità e, ciò, in sostanza, ad adempiere con fedeltà ed onore a quell'ufficio pubblico che è chiamato a svolgere e per il quale gode anche di apposita tutela penale (art. 341 c.p.). Che il giuramento non abbia per suo oggetto fatti del passato, ma unicamente il futuro comportamento del soggetto nel processo, emerge in questo caso del resto anche dalla constatazione che la testimonianza non è – e non può essere – una rappresentazione oggettiva del fatto, ma si concreta in una manifestazione dell'idea che il testimonio ha del fatto medesimo» P.F. GROSSI, *Giuramento (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIX, Giuffré, Milano, 1970, p. 144-145.

ISSN 2036-7821

meccanismo accessorio che rafforza la certezza giuridica per una determinata finalità[13].

Nel diritto pubblico, invece, il giuramento non si limita a confermare un dato di fatto o a rafforzare la validità di un atto, ma crea un vincolo giuridico e morale che influenza – e proprio su questa influenza si tornerà più ampiamente – il rapporto tra colui che giura e lo Stato anche nel senso formalistico dell'inizio del momento di rapporto tra il soggetto e lo Stato.

Un profilo ulteriore, che si pone per ora in forma espositiva e non affermativa, è la possibilità che il giuramento di diritto pubblico implichi un impegno di fedeltà non solo alle norme positive, ma anche ai principi fondamentali dell'ordinamento, con conseguenze che possono estendersi al di là della mera sfera giuridica per investire la responsabilità morale del soggetto che lo presta. È, questo, il tema non facile dei valori[14].

In tal senso, il giuramento pubblico non è solo un requisito formale per l'assunzione di un incarico, ma un vero e proprio strumento di regolazione dell'agire istituzionale, con un'estensione e un'incidenza che vanno ben oltre l'ambito di applicazione del giuramento privato.

Nell'ordinamento costituzionale moderno, il giuramento è previsto in diversi contesti, soprattutto con riferimento ai titolari di organi di governo e ai funzionari pubblici. Il suo significato, tuttavia, non è univoco: se da un lato esso è considerato un requisito formale per l'assunzione di determinate cariche, dall'altro può essere interpretato come una garanzia sostanziale dell'aderenza del soggetto alle regole e ai principi dell'ordinamento. La previsione del giuramento nelle costituzioni risponde a una pluralità di esigenze, che spaziano dalla legittimazione politica alla stabilità

[13] Distingue tra forma giuratoria e dichiarazione giurata in G. FERRARI, *Giuramento. I) diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*: «l'una corrisponderebbe all'espressione "giuro" e costituirebbe una dichiarazione di volontà; l'altra corrisponderebbe alla esposizione di un evento e costituirebbe più propriamente una dichiarazione di scienza», p. 2.

[14] «Si è sostenuto che il valore "è un 'bene finale', fine a sé stesso, che chiede di realizzarsi attraverso un'azione intesa come razionale rispetto al valore". Ma si è anche affermato che si tratterebbe di "preferenze soggettive" o di "visioni del mondo". Oppure si è detto che, secondo Max Weber, "il valore non è semplicemente inteso come l'oggetto di una preferenza, come ciò che è desiderato, ma assume una connotazione normativa…". Esso "non è un ideale astratto, sganciato dalle scelte effettive"» Così V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella costituzione e nelle fonti europee*, in *Costituzionalismo*, 3/2019, p. 101 ss. «È stata anche rilevata, per altro verso, l'estrema variabilità prospettica di un pensare secondo valori", dalla teoria soggettivistica, di stampo neokantiano, a quella "obiettiva" che connette i valori ad una forma di conoscenza irrazionale», V. BALDINI, *Lo Stato multiculturale e il mito della Costituzione per valori*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2012, p. 5. In tema v. anche A. LONGO, *Valori, principi e Costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Diritto e società*, 2002, p. 75 ss. Cfr. le interessanti considerazioni metodologiche di F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo*, 3/2005 e, quasi all'estremo opposto, il contributo di S. BARTOLE, *Giudici ed attuazione dei valori costituzionali*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, 2008, che riesce a non citare la parola "valori" altrove che nel titolo.

ISSN 2036-7821

istituzionale, dalla creazione di un vincolo giuridico alla tutela della coesione sociale. Concetto unitario in origine, il giuramento si è scomposto in tanti metaforici rivoli quasi quante sono le occasioni in cui la legge lo prevede.

Un'altra questione, che non si può affrontare in astratto, è se il giuramento abbia una reale efficacia vincolante o se esso sia piuttosto un mero atto simbolico. Se da un lato la sua mancata osservanza può non comportare sempre conseguenze dirette, dall'altro il valore del giuramento risiede nella sua capacità di influenzare l'azione e di rafforzare il senso di obbligazione. La sua importanza, e in linea teorica anche le conseguenze sanzionatorie, dunque, non vanno valutate unicamente sul piano strettamente normativo, ma anche sul piano della cultura giuridica e dell'etica pubblica.

Un aspetto rilevante dell'efficacia vincolante del giuramento riguarda il suo rapporto con le norme penali. Il giuramento, infatti, richiede un impegno di fedeltà e di correttezza che può estendersi oltre i meri limiti imposti dalla legge penale. In altre parole, esiste uno spazio giuridico e morale in cui un comportamento, pur essendo penalmente lecito, può risultare incompatibile con gli obblighi derivanti dal giuramento. Questo accade quando l'azione, seppur non sanzionata penalmente, contrasta con i principi di lealtà, onore e disciplina che il giuramento presuppone.

Tale aspetto si manifesta soprattutto nei casi in cui l'ordinamento esige non solo il rispetto formale delle norme, ma anche un atteggiamento coerente con il ruolo istituzionale rivestito. Ad esempio, un comportamento opportunistico, elusivo o eticamente discutibile, benché non costituente reato (e magari benché non costituente illecito disciplinare – se previsto – né contrario a precetti morali), può comunque essere ritenuto in contrasto con lo spirito del giuramento.

Questa distinzione, per quanto, sempre in linea teorica, si applichi a qualsiasi forma di giuramento, è evidente nel diritto pubblico[15], ove sono le azioni future ad essere oggetto di legame, dunque c'è contemporaneità nel soggetto che ha giurato tra la scelta che gli si pone davanti e gli impegni presi, mentre nel giuramento che riguarda la ricostruzioni di fatti passati ciò appare solo marginalmente, nell'atto della ricostruzione a parole di ciò che è stato.

[15] Secondo E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 55: «nei rapporti di diritto pubblico il rapporto fondamentale della fedeltà dovuta dai singoli alla comunità politica di cui sono membri è fonte di doveri morali che hanno una immediata rilevanza giuridica nelle varie posizioni di potere dovere in cui la posizione dei cittadini si articola. Qui l'esercizio del potere inerente, per esempio, all'ufficio di cui il cittadino è investito non è rimesso al suo giudizio di convenienza (come l'esercizio di un diritto patrimoniale), ma costituisce un dovere, che è qualificato dalle funzioni cui l'ufficio è destinato».

ISSN 2036-7821

Insomma, la prima conclusione cui si può giungere partendo dal livello definitorio generale è che non solo esistono tipologie diverse di giuramento[16] nel senso del diritto positivo, cioè occasioni diverse in cui una norma chiede di giurare, ma esistono anche forme e condizioni diverse di porsi del vincolo che deriva dal giuramento e la sfera decisoria (mentale e concreta) del soggetto che si è impegnato.

Altresì, esistono tipologie differenti di giuramento che consentono di non trattare tutto il tema nella stessa ampia categoria ma di fare distinzioni giuridiche metodologicamente significative[17].

3. Le norme costituzionali.

La parola "giuramento" ricorre quattro volte nella Costituzione italiana. Precisamente, come noto, agli artt. 54, co. 2° «I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge»; 91, «Il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune»; 93, «Il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, prima di assumere le funzioni, prestano giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica» e 135, co. 3° «I giudici della Corte costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati».

È facile notare il minimo comune denominatore nel testo: la Costituzione intende che il giuramento sia il momento di inizio dello svolgimento dell'incarico e sia un particolare impegno che cade sui titolari di alcuni incarichi istituzionali. Tre di questi incarichi sono esplicitati: Presidente della Repubblica, Presidente del Consiglio o ministro nel Governo, giudice della Corte costituzionale. Altre tipologie di incarico sono lasciate alla discrezione del legislatore, discrezionalità che è guidata dal dovere

[16] P.F. GROSSI, *Giuramento,* cit., distingue tra giuramento dovuto e necessitato, cioè «non come atto dovuto ma come condizione per il legittimo esercizio dell'ufficio stesso: presuppone, cioè, che sia già avvenuta una valida investitura sotto forma di nomina o di elezione, ma riserva all'autonomia del privato, sia pure entro un lasso di tempo predeterminato e comunque necessariamente breve, la scelta fra accettazione e rinuncia» p. 145 e, nelle stesse pagine, ipotizza una distinzione tra politici, amministrativi, giudiziari e professionali, salvo non impegnarsi nella classificazione.

[17] Come sono, ad esempio, le voci nell'Enciclopedia giuridica Treccani. Tutte dedicate al giuramento, ma secondo profili diversi: *Diritto pubblico* affidata a G. FERRARI; *Diritto processuale civile* a L.P. COMOGLIO; *Diritto canonico* e *diritto ecclesiastico* a P. SPIRITO con *Postilla di aggiornamento* di P. CAVANA.

ISSN 2036-7821

di disciplina e onore all'interno di quelle che la Carta fondamentale chiama le "funzioni pubbliche"[18].

Dunque, in taluni casi la Costituzione chiede direttamente, o consente che il legislatore chieda al titolare di talune funzioni o cariche di pronunciare un giuramento. Il momento è quello iniziale dello svolgimento del suo incarico, come specificano ed esplicitano gli artt. 91, 93, 135 Cost. Insomma, il giuramento di cui parla la Costituzione è della tipologia rivolta al futuro, non alla veridicità di ciò che è avvenuto in passato. Ciò è perfettamente coerente con lo scopo cui è rivolto, cioè lo svolgimento di un incarico, per il quale l'impegno non può che essere rivolto al tempo che verrà.

Approfondendo il discorso oltre il minimo comune denominatore, in verità le norme costituzionali citate sono differenti tra loro in molti dettagli e, in particolare, l'art. 54, rimettendosi al legislatore, apre a una casistica che, invece, non appartiene agli altri articoli citati, i quali sono puntuali.

Facendo un passo indietro, non a puro sfoggio culturale, come si vedrà, nello Statuto albertino le norme che parlavano di giuramento erano tre: gli artt. 22, 23 e 49. I primi due sono in qualche modo riconducibili alla Carta repubblicana, poiché prevedevano che «il Re, salendo al trono, presta in presenza delle Camere riunite il giuramento di osservare lealmente il presente Statuto» (art. 22) e che il Reggente «prima d'entrare in funzioni, presta il giuramento di essere fedele al Re, e di osservare lealmente lo Statuto e le Leggi dello Stato» (art. 23). La somiglianza riguarda, come ovvio, la figura del Capo di Stato, sia pure nella diversa declinazione istituzionale[19]. Una significativa differenza si rintraccia nell'art. 49, secondo il quale nel Regno d'Italia «I Senatori ed i Deputati prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni prestano il giuramento di essere fedeli al Re, di osservare lealmente lo Statuto e le leggi dello Stato, e di esercitare le loro funzioni col solo scopo del bene inseparabile del Re e della Patria».

Il fatto che i parlamentari giurassero sui molteplici (poiché, a ben vedere, gli impegni richiesti dalla formula sono più di uno) profili di cui all'art. 49 dello Statuto si differenzia dalle norme costituzionali vigenti, che non richiedono nulla di simile ai parlamentari repubblicani.

Sotto il profilo logico, è peculiare che si chieda di osservare lealmente le leggi dello Stato, proprio quelle stesse leggi che i parlamentari del Regno (sia pure nella diversità di assetto istituzionale) avevano il potere di modificare, abrogare, innovare.

[18] Sull'art. 54 Cost., v. almeno G.M. SALERNO, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti), vol. I, UTET, Torino, p. 1075 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffré, Milano, 2013; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Giuffré, Milano, 1984.

[19] E, ovviamente, considerando il Reggente a sua volta una sorta di sostituto del Capo di Stato.

ISSN 2036-7821

E, parimenti, sarebbe interessante discutere come si compenetrerebbero la garanzia di irresponsabilità delle opinioni e dei voti dati nell'esercizio delle funzioni garantita dall'art. 68 Cost. con un eventuale obbligo di giuramento. La soluzione più semplice, cioè che i parlamentari sarebbero garantiti ma solo dopo aver prestato giuramento, pone problemi che si sono verificati nella storia e su cui si tornerà *infra*.

Intanto, resta ferma la significativa differenza tra lo Statuto albertino e la Costituzione della Repubblica nell'esentare i parlamentari.

A tale proposito, si può segnalare che nella XVIII legislatura fu presentata alla Camera la proposta di legge costituzionale C. 2304 a firma degli on. Bellucci ed altri recante "Modifica all'articolo 67 della Costituzione, concernente l'introduzione dell'obbligo di giuramento per i membri del Parlamento". Presentata precisamente il 16 dicembre 2019, fu assegnata assegnato alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il 27 gennaio 2020, ma lì si è arrestato l'*iter* parlamentare ed è facile pensare che il Parlamento, travolto dall'emergenza Covid, non si sia preoccupato del giuramento dei parlamentari, perché proprio questo proponeva l'atto in esame.

La breve relazione al progetto di legge spiegava molto bene i punti che qui si stanno affrontando: «Dopo la conclusione delle elezioni politiche per il rinnovo del Parlamento, infatti, si procede all'assegnazione dei seggi e alla proclamazione degli eletti al Senato della Repubblica e alla Camera dei deputati. I nuovi parlamentari iniziano così il loro mandato e sono convocati per la prima seduta delle nuove Camere, che deve avvenire entro venti giorni dalle elezioni ed è dedicata all'elezione dei rispettivi Presidenti.

Nel corso della prima seduta delle Camere non è prevista alcuna cerimonia solenne di giuramento di fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione. Si ritiene tuttavia che, oggi più che mai, tale formale giuramento dovrebbe essere, invece, un obbligo previsto, come monito a servire la Nazione con lealtà.

In realtà, già lo Statuto albertino del 1848 conteneva un riferimento al giuramento dei parlamentari. […] La situazione cominciò a cambiare dopo l'Unità d'Italia, quando sulla scena politica nazionale apparvero uomini che avevano sognato un'Italia repubblicana. Nel Parlamento del Regno, infatti, alcuni deputati si erano rifiutati di prestare giuramento ai Savoia oppure giuravano per poi contestare la validità dell'atto che gli veniva imposto. Nel 1882, per impedire che il fenomeno divenisse imbarazzante, l'allora Presidente del Consiglio, Agostino Depretis, presentò alle Camere un progetto di legge che prevedeva la decadenza dal mandato per i deputati che non avessero prestato giuramento entro due mesi dalla data della loro elezione. La legge fu approvata il 22 dicembre del 1882, ma qualche centinaio di deputati (repubblicani, socialisti, comunisti) aggirarono l'ostacolo giurando "con riserva

ISSN 2036-7821

mentale", ritenendo più opportuno esercitare il mandato per il quale gli elettori li avevano eletti.

Successivamente, anche i Padri costituenti si sono posti il problema del giuramento dei parlamentari; di ciò si può trovare traccia nei lavori della Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, durante la discussione sull'organizzazione costituente dello Stato, presieduta dal Presidente Terracini, del 19 settembre 1946.

All'epoca, si propose di inserire nel testo costituzionale il seguente emendamento: "Al momento di assumere l'esercizio delle loro funzioni i deputati presteranno giuramento di fedeltà alla Costituzione Repubblicana e di coscienzioso adempimento ai propri doveri".

Successivamente, l'Assemblea costituente, nelle sedute del 23 settembre e del 24 ottobre del 1947, respinse l'obbligo dei membri del Parlamento di prestare giuramento di fedeltà alla Costituzione della Repubblica italiana prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni con la formula: "I deputati, per il solo fatto dell'elezione, entrano con la proclamazione immediatamente nel pieno esercizio delle loro funzioni. Tale immissione non è più subordinata alla condizione del giuramento".

Siamo arrivati, quindi, alla situazione attuale in cui prestano giuramento di fedeltà alla Costituzione ed alle leggi della Repubblica, prima di assumere le loro funzioni, solo il Capo dello Stato, i membri del Governo, i presidenti e i consiglieri regionali di alcune regioni, i magistrati e i componenti delle Forze armate e di quelle assimilate.

Appare abbastanza anomalo che i parlamentari italiani godano, secondo l'articolo 68 della Costituzione Italiana, dell'immunità parlamentare senza dover sottostare a nessun giuramento, in qualità di funzionari pubblici.»

A tal fine, il ddl cost. 2304 proponeva di inserire un nuovo comma all'art. 67 della Costituzione dal seguente tenore: «Ogni membro del Parlamento, prima di assumere le funzioni, presta giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica con la seguente formula: "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana, di osservarne lealmente la Costituzione e le leggi e di esercitare le mie funzioni nell'interesse esclusivo della Nazione che mi onoro di rappresentare"».

La relazione alla proposta di legge C. 2304 presenta elementi di interesse mescolati a punti problematici non risolti. In particolare, resta apodittica la proposta: perché i parlamentari attuali dovrebbero giurare? Il fatto che sia "abbastanza anomala" l'assenza di un giuramento non è motivato se non, forse, nel confronto rispetto ad altri incarichi, cioè il Presidente della Repubblica, il Governo e la Corte

ISSN 2036-7821

costituzionale[20]. Si ripropone, tuttavia, il tema del giurare fedeltà a testi normativi che si ha il potere, legittimo e incontestato, di cambiare. Vale per la legge come per la Costituzione medesima, ricordando che il Parlamento ne è il revisore. Una norma come quella presentata porrebbe inevitabilmente il problema tra la revisione costituzionale e l'obbligo di fedeltà esplicitato dal giuramento e porrebbe prima o poi alla Corte costituzionale l'onere di dare corpo alla violazione del giuramento in sede di conflitto di attribuzione, tra poteri dello Stato ma anche tra Stato e Regioni, e fors'anche di giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi.

Per certi versi, è proprio la ricostruzione effettuata a spiegare perché la Costituzione repubblicana non chiede il giuramento di fedeltà ai parlamentari, cioè perché l'istituto era già entrato in crisi nell'ottocento. Il parlamentare può essere eletto per portare in Parlamento visioni politico-ideologiche diverse rispetto a quella costituzionale? La risposta, pur non semplice, è positiva. Poiché l'argomento è scivoloso e conduce, se affrontato compiutamente, lontano, ci si limita ad alcuni esempi: il repubblicano nel parlamento monarchico, il monarchico nel parlamento repubblicano, l'antieuropeista nel parlamento europeo, l'esponente di un partito rivoluzionario in un parlamento controrivoluzionario sono tutti casi in cui un giuramento di fedeltà al sistema porrebbe il parlamentare in difficoltà, poiché è stato eletto per rappresentare una visione diversa rispetto al sistema in cui è inserito. Come si vede, in un sistema democratico pluralista, ciò non è incompatibile con la funzione parlamentare né col rispetto della Costituzione e della legge[21], ma incide proprio sul profilo, diverso ma correlato, della sfera del pensiero.

Liberati i parlamentari dall'obbligo statutario di prestare giuramento, ci si può domandare a questo punto – anche se è presto per ipotizzare risposte – perché debbano giurare i membri del governo, il Presidente e i giudici costituzionali. Perché a loro è richiesta una garanzia ulteriore? È in funzione dei poteri maggiori o più ampi

[20] «L'attuale mancata previsione di un giuramento per i parlamentari trova, peraltro, la sua base in una scelta di opportunità politica, senza che possano rinvenirsi ostacoli di natura tecnica e difficoltà di ordine logico per una diversa soluzione»: P.F. GROSSI, *Giuramento*, cit., p. 154.

[21] Se (ad esempio) il parlamentare rivoluzionario "giurato" partecipasse ad atti di destabilizzazione violenta del potere costituito, sarebbe punibile non per violazione al giuramento, ma per violazione della legge penale. Se, invece, proponesse una legge secondo il suo intento rivoluzionario (sempre a titolo di esempio: una proposta di legge costituzionale per cambiare la forma di Stato) sarebbe punibile per violazione del giuramento e non della legge? I profili si complicano, come si vede. Secondo P.F. GROSSI, *Giuramento*, cit., p. 154 «si dimentica che in epoca successiva [cioè epoca statutaria ma successiva alle contestazioni ottocentesche ricordate] si attenuarono fino a scomparire l'originario significato ed il rigorismo formale con cui era stata primitivamente intesa la portata di quel giuramento, che venne pertanto, in un secondo momento, ricostruito soltanto come impegno ad un leale adempimento delle funzioni parlamentari, senza necessità di adesione ideologica ai valori di cui il regime statutario era portatore».

ISSN 2036-7821

di cui dispongono?[22] Si tratta forse di un momento solamente formale di inizio mandato?

Per proporre qualche ulteriore spunto di riflessione utile alla risposta alle questioni poste, si possono leggere i lavori preparatori della Costituzione.

3.1. La discussione in Assemblea costituente.

La discussione che si svolse il 19 dicembre 1946 all'interno della Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione riguardò un tema di fondamentale rilievo nell'assetto istituzionale della nascente Repubblica Italiana[23]: l'obbligo del giuramento per determinate categorie di soggetti chiamati a ricoprire funzioni di particolare importanza nell'ordinamento statale. L'onorevole Aldo Moro, con un intervento introduttivo, pose la questione in termini preliminari, sottolineando la necessità di stabilire in primo luogo se il giuramento dovesse essere inserito nella Carta costituzionale e, in caso affermativo, in quali termini dovesse essere disciplinato e a quali soggetti dovesse essere imposto. La discussione si aprì dunque su un piano di principio, con la finalità di valutare se il giuramento rappresentasse un istituto compatibile con l'assetto democratico dello Stato e se la sua previsione nella Costituzione fosse giustificata da un interesse pubblico superiore.

La riflessione sulla natura stessa del giuramento venne immediatamente sollevata da Giorgio La Pira, il quale insistette sul carattere eminentemente religioso di tale istituto. Secondo la sua impostazione, il giuramento, essendo un atto solenne compiuto al cospetto di Dio o comunque di una dimensione superiore della coscienza umana, doveva essere circoscritto a circostanze eccezionali e riservato a quei casi nei quali rappresentasse un vincolo autentico e non meramente formale. Il giuramento, a suo avviso, non poteva divenire un atto burocratico ripetuto in modo meccanico e indiscriminato, poiché in tal modo si sarebbe svuotato del suo intrinseco significato etico e spirituale. La sua posizione trovò un immediato sostegno in Palmiro Togliatti, che concordò sulla necessità di limitare il giuramento e di

[22] Non si vuole, con ciò, sostenere che i citati organi abbiano più potere del Parlamento. Tuttavia, il singolo parlamentare può poco da solo, mentre il Presidente della Repubblica è un organo monocratico, il Governo, oltre che più snello, dispone di poteri sulle strutture amministrative dello Stato. Il giuramento, in questo senso, sarebbe una maggiore responsabilizzazione, se non di ampiezza o importanza, sull'*intensità* del potere della persona fisica. In dottrina, si legge che vi sarebbe un dovere di devozione: «Tale dovere di 'devozione' assumerebbe tuttavia caratteristiche differenti a seconda che sia riferito ai titolari di uffici costituzionali o ai pubblici dipendenti. La fedeltà dei primi verrebbe garantita attraverso lo speciale obbligo di giuramento stabilito da norme costituzionali», G. SIRIANNI *Le qualità dei governanti nella Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 1/2012, p. 184.

[23] Gli Atti dell'Assemblea costituente, pubblicati dalla Camera dei Deputati in diversi volumi (tra l'altro, con edizioni che differiscono quanto alla numerazione delle pagine) sono ora reperibili in *www.nascitacostituzione.it*.

ISSN 2036-7821

ridimensionarne l'uso, pur non condividendo la visione esclusivamente religiosa prospettata da La Pira.

Di segno diametralmente opposto fu invece l'intervento dell'onorevole Lucifero, il quale espresse una netta contrarietà a ogni forma di giuramento imposto per legge. A suo giudizio, il giuramento avrebbe dovuto rimanere un atto spontaneo della coscienza individuale e non un'imposizione giuridica, che ne avrebbe snaturato la portata morale. Tuttavia, egli si mostrò disposto ad accettare una soluzione di compromesso, ritenendo ammissibile l'imposizione del giuramento solo nei casi in cui l'assunzione di determinate cariche comportasse un impegno di particolare rilevanza nei confronti dello Stato.

Al fine di individuare le categorie di soggetti per i quali il giuramento avrebbe potuto conservare una funzione essenziale, l'onorevole Umberto Merlin propose un elenco di figure istituzionali che, a suo avviso, non avrebbero potuto sottrarsi a tale obbligo. Egli individuò, in particolare, il Presidente della Repubblica, i membri delle Forze armate, gli appartenenti agli organi di Polizia e i magistrati, quali soggetti per i quali il giuramento avrebbe rappresentato un impegno imprescindibile verso la Repubblica e i suoi valori fondativi. Tuttavia, consapevole della pluralità delle convinzioni religiose e morali presenti nella società, sottolineò la necessità che la formula del giuramento fosse formulata in modo tale da rispettare la libertà di coscienza di ciascun individuo. A tal proposito, fece riferimento alla Costituzione di Weimar, la quale prevedeva che il Presidente della Repubblica potesse aggiungere alla formula del giuramento un richiamo di carattere religioso.

Sulla questione si espresse anche l'onorevole Cevolotto, il quale si soffermò sulla differenza tra la legge ordinaria sul giuramento – che si vedrà *infra* – già discussa e approvata dall'Assemblea Costituente, e la nuova problematica costituzionale. Se in precedenza si era trattato di modificare semplicemente la formula del giuramento per adeguarla ai principi del nuovo ordinamento democratico, ora il dibattito verteva sulla possibilità di inserire o meno il giuramento all'interno del testo costituzionale e di stabilire esplicitamente quali categorie di soggetti vi sarebbero state sottoposte. Egli si disse favorevole a una limitazione dell'istituto, esprimendo il parere che il giuramento dovesse essere imposto unicamente al Capo dello Stato, alle Forze armate, alla Polizia e ai magistrati, lasciando al legislatore ordinario il compito di disciplinare in dettaglio la materia.

Una posizione più radicale fu assunta dall'onorevole Mastrojanni, il quale si dichiarò contrario all'istituto del giuramento in quanto tale, sostenendo che esso non avrebbe aggiunto alcuna garanzia all'osservanza delle leggi e al corretto svolgimento delle funzioni pubbliche. Egli contestò la necessità di imporre il giuramento anche ai magistrati e alle Forze armate, sottolineando che l'esercito era formato in gran parte

ISSN 2036-7821

da cittadini soggetti alla coscrizione obbligatoria e che l'efficacia dell'ordinamento militare non sarebbe stata in alcun modo rafforzata dall'imposizione di un vincolo di natura simbolica. È molto interessante questa posizione dell'on. Mastrojanni il quale sostenne – non è sua la metafora – che non è il braccio a dover giurare ma la mente, non il funzionario operativo bensì il dante causa politico. È pur vero che bisogna avere la certezza che il braccio non disobbedisca alla mente, soprattutto se ha margine di autonomia.

Tornando alla discussione, Moro, pur essendo per principio contrario all'istituto del giuramento, riconobbe che esso potesse assumere una funzione simbolica e politica in determinati casi. Egli individuò nel Capo dello Stato, nei Ministri, nelle Forze armate, nelle Forze di Polizia, nonché nei testimoni e negli interpreti chiamati a deporre in giudizio, i soggetti per i quali il giuramento avrebbe potuto rappresentare un richiamo alla serietà della funzione esercitata e un atto solenne di assunzione di responsabilità. Tuttavia, si dichiarò favorevole alla possibilità di aggiungere una formula di carattere religioso per coloro che lo ritenessero opportuno, ritenendo che tale soluzione avrebbe garantito il rispetto delle convinzioni personali di ciascun individuo.

Il dibattito si concentrò poi sulla questione della formulazione esatta del giuramento e sulla sua collocazione all'interno della Costituzione. Togliatti si disse contrario all'idea che il giuramento avesse valore solo se accompagnato da un riferimento alla dimensione religiosa, evidenziando come anche coloro che non professavano una fede religiosa potessero sentire il vincolo del giuramento come un obbligo morale e civile. Egli sottolineò che in altri ordinamenti, come quello sovietico, il giuramento militare rappresentava un vincolo giuridico estremamente rigoroso, sanzionato con la massima severità in caso di violazione.

Dopo un'ampia discussione, la Sottocommissione giunse a una decisione. Si convenne sulla necessità di inserire nella Costituzione una norma che sancisse l'obbligo del giuramento per determinate categorie di soggetti, escludendo ogni riferimento esplicito al carattere religioso dell'impegno assunto. Fu pertanto approvata la seguente formulazione:

«Il Capo dello Stato, i membri del Governo, i magistrati, le Forze armate e quelle assimilate prestano giuramento di fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione».

La formula venne adottata con dieci voti favorevoli, due contrari e tre astensioni, segnando così un punto di equilibrio tra le diverse posizioni espresse nel dibattito. Il principio della limitazione del giuramento a categorie selezionate fu dunque recepito nel testo costituzionale, con la consapevolezza che il legislatore ordinario avrebbe potuto in seguito precisarne le modalità e l'applicazione concreta.

ISSN 2036-7821

4. Formule di giuramento e normativa attuativa dell'art. 54 Cost.

4.1. Il giuramento delle cariche dello Stato direttamente previste dalla Costituzione.

Il Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 91 Cost., giura davanti al Parlamento in seduta comune con la seguente formula: «Giuro di essere fedele alla Repubblica e di osservarne lealmente la Costituzione». La formula è tratta dallo stesso articolo costituzionale, senza necessità di normativa attuativa e la cerimonia che fa da contorno è fondata sulla prassi cerimoniale[24].

È la l. 23 agosto 1988 n. 400 "Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri" a prevedere all'art. 1, co. 3 la formula del giuramento governativo: «il Presidente del Consiglio dei ministri e i ministri, prima di assumere le funzioni, prestano giuramento nelle mani del Presidente della Repubblica con la seguente formula: "Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi e di esercitare le mie funzioni nell'interesse esclusivo della nazione".»[25]

In attuazione dell'art. 135 Cost., la l. 11 marzo 1953 , n. 87 "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale" prevede all'art. 5 che «I giudici della Corte, prima di assumere le funzioni, prestano giuramento di osservare la Costituzione e le leggi, nelle mani del Presidente della Repubblica, alla presenza dei Presidenti della due Camere del Parlamento».

La formula è la seguente: «Io, [Nome e Cognome], giuro sul mio onore di osservare lealmente la Costituzione e le altre leggi dello Stato, esercitando le mie funzioni di giudice della Corte costituzionale nell'interesse supremo della Nazione».

L'art. 47 della l. 87/1953 prevede un obbligo di giuramento anche per i giudici aggregati, stavolta «nelle mani del Presidente della Corte costituzionale», con la medesima formula e con la precisazione che «il giuramento non è ripetuto se sia stato già prestato in occasione di un precedente giudizio».

Il giuramento dei giudici costituzionali (della composizione ordinaria), come quello del Governo, è particolarmente solenne in rapporto ai testimoni chiamati ad ascoltare la formula, cioè le più alte cariche dello Stato.

Poiché uno degli obiettivi del presente studio è analizzare anche il contenuto del giuramento, non si può fare a meno di notare la diversità delle formule. Pur riferite a organi supremi dello Stato e accomunate dalla solennità e dall'orizzonte istituzionale dell'impegno, non sono identiche e anzi presentano variazioni testuali significative,

[24] Peraltro, secondo L. CARLASSARE, *Art. 91*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna 1983, p. 193 il giuramento non aggiungerebbe altri obblighi a quelli previsti dalla legge.

[25] Ai sensi dell'art. 10 l. 400/1988 giurano anche i sottosegretari nelle mani del Presidente del Consiglio dei Ministri e con la stessa formula dei Ministri.

ISSN 2036-7821

dalle quali è possibile desumere differenze implicite di status costituzionale, di funzioni e di responsabilità giuridica e politica.

Il Presidente e il Governo giurano fedeltà alla Repubblica, non i membri della Corte; il Presidente e il Governo giurano fedeltà alla Costituzione, ma il Governo e la Corte anche alle leggi; il Governo e la Corte fanno riferimento all'interesse (esclusivo, supremo) della nazione.

Un commento rassicurante potrebbe essere il seguente: la concisione del giuramento presidenziale, che si limita all'impegno di "essere fedele alla Repubblica" e di "osservarne lealmente la Costituzione" è coerente con la posizione del Presidente della Repubblica quale organo di garanzia e rappresentanza dell'unità nazionale, posto al di sopra della dialettica partitica. Ecco perché l'impegno del Capo dello Stato si orienta esclusivamente verso i principi supremi dell'ordinamento, senza vincolarlo all'osservanza della legislazione ordinaria, che egli non contribuisce direttamente a formare.

Ai membri del Governo è richiesto – oltre alla fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione – di giurare fedeltà anche alle leggi e di esercitare le funzioni "nell'interesse esclusivo della Nazione" in quanto la formula riflette la posizione esecutiva del Governo: i ministri sono soggetti all'obbligo di legalità sostanziale e formale, essendo chiamati ad attuare e applicare le norme vigenti. Il riferimento esplicito all'interesse esclusivo della Nazione, assente nella formula presidenziale, evidenzia inoltre la dimensione fiduciaria e politica dell'incarico.

Quanto ai giudici costituzionali, si potrebbe ravvisare una tensione tra tale formula e la funzione della Corte, che non solo giudica sulle leggi, ma può dichiararne l'illegittimità, tuttavia, il giuramento non è diretto a garantire una fede statica e passiva nei confronti delle leggi vigenti, quanto piuttosto un rispetto metodologico dell'ordinamento, nella sua interezza. Osservare le leggi, per un giudice costituzionale, significa interpretarle e applicarle secondo Costituzione, senza indulgenze ideologiche o deviazioni soggettive, e nel pieno rispetto dei canoni dell'argomentazione giuridica. L'impegno assunto si traduce, in questo senso, in una forma di fedeltà funzionale alla legge, che si compie proprio nel vaglio critico della sua compatibilità con i parametri costituzionali.

Alla lettura rassicurante, però, si può contrapporre una lettura meno lineare, che metta in luce le difformità. Il Presidente non è tenuto a giurare fedeltà alle leggi: ciò significa che, pur non essendo parte del legislativo, può ritenersene esentato? Il Governo è vincolato al rispetto della legge formale parlamentare o anche al rispetto degli atti con forza di legge che lui stesso potrebbe approvare? Quanto alla Corte, come può essere fedele alla legge se deve dichiararne l'incostituzionalità? Forse la fedeltà va riservata solo alle leggi non costituzionalmente illegittime? Come si può

ISSN 2036-7821

declinare, al di là di ricostruzioni semplicistiche, l'interesse supremo o esclusivo della Nazione? (posto, e non è poco, di sapere esattamente cosa sia la "nazione" nell'ordinamento repubblicano).

Ebbene, due possibili obiezioni metodologiche. Primo, è evidente che le formule non siano state pensate insieme, bensì arrivino da percorsi normativi differenti. Non c'è unità né tantomeno uniformità, dunque potrebbe essere controproducente o inutile cercarla. Secondo, non bisogna cadere nella fallacia di accento tale per cui, ad esempio, il Presidente che giuri di essere fedele alla Costituzione possa sentirsi legittimato a violare la legge.

Le obiezioni sono accolte e, infatti, non si vogliono sostenere argomenti fondate su una fallacia, bensì iniziare a mettere ordine nei giuramenti e relative formule per leggere in maniera dettagliata e approfondita quale sia la richiesta dell'ordinamento quando richiede il giuramento. Si tornerà sul punto.

4.2. La normativa attuativa dell'art. 54 Cost.

L'art. 54 Cost., come anticipato, dà copertura costituzionale al legislatore che richieda un giuramento da parte di un cittadino cui siano affidate funzioni pubbliche[26].

Poiché esistevano già molteplici norme che richiedevano un giuramento, il tema della fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione si è posto all'indomani stesso del cambio di forma di Stato e di governo.

Come dice la relazione al disegno di legge che diverrà la l. 478/1946 «con l'articolo 9 del decreto legislativo presidenziale 19 giugno 1946, n. 1, venne disposto che fino a quando non fossero state stabilite le nuove formule di giuramento, si sarebbero applicate le vecchie formule, eliminando in esse ogni accenno alla forma monarchica dello Stato». La stessa l. 23 dicembre 1946, n. 478 "Modificazione delle formule di giuramento" prevedeva le formule di giuramento per forze armate e corpi militarizzati (art. 2), dipendenti civili dello Stato e degli enti locali (art. 3), magistrati,

[26] Non cade sotto l'applicazione dell'art. 54 Cost. l'impegno dei cittadini italiani che ricoprano la carica di membri della Commissione dell'UE. Si tratta di un giuramento (anche se non utilizza la parola "giuro") articolato e complesso, previsto dall'art. 245 TFUE. La formula è la seguente: «mi impegno solennemente:a rispettare, nell'adempimento dei miei doveri, i Trattati e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; ad esercitare le mie funzioni in piena indipendenza, nell'interesse generale dell'Unione; a non sollecitare né accettare, nell'adempimento dei miei doveri, istruzioni da alcun governo, istituzione, organo o organismo; ad astenermi da ogni atto incompatibile con il carattere delle mie funzioni o l'esecuzione dei miei compiti. Prendo atto dell'obbligo istituito dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in forza del quale ogni Stato membro deve rispettare tale carattere e non cercare di influenzare i Membri della Commissione nell'esecuzione dei loro compiti. Mi impegno, inoltre, a rispettare, per la durata delle mie funzioni e dopo la cessazione di queste, gli obblighi derivanti dalla mia carica, ed in particolare i doveri di correttezza e discrezione per quanto riguarda l'accettare, dopo tale cessazione, determinate funzioni o determinati vantaggi». Ci si può domandare se e quanto l'impegno solenne di non avere influenze dal proprio Stato membro sia compatibile con la fedeltà alla Costituzione italiana dovuta da ogni cittadino, tuttavia il tema della doppia (o multipla) fedeltà è troppo ampio per trovare conveniente trattazione.

ISSN 2036-7821

avvocati, notai (art. 4), persone estranee all'Amministrazione dello Stato investite occasionalmente di pubbliche funzioni (art. 5), sindaci (art. 6), nuovi cittadini (art. 8)[27].

Dopo l'intervento del d.lgs. 13 dicembre 2010, n. 212 "Abrogazione di disposizioni legislative statali, a norma dell'articolo 14, comma 14-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246" rimane in vigore il solo art. 5 con la formula «Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere le funzioni affidatemi con coscienza e diligenza e con l'unico intento di perseguire il pubblico interesse».

Il pregio della l. 478/1946 è stato quello di aver posto in un quadro organico formule e occasioni di giuramento, sia pure prima della vigenza dell'art. 54 Cost. Il difetto principale, come prevedibile, fu la sua pressoché scontata temporaneità.

L'art. 7 si occupava dei professori universitari, escludendoli dal giuramento, peraltro con un rinvio al d.lgs. luogotenenziale 5 aprile 1945, n. 238 "Provvedimenti sull'istruzione superiore". È noto, infatti, che l'art. 18 del regio decreto 28 agosto 1931 n. 1227, "Disposizioni sull'istruzione superiore" aveva fatto obbligo ai docenti di giurare con la seguente formula: «Giuro di essere fedele al Re, ai suoi Reali successori e al Regime fascista, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato, di esercitare l'ufficio di insegnante ed adempiere tutti i doveri accademici col proposito di formare cittadini operosi, probi e devoti alla patria e al Regime fascista. Giuro che non appartengo né apparterrò ad associazioni o partiti, la cui attività non si concili con i doveri del mio ufficio».

Un giuramento, come si vede, articolato e impegnativo, che impegnava non solo sul rispetto delle istituzioni e delle norme, bensì anche su quello dell'adesione politica. Ciò portò alla altrettanto nota vicenda dei pochi docenti che, rifiutandosi di prestare giuramento, persero la cattedra[28].

---

[27] Con le seguenti formule: per le forze armate "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi e di adempiere tutti i doveri del mio stato al solo scopo del bene della Patria"; per i dipendenti civili "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi della Stato, di adempiere tutti i miei doveri, serbando scrupolosamente il segreto d'ufficio, nell'interesse dell'Amministrazione e per il pubblico bene"; per magistrati e avvocati "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere con coscienza i doveri inerenti al mio ufficio"; per i sindaci "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere le mie funzioni al solo scopo del pubblico bene"; per i nuovi cittadini "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo e di osservare lealmente le leggi dello Stato".

[28] «*Ultimatum*, clamorosamente lesivo dei principi di libertà della scienza e di dignità dell'insegnamento, [che] combinava due complementari esigenze politiche: da un lato, d'intransigenza contro gli irriducibili, da espellere definitivamente, e, dall'altro di conciliazione con gli antichi avversari disposti a piegarsi»: E. SIGNORI, *Università e fascismo*, in AA.VV., *Storia delle università in Italia*, GEM, Messina, 2007, p. 403. Sono molti gli studi su questo avvenimento storico, v. almeno: H. GOETZ, *Il giuramento rifiutato. I docenti universitari e il regime fascista*, La Nuova Italia, Milano, 1999; A. ARA, *L'Università italiana e il giuramento del 1931*, in AA.VV., *Per ricordare Giorgio Errera, il*

ISSN 2036-7821

Oltre ai docenti universitari, il Regno d'Italia era già intervenuto con la riforma Gentile del 1923[29]: «tra i molti provvedimenti da essa attuati si annovera il R. D. 2367 del 27 novembre 1924. L'art. 14 introduceva, primo nella storia d'Italia, un giuramento per gli insegnanti, equiparandoli agli impiegati statali: i professori straordinari al momento dell'immissione in servizio e i professori ordinari, appena ottenuta la nomina stabile, debbono, sotto pena di decadenza, prestare rispettivamente la promessa e il giuramento di cui agli articoli 5 e 6 del Regio Decreto 30 dicembre 1923, numero 2960. L'art. 345 del R.D. 1297 del 26 aprile 1928 estendeva ai maestri elementari l'obbligo del giuramento d'ufficio, all'entrata in ruolo, con formula modificata rispetto alla precedente»[30].

Un giuramento venne richiesto anche ai membri degli istituti di ricerca scientifica[31], con r.d.l. 9 luglio 1936, n. 1541, tramite la seguente formula: «Giuro di essere fedele al Re, al suoi Reali successori o al Regime Fascista, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato e di esercitare l'ufficio affidatomi con animo di concorrere al maggiore sviluppo della cultura nazionale e della scienza».

Ancora, il r.d.l. 7 ottobre 1926, n. 1871 "Giuramento dei capitani e padroni marittimi" (abrogato dal d.l. 22 dicembre 2008, n. 200 "Misure urgenti in materia di semplificazione normativa") prevedeva all'art. 1 che «Alle condizioni prescritte dalle vigenti leggi per conseguire le patenti di capitano di lungo corso (con o senza la qualifica di capitano superiore), di capitano di gran cabotaggio e di padrone, è aggiunto l'obbligo della prestazione del giuramento, nei seguenti termini: "Nel ricevere l'autorizzazione conferitami in nome del Re, a comandare navi battenti la bandiera d'Italia, giuro che adempirò, in pace ed in guerra, in Patria e all'estero, a tutti gli obblighi del mio grado, con lealtà, zelo ed abnegazione per l'incremento della nostra potenza marinara, per il prestigio e l'onore della mia bandiera. Giuro che non

---

rifiuto del giuramento fascista, Pavia, Università di Pavia, 1998, p. 7 ss.; M.C. GIUNTELLA, *Autonomia e nazionalizzazione dell'Università. Il fascismo e l'inquadramento degli atenei*, Edizioni Studium, Roma, 1992; L.M. SCARANTINO, *Gli undici erano decine. Note sul giuramento del 1931*, in *Bollettino della Società filosofica italiana*, 2/2020, p. 55 ss. E i numerosi contributi nel numero monografico 2/2021 della *Rivista di Storia dell'Università di Torino* curato da C.S. ROERO e significativamente intitolato *Regime e dissenso. 1931. I professori che rifiutarono il giuramento*.

[29] «L'idea di una forma di giuramento politico per docenti universitari, insegnanti o impiegati dello Stato, infatti, non rappresentava affatto qualcosa di inusitato nella tradizione italiana e, più in generale, europea. Il giuramento era stato richiesto dalla Francia rivoluzionaria e dalla Repubblica cisalpina a tutti i professori per rinsaldare il loro legame con la nuova causa; il secondo Impero francese aveva cercato per la stessa via di imporre loro la lealtà al regime politico mentre nella penisola italica la stessa formazione dello Stato unitario era stata accompagnata da un giuramento di fedeltà al re, allo statuto e alle leggi richiesto a professori ed impiegati»: L.A. POMANTE, *«Sarebbe una menzogna giurare quello in cui non si crede». Il rifiuto al giuramento del "repubblicano" Fabio Luzzatto*, in *Rivista di Storia dell'Università di Torino*, cit., p. 127-128.

[30] E. GARIS, *"Giuro di essere fedele al re e ai Suoi Reali successori": il giuramento degli insegnanti elementari e medi tra legittimità e illiberalità*, in *Rivista di storia dell'Università di Torino*, cit., p. 241-242

[31] Specificamente: Consiglio Nazionale delle ricerche; Regio Istituto Nazionale di ottica; Istituto elettrotecnico Nazionale «Galileo Ferraris»; Istituto Italiano di Archeologia e Storia dell'Arte; Centro radioelettrico sperimentale; Centro di studi coloniali.

ISSN 2036-7821

appartengo ne apparterrò ad associazioni o partiti la cui attività, non si concili con i doveri del mio grado e con i sentimenti che debbono inspirarmi nell'esercizio del mio ufficio". Giuro di conformare la mia condotta ed il mio contegno, anche privati, al principio della fedeltà al Re ed ai Suoi Reali successori e della leale osservanza dello Statuto e delle altre leggi dello Stato".»

Un'altra norma interessante tra quelle non più in vigore è l'art. 20 del Concordato lateranense nella sua versione originale del 1929:

«I Vescovi, prima di prendere possesso della loro diocesi, prestano nelle mani del Capo dello Stato un giuramento di fedeltà secondo la formula seguente: "Davanti a Dio e sui Santi Vangeli, io giuro e prometto, siccome si conviene ad un Vescovo, fedeltà allo Stato italiano. Io giuro e prometto di rispettare e di far rispettare dal mio clero il Re ed il Governo stabilito secondo le leggi costituzionali dello Stato. Io giuro e prometto inoltre che non parteciperò ad alcun accordo né assisterò ad alcun consiglio che possa recar danno allo Stato italiano ed all'ordine pubblico e che non permetterò al mio clero simili partecipazioni. Preoccupandomi del bene e dell'interesse dello Stato italiano, cercherò di evitare ogni danno che possa minacciarlo"».

Secondo un autorevole osservatore, «per quanto tocca il giuramento che i vescovi debbono prestare, prima di prendere possesso della loro chiesa cattedrale, innanzi al presidente della Repubblica, assistito dal ministro dell'interno o da un suo delegato, trattasi di un rito formale, consistente nella lettura da parte del vescovo di una formula prescritta dalla legge e resa solenne dalla prestazione del giuramento su un esemplare dei vangeli»[32]. Rito formale presto considerato un anacronismo sia da parte civile che da parte religiosa[33], ma che sopravvisse fino alle norme attuative della revisione con gli accordi di Villa Madama, cioè alla metà degli anni '80.

Il giuramento dei vescovi, pur appartenendo al passato dell'ordinamento, dal punto di vista del diritto positivo, presenta diversi spunti di interesse e problematicità. Innanzitutto, il fatto del giuramento medesimo: non è qui il caso di ripresentare il problema, autenticamente millenario, del potere religioso in confronto al potere civile. È certo che aver ottenuto un simile atto fu una conquista politica notevole (la

[32] L. EINAUDI, *Di alcune usanze non protocollari attinenti alla Presidenza della Repubblica italiana*, in *Rendiconti dell'Accademia nazionale dei Lincei, marzo-aprile 1956*, pp. 62-76, ora in https://www.luigieinaudi.it/.

[33] Almeno a sentire il parere del Presidente Pertini riportato dal card. (allora vescovo) I. BIFFI, *Memorie e digressioni di un italiano cardinale*, Cantagalli, Siena, 2007 «Quel giorno a fare gli onori di casa c'era Sandro Pertini, il quale entrò nella sala preparata per il rito brontolando a gran voce che si trattava di gesti ormai superati e di anticaglie prive di senso. Il che – pensavo dentro di me – era una verità sacrosanta». Altrove, in dottrina si è sostenuto che «il giuramento nel suo originario significato appare nello Stato contemporaneo una sopravvivenza anacronistica. Pur tuttavia la Costituzione lo prende in considerazione. Da ciò la necessità di spiegarlo in armonia con lo spirito che pervade la Costituzione per renderlo accettabile nell'attuale organizzazione amministrativa» G.B. VERBARI, *Giuramento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 137.

ISSN 2036-7821

valutazione non è di merito, è di importanza) per lo Stato che era stato scosso dalla "questione romana".

In secondo luogo, non si è rilevato in nessun momento una riflessione su un aspetto costituzionale fondamentale, che avrebbe potuto portare ad una declaratoria di incostituzionalità. Ci si riferisce a una lettura dell'art. 54, co. 2° Cost. secondo il quale il legislatore può chiedere a un cittadino di svolgere una "funzione" prestando giuramento, ma non è specificato se questa funzione possa anche essere esterna ai poteri dello Stato. La dignità e i poteri di un vescovo non rispondono al diritto statale, bensì a quello canonico e, a ben vedere, la previsione di un giuramento per i vescovi chiede al cittadino che assume una carica regolata in un altro ordinamento (indipendente e sovrano, dice l'art. 7 Cost.) di prestare giuramento secondo, stavolta, il diritto (prima del Regno d'Italia, ma poi) della Repubblica italiana. La questione si è risolta da sé, con il superamento della norma, ma è un fatto che l'art. 20 del Concordato abbia convissuto con la Costituzione per alcuni decenni.

In terzo luogo, tornando alla formula, il "siccome conviene a un Vescovo" è un dettaglio da non tralasciare, perché pone tutto il giuramento in una prospettiva interpretativa che da un lato è precisa dall'altra è da precisare. Nella vigenza della Costituzione repubblicana, l'art. 7, co. 1° prevede sovranità e separazione tra Stato e Chiesa: dunque il Vescovo giurerebbe solo con riguardo alla parte temporale, riservandosi – siccome Vescovo – la piena sovranità o indipendenza spirituale?[34] O è il contrario, cioè il cittadino-Vescovo si attiene al giuramento *in spiritualibus*, essendo egli già soggetto in quanto cittadino alle materie *in temporalibus*? La risposta a questo interrogativo, che qui non si affronta, potrebbe differire a seconda del punto di vista assunto.

In terzo luogo, il riferimento al Governo può porre dei problemi interpretativi: al Governo come organo dello Stato o alla funzione esecutiva nel suo complesso? E ancora, il riferimento alle leggi costituzionali, o, se si vuole, alle norme costituzionali, permetteva al Vescovo di sbilanciarsi per l'opposizione o il giuramento chiedeva fedeltà alla maggioranza? Ovviamente, prima e dopo l'avvento della Repubblica il problema aveva profili diversi, ma non sposta il problema di fondo nel giuramento del rapporto tra il Governo e le norme costituzionali, al punto che un'interpretazione restrittiva porre il cittadino-vescovo ad essere più compresso nella sua libertà politica rispetto al cittadino che, appunto, non abbia pronunciato un simile giuramento.

Certo è che il giuramento dei Vescovi avesse avuto lo scopo di ottenere, se non la collaborazione, almeno la non opposizione del potere spirituale rispetto al regime,

[34] Sostiene che dopo l'art. 7, co. 1 si dovrebbe pensare che «il vescovo è tenuto dal vincolo del giuramento ad una fedeltà verso lo Stato italiano nell'ordine ad esso relativo, e cioè in quello esclusivamente politico e terreno» P.F. GROSSI, *Giuramento*, cit., p. 152.

ISSN 2036-7821

inteso come Governo ma anche come ordine pubblico: vale per il tempo del fascismo come per quello repubblicano, almeno fino a quando la stessa Repubblica non ha rinunciato al meccanismo. Tra l'altro, si vede come il giuramento che era previsto dall'art. 20 del Concordato faceva consapevole utilizzo dei voti ecclesiastici: poiché il clero è legato all'obbedienza, impegnare il Vescovo affinché non permetta al suo clero comportamenti che egli deve evitare significava ottenere compatta collaborazione (o non opposizione) da parte dell'intero blocco del potere spirituale cattolico italiano.

Curiosamente, la formula e il concetto alla sua base non è scomparso dall'ordinamento vigente, bensì, tramite la l. 1 giugno 1961, n. 512 "Stato giuridico, avanzamento e trattamento economico del personale dell'assistenza spirituale alle Forze armate dello Stato" la medesima formula è stata conservata dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 "Codice dell'ordinamento militare", che ha abrogato la legge appena citata.

All'art. 1536 del Codice è previsto l'obbligo del giuramento, nelle mani del Presidente della Repubblica per l'Ordinario militare e nelle mani del Ministro della difesa per il Vicario generale militare, secondo le formule previste rispettivamente dagli artt. 1537 e 1538.

Per quanto riguarda l'Ordinario la formula è la seguente «davanti a Dio e sui Santi Vangeli, io giuro e prometto, siccome si conviene a un Vescovo, fedeltà allo Stato italiano. Io giuro e prometto di rispettare e di far rispettare dal mio clero il Capo dello Stato italiano e il Governo stabilito secondo le leggi costituzionali dello Stato. Io giuro e prometto inoltre che non parteciperò ad alcun accordo, né assisterò ad alcun consiglio che possa recar danno allo Stato italiano e all'ordine pubblico, e che non permetterò al mio clero simili partecipazioni. Preoccupandomi del bene e dell'interesse dello Stato italiano, cercherò di evitare ogni danno che possa minacciarlo»[35].

È pur vero che l'Ordinario militare ha la dignità canonica arcivescovile, ha la cittadinanza italiana e ha il grado di generale di corpo d'armata, dunque il suo giuramento si avvicina più a quello dei militari che dei comuni cittadini, come possono essere – dignità canonica a parte – gli altri ordinari diocesani.

Tornando, dunque, alla normativa vigente, bisogna innanzitutto notare che ulteriori forme di giuramento sono richieste dalla normativa di livello superprimario. Si tratta

[35] La formula per il Vicario generale è del tutto speculare: «davanti a Dio e sui Santi Vangeli, io giuro e prometto fedeltà allo Stato italiano. Io giuro e prometto di rispettare e di far rispettare da ogni cappellano militare il Capo dello Stato italiano e il Governo stabilito secondo le leggi costituzionali dello Stato. Io giuro e prometto inoltre che non parteciperò ad alcun accordo, né assisterò ad alcun consiglio che possa recar danno allo Stato italiano e all'ordine pubblico, e che non permetterò ad alcun cappellano militare simili partecipazioni. Preoccupandomi del bene e dell'interesse dello Stato italiano, cercherò di evitare ogni danno che possa minacciarlo».

ISSN 2036-7821

degli Statuti delle Regioni a statuto speciale. Nello Statuto della Regione siciliana, all'art. 5, è previsto che «i deputati, prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni, prestano nell'Assemblea il giuramento di esercitarle col solo scopo del bene inseparabile dell'Italia e della Regione». Una formula ricalcata su quella statutaria per i parlamentari, come si è visto.

Sempre in Sicilia, la legge l.r. 15/03/1963, n. 16 sull'ordinamento degli enti locali prevede che i consiglieri comunali prestino giuramento con la formula «giuro di adempiere le mie funzioni con scrupolo e coscienza nell'interesse del Comune in armonia agli interessi della Repubblica e della Regione».

In modo del tutto simile, l'art. 23 dello Statuto sardo (l. cost. 3/1948) prevede che «i consiglieri regionali, prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni, prestano giuramento di essere fedeli alla Repubblica e di esercitare il loro ufficio al solo scopo del bene inseparabile dello Stato e della Regione autonomia della Sardegna»[36]; lo statuto friulano (l. cost. 1/1963) prevede all'art. 17 che «prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni, ciascun consigliere regionale presta giuramento, secondo la seguente formula: Giuro di essere fedele alla Repubblica e di esercitare il mio ufficio al solo scopo del bene inseparabile dello Stato e della Regione», norma che si trova nello Statuto valdostano (l. cost. 4/1948) all'art. 23, non identica nella formulazione letterale ma perfettamente sovrapponibile nel contenuto e nella formula.

Anche il d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670 "Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige" prevede all'art. 48-*bis* che «I membri del Consiglio provinciale rappresentano l'intera Provincia. Prima di essere ammessi all'esercizio delle loro funzioni essi prestano giuramento di essere fedeli alla Costituzione».

Quanto agli Statuti ordinari, quello della Regione Liguria all'art. 38 prevede che «il Presidente della Giunta assume le funzioni all'atto della proclamazione e presta giuramento di fedeltà alla Costituzione della Repubblica e allo Statuto nella prima seduta dell'Assemblea Legislativa».

Scendendo a livello degli enti locali, giurano i sindaci: ai sensi dell'art. 50, co. 11 del TUEL il sindaco presta giuramento, dinanzi al consiglio comunale, nella seduta d'insediamento, secondo la formula "Giuro di osservare lealmente la Costituzione

[36] Secondo l'art. 3 del d.P.R. 19 maggio 1949, n. 250 "Norme di attuazione dello Statuto speciale per la Sardegna" alla prima adunanza del Consiglio regionale, davanti al Rappresentante del Governo, «il presidente dell'adunanza presta giuramento pronunciando le parole [che si sono viste in testo]. Egli invita quindi i presenti a prestare il medesimo giuramento e a tale scopo fa, in ordine alfabetico, l'appello dei consiglieri, i quali ad uno ad uno rispondono: "Giuro".» È altresì previsto che «l'esercizio delle funzioni di consigliere è condizionato alla prestazione del giuramento» e che «dell'avvenuto giuramento deve esser fatta espressa menzione nel verbale della seduta. Una copia del verbale è rimessa al Rappresentante del Governo».

ISSN 2036-7821

Italiana" e lo fa in piedi, indossando la fascia tricolore, mentre anche i consiglieri si sono alzati in piedi[37].

Anche il presidente della provincia presta giuramento, in quanto il testo dell'art. 50, co. 11 TUEL dispone che «il sindaco e il presidente della provincia prestano davanti al consiglio, nella seduta di insediamento, il giuramento di osservare lealmente la Costituzione italiana». È curioso che – dal momento in cui secondo l'art. 1 co. 60 della l. 7 aprile 2014, n. 56 "Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni" «sono eleggibili a presidente della provincia i sindaci della provincia» – in concreto quello del presidente della provincia è il secondo giuramento di identico contenuto, seppur davanti a un Consiglio diverso e in una veste presidenziale diversa.

Il d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, recante "Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato" prevedeva all'art. 11 l'obbligo di un impegno in due forme per il dipendente pubblico: una promessa all'atto dell'assunzione in prova e un giuramento all'assunzione di servizio, pena la decadenza dall'impiego. In entrambi i casi era previsto che la cerimonia si svolgesse davanti al capo dell'ufficio o ad un suo delegato, in presenza di due testimoni. La formula era identica per la promessa e il giuramento tranne che per la parola iniziale, "prometto" oppure "giuro": "Prometto" oppure "giuro" «di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi dello Stato, di adempiere ai doveri del mio ufficio nell'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene».

La norma è stata abrogata ma non del tutto: il d.P.R. 28 ottobre 1985, n. 782 "Approvazione del regolamento di servizio dell'Amministrazione della pubblica sicurezza" la richiama all'art. 2 per il giuramento del personale della Polizia di Stato e lo richiama anche il d.P.R. 19 aprile 2001, n. 253 "Regolamento di semplificazione del procedimento relativo al giuramento di fedeltà dei dipendenti dello Stato non contrattualizzati" [38], nel quale, all'art. 2 è prevista la medesima formula del

[37] Si ritiene, peraltro, che il giuramento non è la condizione per l'assunzione delle funzioni, in quanto il sindaco si insedia non appena approvato il verbale dell'Ufficio elettorale preposto alla proclamazione dei risultati: Consiglio di Stato - V Sezione, 31 luglio 2006, n. 4694.

[38] Non si tratta di norme di facilissima lettura, tale per cui il riferimento ai dipendenti statali non contrattualizzati è, sia pure non L'art. 2 citato del d.P.R. 253/2001 rimanda ai «dipendenti delle amministrazioni dello Stato di cui all'articolo 1». L'art. 1, a sua volta, riporta che «Il presente regolamento disciplina il giuramento di fedeltà dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato di cui all'articolo 2, comma 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29». A questo punto, l'art. 2, co. 4 del d.lgs. 29/1993 disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, a partire rispettivamente dalle qualifiche di segretario di legazione e di vice consigliere di prefettura, i dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, e quelli agli stessi equiparati per effetto dell'articolo 2 della legge 8 marzo 1985, n. 72, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività

ISSN 2036-7821

giuramento appena vista, con la sola differenza cerimonia che non sono più previsti i due testimoni e sparisce la promessa all'assunzione in prova: «Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservare lealmente la Costituzione e le leggi dello Stato, di adempiere ai doveri del mio ufficio nell'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene». Come prima, il rifiuto di prestare il giuramento importa la decadenza dall'impiego (co. 2) e «il giuramento non si ripete nel caso di passaggio ad altro impiego» (co. 3)[39].

Prestano giuramento le guardie giurate, che ai sensi dell'art. 133 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza che gli enti pubblici, gli altri enti collettivi e i privati possono destinare «alla vigilanza o custodia delle loro proprietà mobiliari od immobiliari». Il giuramento è disciplinato dall'art. 250 del regolamento di esecuzione del TULPS (r.d. 6 maggio 1940, n. 635) con la formula: "giuro di osservare lealmente le leggi e le altre disposizioni vigenti della Repubblica e di adempiere le funzioni affidatemi con coscienza e diligenza, nel rispetto dei diritti dei cittadini".

Secondo l'art. 18, co. 1, n. 2) della l. 16 febbraio 1913 , n. 89 "Ordinamento del notariato e degli archivi notarili" «Il notaro, prima di assumere l'esercizio delle proprie funzioni», deve «prestare giuramento, davanti al tribunale civile nella cui giurisdizione trovasi la sua sede, "di essere fedele al Re, di osservare lealmente lo Statuto e tutte le leggi del Regno e di adempiere da uomo di onore e di coscienza le funzioni che gli sono affidate"». La disposizione, intesa proprio come testo, può dirsi parzialmente abrogata ai sensi dell'art. 9, co. 2 del d.lgs. presidenziale 19 giugno 1946, n. 1 "Nuove formule per l'emanazione dei decreti ed altre disposizioni conseguenti alla mutata forma istituzionale dello Stato" secondo il quale «ove occorra prestare o rinnovare il giuramento, esso sarà prestato omettendo nelle formule vigenti ogni accenno alla forma monarchica dello Stato».

Per quanto riguarda i cittadini che rivestono lo status di militare, la formula del giuramento è prevista attualmente all'art. 2 della l. 11 luglio 1978, n. 382 "Norme di Principio sulla Disciplina Militare" con la seguente formula: «Giuro di essere fedele alla Repubblica Italiana, di osservarne la Costituzione e le leggi e di adempiere con disciplina ed onore tutti i doveri del mio stato per la difesa della Patria e la

nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e 10 ottobre 1990, n. 287

[39] Ancora nell'ordinamento vigente si ritiene che «i doveri dei dipendenti pubblici siano ben distinti da quelli dei dipendenti privati, e ciò anche per il fatto che i primi, a differenza dei secondi, non sempre derivano dall'interesse economico del datore di lavoro. Si pensi all'obbligo di cortesia nei confronti degli utenti, o all'obbligo di rispondere celermente ai reclami, rispettando l'ordine cronologico: nel settore privato, essi derivano dall'esigenza di conquistare clienti o utenti (tanto che, quando non vi è effettiva concorrenza, sono le norme a imporre i relativi obblighi alle imprese). È un'esigenza che le Amministrazioni pubbliche normalmente non hanno, operando in situazione di monopolio» N. DURANTE, *I doveri di fedeltà alla repubblica, disciplina e onore*, in *federalismi.it*, 22/2012, p. 2.

ISSN 2036-7821

salvaguardia delle libere istituzioni». Peraltro, l'art. 266 c.p. punisce «chiunque istiga i militari a disobbedire alle leggi o a violare il giuramento dato o i doveri della disciplina militare o altri doveri inerenti al proprio stato, ovvero fa a militari l'apologia di fatti contrari alle leggi, al giuramento, alla disciplina o ad altri doveri militari».

Passando ad altro ambito, il R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578 "Ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore" prevedeva all'art. 12 un giuramento per l'esercizio della professione forense: «gli avvocati ed i procuratori debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia. Essi non possono esercitare la professione se prima non hanno giurato. Il giuramento è prestato in una pubblica udienza della Corte d'appello o del Tribunale con la formula seguente: "Giuro di adempiere ai miei doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della Nazione".»

E peraltro era previsto all'art. 37 la cancellazione dall'albo quando l'iscritto non avesse prestato giuramento senza giustificato motivo entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento di iscrizione[40].

La legge 31 dicembre 2012 , n. 247 "Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense" non contiene più una formula di giuramento bensì un "impegno solenne" (art. 8) nel quale non appare né la parola "giuramento" né il verbo "giuro". La formula e le modalità della cerimonia sono le seguenti: «per poter esercitare la professione, l'avvocato assume dinanzi al consiglio dell'ordine in pubblica seduta l'impegno di osservare i relativi doveri, secondo la formula: "Consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento"».

Di nuovo, è prevista la cancellazione d'ufficio dall'albo «quando l'iscritto non abbia prestato l'impegno solenne di cui all'articolo 8 senza giustificato motivo entro sessanta giorni dalla notificazione del provvedimento di iscrizione» (art. 17, co. 9 lett. b).

I magistrati[41] giurano ai sensi dell'art. 9 della legge sull'ordinamento giudiziario, che è il r.d. 30 gennaio 1941 , n. 12 e che prevedeva originariamente la formula: «Giuro di

[40] Un giuramento era previsto dall'art. 8, co. 3 r.d.l. cit. per i praticanti abilitati: «È condizione per l'esercizio del patrocinio e delle funzioni di cui al secondo comma aver prestato giuramento davanti al presidente del tribunale del circondario in cui il praticante procuratore è iscritto secondo la formula seguente: "Consapevole dell'alta dignità della professione forense, giuro di adempiere ai doveri ad essa inerenti e ai compiti che la legge mi affida con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia"».

[41] G. FERRARI, *Il giuramento nella tematica della responsabilità dei magistrati*, in *Diritto e società*, n. 3/1985, p. 403.

ISSN 2036-7821

essere fedele al Re Imperatore, di osservare lealmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato e di adempiere coscienziosamente i miei doveri di magistrato». Per quanto l'art. 4 della l. 478/1946 sia inequivocabilmente abrogato al punto 69658 dell'allegato 1 del d.lgs. 212/2010, la formula in uso è la seguente: «Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere con coscienza i doveri inerenti al mio ufficio».

Giurano con diversa formula, ai sensi dell'art. 30 della l. 10 aprile 1951, n. 287 "Riordinamento dei giudizi di Assise" i giudici popolari. La formula, molto articolata, è la seguente: «Con la ferma volontà di compiere da persona d'onore tutto il mio dovere, cosciente della suprema importanza morale e civile dell'ufficio che la legge mi affida, giuro di ascoltare con diligenza e di esaminare con serenità prove e ragioni dell'accusa e della difesa, di formare il mio intimo convincimento giudicando con rettitudine e imparzialità, e di tenere lontano dall'animo mio ogni sentimento di avversione e di favore, affinché la sentenza riesca quale la società deve attenderla: affermazione di verità e di giustizia. Giuro altresì di conservare il segreto».

Il r.d. 9 settembre 1941, n. 1022 "Ordinamento giudiziario militare" prevedeva all'art. 49 l'obbligo e modalità del giuramento di tutti i componenti dei tribunali militari e del tribunale supremo militare, dei magistrati del pubblico ministero e dei cancellieri, i quali prestavano giuramento con la formula seguente: «Giuro di essere fedele al Re Imperatore, di osservare lo Statuto e le altre leggi dello Stato e di adempiere lealmente e da uomo di onore le funzioni che mi sono affidate». La formula non era evidentemente adatta al periodo repubblicano e venne pertanto modificata dal d.lgs. del Capo provvisorio dello Stato 20 settembre 1947, n. 1189 come segue: «Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana e al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere lealmente da uomo di onore alle funzioni che mi sono affidate».

Come si vede, la formula non cambia in sostanza e resta il riferimento al Capo dello Stato, che ovviamente ha un significato molto diverso quando si parla di una Repubblica rispetto al monarca, il quale rappresenta anche la continuità del potere e non solo, come il Presidente, un cittadino momentaneamente elevato alla prima carica dello Stato. Altrettanto interessante è la formula dell'adempimento «da uomo di onore», non soltanto per restringere il campo all'"uomo", nel senso di persona di sesso maschile (cosa, peraltro, a quell'epoca scontata[42]), bensì per la formula stessa che, nel linguaggio corrente odierno, richiama più l'asservimento a organizzazioni di stampo mafioso che non l'impegno a svolgere la funzione giurisdizionale.

[42] Come noto, è in seguito alla sentenza 33/1960 della Corte costituzionale che il Parlamento approvò la legge 9 febbraio 1963, n. 66 nel cui art. 1 si leggeva che «La donna può accedere a tutte le cariche, professioni ed impieghi pubblici, compresa la Magistratura, nei vari ruoli, carriere e categorie, senza limitazione di mansioni e di svolgimento della carriera, salvi i requisiti stabiliti dalla legge».

ISSN 2036-7821

Di particolare interesse ai fini del presente studio è la previsione dell'art. 10 della l. 5 febbraio 1992, n. 91 "Nuove norme sulla cittadinanza". Il testo del co. 1 art. cit. è semplice: «il decreto di concessione della cittadinanza non ha effetto se la persona a cui si riferisce non presta, entro sei mesi dalla notifica del decreto medesimo, giuramento di essere fedele alla Repubblica e di osservare la Costituzione e le leggi dello Stato.»

I nuovi cittadini, dunque, devono dichiarare *apertis verbis* il proprio impegno verso la nuova patria: «un giuramento di fedeltà è ammesso anche, come si è già detto, per coloro che acquistano la cittadinanza italiana in base a decreto presidenziale di concessione. L'istituto si spiega storicamente come una misura di maggior cautela ispirata al tradizionale sospetto che l'acquisto della cittadinanza per naturalizzazione ha sempre suscitato. Giuridicamente, tuttavia, vi è oggi più di un motivo per dubitare della sua legittimità costituzionale»[43]. Le ragioni di possibile incostituzionalità sarebbero proprio da rintracciare nella mancanza di una copertura costituzionale *ex* art. 54 Cost.: il nuovo cittadino non assume funzioni, bensì solo ottiene uno *status*[44].

Bisogna rilevare che la Corte costituzionale si è occupata del tema del giuramento del nuovo cittadino ma non ha mai aderito a questa impostazione. Anzi, la sent. 258/2017 contiene il seguente passaggio: «L'art. 54, comma primo, Cost., che impone al cittadino il dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi, trova concreta espressione, per lo straniero, nella prestazione del giuramento, manifestazione solenne di adesione ai valori repubblicani. Il giuramento richiesto dalla disposizione impugnata è quindi atto personale, che attiene direttamente al diritto costituzionale, in ragione dei valori incorporati nella sua prestazione».

Dalla ricognizione della normativa di attuazione dell'art. 54 Cost.[45] emerge un quadro articolato, eterogeneo, talora incoerente[46], nel quale la pratica del giuramento

[43] P.F. GROSSI, *Giuramento,* cit., p. 151.

[44] Secondo D. IMMORDINO, *Spunti sul principio di fedeltà*, cit., p. 3 «il dovere di fedeltà arricchisce il concetto di cittadinanza aggiungendo alla mera soggezione alla Costituzione e alle leggi vigenti l'elemento volontaristico del consenso, nella forma di accettazione della legittimità della organizzazione statuale e lealtà verso le sue istituzioni e il suo ordinamento. Questa costruzione evidenzia la rilevanza giuridica della partecipazione degli individui e della collettività e del loro riconoscimento della effettività e stabilità dell'ordinamento, e permette di superare i limiti dell'approccio positivistico, insufficiente a spiegare come e perché la norma originaria, che attraverso il comportamento dei governati viene a legittimare il governo e l'ordinamento, sia obbligatoria per tutti i consociati indistintamente, anche per i dissenzienti e gli avversari»

[45] La quale non ha la pretesa di essere totalmente esaustiva. Si veda, ad esempio, il finora non citato d.P.R. 3 luglio 1997, n. 288, "Regolamento concernente le modalità di giuramento del personale delle ferrovie in concessione" il quale all'art. 1 recita: «Ai sensi dell'articolo 71, quarto comma, del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 753, il personale delle ferrovie in concessione addetto all'esercizio, alla custodia ed alla manutenzione delle ferrovie, deve prestare giuramento innanzi al pretore del luogo ove ha sede la direzione di esercizio, con la seguente formula: "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana ed al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere le funzioni affidatemi con coscienza e diligenza e con l'unico intento

ISSN 2036-7821

si declina in forme, formule e condizioni giuridiche sensibilmente diverse, a seconda delle funzioni esercitate, del periodo storico da cui arriva la formula e della fonte. Tale pluralismo testuale e funzionale non può non sollevare numerosi interrogativi di ordine sistematico, costituzionale e persino simbolico.

In primo luogo, non può non colpire l'assenza di una sistematizzazione legislativa unitaria, capace di fornire criteri comuni, almeno per quanto concerne il contenuto essenziale del giuramento o le formule. Nonostante l'art. 54, co. 2 Cost. conferisca al legislatore il potere di imporre la prestazione del giuramento a coloro cui siano affidate funzioni pubbliche, manca una legge generale sul giuramento repubblicano. La stratificazione normativa – spesso legata a contingenze storiche o a interventi settoriali – ha dato luogo a una molteplicità di formule, non sempre coerenti non solo tra loro (e sarebbe il minore dei mali), ma con la logica dell'art. 54 e l'architettura istituzionale e costituzionale, con riferimenti a enti, organi, normativa non sempre impeccabili.

In secondo luogo, appare problematico che soggetti investiti di responsabilità analoghe, o comunque rientranti nell'area della funzione pubblica, siano assoggettati a formule molto diverse: alcune ancorate unicamente alla Costituzione, altre estese al rispetto delle leggi, altre ancora riferite all'interesse dello Stato, della Nazione o addirittura del "bene" generico. In alcuni casi si richiama l'onore, in altri la diligenza, in altri ancora il Capo dello Stato, il Governo o l'Amministrazione. Questa variabilità può essere comprensibile in funzione dell'evoluzione dell'ordinamento, ma rischia di porre problemi persino sul piano cerimoniale e simbolico.

Infatti, il dato forse più evidente è che il giuramento non risponde più a un solo modello simbolico o giuridico, ma si presenta come un istituto a geometria variabile, oscillante tra il residuo di una cerimonialità giuridica sacrale e quasi atemporale, e uno strumento razionalizzato di legittimazione. Se ne può ricavare la sensazione di un istituto in difficile transizione, in parte svuotato del suo contenuto etico originario, in parte recuperato nella forma dell'"impegno", in parte ancora ancorato a un ritualismo ormai reso difficile dal pluralismo culturale e istituzionale.

---

di perseguire il pubblico interesse".» Il citato d.P.R. 753/1980 "Nuove norme in materia di polizia, sicurezza e regolarità dell'esercizio delle ferrovie e di altri servizi di trasporto" all'art. 71 prevede che «la prevenzione e l'accertamento delle infrazioni […] e la stesura dei relativi verbali spettano agli ufficiali, sottufficiali, graduati e guardie della specialità polizia ferroviaria del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza […] In assenza dei soggetti sopraindicati il personale addetto all'esercizio, alla custodia ed alla manutenzione delle ferrovie deve procedere alla constatazione dei fatti ed alle relative verbalizzazioni. […] Per la legalità dei verbali, il personale delle ferrovie in concessione deve essere giurato nelle forme di legge.» Dunque, il personale delle ferrovie concesse giura come il personale delle ferrovie dello Stato ma il primo lo fa – così pare dalla lettura delle norme – di default mentre il secondo lo fa a fini della legalità dei verbali. Norme di non facile lettura e altrettanto complessa applicazione, soprattutto nel mondo delle ferrovie "privatizzate".

[46] Varietà che «non sempre si giustifica e talvolta appare, anzi, frutto di sbadataggine»: G. FERRARI, *Giuramento. I)*, cit., p. 4.

ISSN 2036-7821

5. La giurisprudenza costituzionale.

Poiché, lo si ripete, intento del presente studio è proprio studiare il carattere e il significato del giuramento nell'ordinamento, è opportuno ripercorrere la giurisprudenza costituzionale[47].

Il giudice delle leggi, infatti, è intervenuto più volte sul tema che qui interessa. Come spesso accade analizzando le sue decisioni, il taglio non è dogmatico, bensì casistico. La Corte si occupa di questioni riguardanti singole e specifiche norme, nella progressiva evoluzione dell'ordinamento. Rintracciare una e una sola linea di pensiero nella giurisprudenza costituzionale è un'operazione non semplice che può persino trasformarsi in un'operazione poco utile, nel momento in cui non vi sia un'unità.

La Corte costituzionale si è occupata molto del giuramento nel diritto processuale, al cospetto dei nuovi e dei vecchi codici, anche in confronto tra loro. Si è occupata del giuramento dei nuovi cittadini, ma sotto il profilo dell'infermità.

Insomma, siamo davanti ad un caso paradigmatico di giurisprudenza su temi diversi e non facilmente allineabili. Volendo, però, consapevolmente fare uno sforzo sistematico, si può organizzare la giurisprudenza della Corte costituzionale attorno ad alcuni nuclei essenziali, relativi alla natura giuridica del giuramento, alla sua struttura, alle finalità e ai limiti, nonché i rapporti con i diritti fondamentali, in particolare la libertà di coscienza e di religione.

In via generale, l'evoluzione delle decisioni della Corte costituzionale sul punto non è lineare ma si caratterizza per una tensione costante tra l'esigenza di garantire l'efficacia dell'atto giurato – soprattutto nei contesti processuali – e quella di rispettare le convinzioni morali e religiose dei soggetti tenuti a prestarlo.

In ordine alla natura dell'istituto, la Corte accetta la distinzione giuramento promissorio e assertorio (sent. n. 334 del 1996). Il primo si configura come assunzione di un obbligo, in particolare di dire la verità, che trova compimento in un comportamento futuro (es. il giuramento del testimone); il secondo, invece, consiste in una dichiarazione solenne circa la verità di un fatto già accaduto, che la parte assume su di sé con effetti probatori (giuramento decisorio)[48]. Tale distinzione non è

[47] Sul tema specifico non sono numerosi i contributi. Offre una sintesi P. LEWANDOWSKI, *L'obiezione di coscienza al giuramento nella giurisprudenza della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, in *Studi polacco-italiani di Torun*, XVI, 2020, p. 127 ss.

[48] Secondo la sent. 334/1996 «Il giuramento del testimone e l'impegno che ne ha preso il posto hanno carattere promissorio ("giuro o prometto che dirò la verità") mentre il giuramento decisorio ha carattere assertorio ("giuro che..", dove il segno di sospensione sta per la formula che indica il "fatto proprio della parte o la conoscenza che essa ha di un fatto altrui" - art. 2739, secondo comma, cod. civ. -). Col primo giuramento, si assume un obbligo

ISSN 2036-7821

puramente descrittiva, ma ha risvolti costituzionali: mentre il giuramento promissorio può essere in taluni casi sostituito con formule di "impegno" o "promessa" (v. art. 497 c.p.p.; sent. n. 149 del 1995), il giuramento assertorio presenta problemi diversi, in quanto strutturale. Resta la possibilità, come si è visto, per il legislatore di non richiedere più un giuramento per lo svolgimento di una funzione che lo richiedeva, così come resta la possibilità di trasformare un giuramento in una promessa, ma si tratta di una libera scelta della legge.

Un punto importante è il rapporto tra ordinamento giuridico statuale e autonomia della sfera religiosa: fino al 1963 la Corte ha sostenuto che l'ordinamento statale, nella sua sovranità, può legittimamente imporre atti anche "percepiti" come religiosi, purché non siano veri e propri atti di culto. Solo con 117/1979 la Corte muta orientamento, ammettendo che anche un atto dal significato religioso può interferire sulla libertà di coscienza, a prescindere dalla qualificazione oggettiva dell'atto stesso[49].

La Corte ha altresì riconosciuto che, per quanto storicamente radicato in una matrice religiosa, il giuramento è istituto capace di sopravvivere alla secolarizzazione, adattandosi a contesti culturali pluralistici e anche non religiosi. Nella sentenza n. 334 del 1996 si osserva come, pur essendo originariamente caratterizzato da un "appello a Dio, sommo e infallibile giudice anche delle colpe interiori", il giuramento abbia assunto progressivamente un significato "morale-individuale", non più necessariamente religioso[50]. In tale prospettiva, l'efficacia vincolante dell'atto non

---

personale che richiede un adempimento da parte del promittente (il dire la verità); col secondo, non si promette nulla ma si assevera la verità di un fatto storicamente accaduto».

[49] Così la sent. 117/1979: «Il richiamo alla responsabilità che il testimone assume davanti a Dio non ha certo carattere confessionista o confessionale - nel senso di essere ricollegabile ad una specifica confessione (cattolica, protestante e così via) - ma nel linguaggio comune evoca un impegno di veridicità da assumere nei confronti di un Essere soprannaturale e supremo, di natura trascendente, dotato di quella onnipotenza e onniscienza, messe in rilievo in una delle formule, quella con asseverazione religiosa, adottata nell'ordinamento processuale della Repubblica federale tedesca: infine, di un Dio che legge nel cuore dell'uomo e giudica i suoi comportamenti.

Né si può dire che il carattere religioso dell'atto viene meno perché ciò che si richiede è la semplice consapevolezza intellettuale di valori evocati e di responsabilità ad essi riferite; valori, non condivisi dall'ateo, che ispirano una parte della formula. In realtà il momento conoscitivo, o meglio, della consapevolezza in tanto può essere ragionevolmente richiamato in quanto presupponga quell'adesione anche di natura volitiva in che consiste propriamente la fede nella Divinità. Altrimenti, se non credesse in Dio, non si vede quale responsabilità e verso chi potrebbe assumere il soggetto tenuto a giurare.»

[50] Di nuovo, secondo la sent. 334/1996 «non è di ostacolo quanto talora sostenuto circa una pretesa ineliminabile essenza religiosa del giuramento, cosicché esso, se non contenesse l'appello a Dio, sommo e infallibile giudice anche delle colpe interiori che sfuggono alla giustizia degli uomini, non sarebbe nulla. Ancorché si ritenga che la matrice religiosa sia quella originaria, il giuramento ha dimostrato la sua capacità di sopravvivere alla secolarizzazione della vita pubblica, adattandosi a contesti culturali sia pluralistici che a- o anti-religiosi, come non solo la storia comparata degli ordinamenti, ma anche i precedenti legislativi italiani ampiamente documentano. La legge 30 giugno 1876, n. 3184, infatti, stabiliva, per i diversi giuramenti previsti nel processo civile e penale, una formula incentrata principalmente sull'importanza morale dell'atto, mentre il vincolo religioso veniva rammentato solo in quanto il pronunciante fosse credente. A una soluzione di questo genere si è

ISSN 2036-7821

deriva dalla presenza di una componente confessionale, ma dalla serietà dell'impegno assunto rispetto alla propria coscienza. La citata sentenza afferma esplicitamente che "la perdita di un contesto culturale unitario […] comporta una relativizzazione e un certo affievolimento di valore", ma non priva il giuramento della sua forza normativa, in quanto l'ordinamento può legittimamente continuare ad avvalersene, specie quando si tratti di atti ad alta intensità pubblica o collettiva.

Il punto più problematico nella giurisprudenza è dato dal bilanciamento tra il dovere di giurare e la libertà di coscienza religiosa, tutelata dall'art. 19 Cost. In una prima fase, la Corte (sent. n. 58 del 1960; sent. n. 85 del 1963; ord. n. 15 del 1961) ha ritenuto che la formula del giuramento – anche quella contenente un riferimento a Dio – non violasse la libertà religiosa dei non credenti, in quanto essa si limitava a evocare "valori religiosi generali"[51], senza configurarsi come atto di culto, né come intromissione negli ordinamenti confessionali[52]. In questo schema, l'ordinamento statale, autonomo e sovrano, poteva imporre anche formule simbolicamente religiose, purché generiche e non confessionali.

Tuttavia, con la svolta impressa dalla sentenza n. 117 del 1979, la Corte ha mutato profondamente approccio, affermando un principio più rigoroso: la libertà di coscienza, nella sua accezione piena, non è rispettata solo se lo Stato evita di imporre atti di culto, ma è violata anche quando obbliga un soggetto a compiere atti che abbiano un significato religioso, anche solo implicito[53]. In particolare, la Corte ha

---

accostata in passato questa stessa Corte, con la sentenza n. 117 del 1979, là dove, con l'introduzione dell'inciso "se credente", ha riferito il valore religioso dell'obbligazione morale che il giuramento comporta soltanto a coloro i quali avvertono un vincolo nei confronti di Dio, nella medesima prospettiva indicata nella sentenza n. 58 del 1960 ove si è affermato che, nel sistema adottato dal legislatore italiano, il giuramento non ha quel prevalente carattere di religiosità che da taluno si vorrebbe a esso attribuire».

[51] Secondo la sent. 58/1960: «La su trascritta formula risponde alla coscienza del popolo italiano, costituito nella quasi totalità di credenti e, quindi, presupponendo nel giurante la credenza in Dio, è adeguata a qualsiasi confessione, anche acattolica».

[52] Secondo la sent. 85/1963 «essendo evidente e non bisognevole di dimostrazione il fatto che l'obbligo imposto ai testimoni di giurare secondo una certa formula, previsto dal ricordato articolo e sanzionato penalmente dall'art. 366, secondo comma, del Cod. penale, non viola la eguale libertà delle confessioni religiose davanti alla legge, dato che esso ha come destinatari tutti i cittadini, quale che sia la religione che essi professino, né interferisce negli ordinamenti statutari delle confessioni non cattoliche o nel procedimento previsto per la disciplina dei rapporti tra queste confessioni e lo Stato (art. 8); ed essendo non meno evidente l'altro fatto che quell'obbligo dei testimoni non ferisce il diritto che tutti hanno di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione (art. 21, primo comma), diritto che resta in tutta la sua ampiezza garantito ai cittadini ai quali l'ordinamento imponga un comportamento della natura di quello previsto dalla norma impugnata». È interessante – ma si tratta di un profilo diverso, di argomentazione e logica – che la Corte ritenga il punto «evidente e non bisognevole di dimostrazione» per il fatto che il giuramento si applica a tutti indifferentemente dalla religione: potrebbe essere vero, all'opposto, che sia costituzionalmente incompatibile in tutti i casi.

[53] Secondo la già citata sent. 117/1979: «La libertà di coscienza, riferita alla professione sia di fede religiosa sia di opinione in materia religiosa, non é rispettata sol perché l'ordinamento statuale non impone a chicchessia atti di culto (anche a voler escludere - sent. n. 85 del 1963 - che la prestazione del giuramento si risolva in atto di culto in

ISSN 2036-7821

riconosciuto che imporre a un non credente una formula che contenga il riferimento a Dio genera un conflitto interiore che può dar luogo a riserve mentali, minando l'autenticità dell'atto e, quindi, la sua stessa funzione vincolante. Non è giuridicamente rilevante – osserva la Corte – che il soggetto "riduca" internamente il contenuto della formula: l'ordinamento non può fondare un obbligo su un atto che si risolve in una finzione psicologica (sent. n. 117/1979, in riferimento all'art. 251 c.p.c. e art. 449 c.p.p.).

A partire da tale decisione, si consolida un orientamento per cui è il legislatore a dover predisporre formule non confessionali compatibili con le diverse coscienze individuali. La Corte, pur non imponendo una scelta specifica, ha indicato come costituzionalmente legittime tanto le soluzioni laicizzate (l'"impegno", cfr. art. 497 c.p.p.), quanto quelle pluralistiche (giuramento, promessa, impegno: sent. n. 149/1995), purché rispettose del principio supremo di laicità e della dignità della persona.

Fondamentale è un passaggio della sent. 334/1996 in cui la Corte ritiene che la «distinzione tra "ordini" distinti, che caratterizza nell'essenziale il fondamentale o "supremo" principio costituzionale di laicità o non confessionalità dello Stato, quale configurato numerose volte nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze nn. 203 del 1989 e 195 del 1993), significa che la religione e gli obblighi morali che ne derivano non possono essere imposti come mezzo al fine dello Stato.» La non imposizione della religione come mezzo ai fini dello Stato scava un fossato di imprevedibile ampiezza, se preso sul serio, come si suol dire, poiché impedirebbe al diritto di appropriarsi della potenza simbolica della sfera religiosa a proprio vantaggio. Si tornerà sul punto in sede di conclusioni, in verità per dimostrare che avviene il contrario nell'ordinamento, nonostante il pronunciamento della Corte.

Va infine ricordato che il giuramento, in alcune sue forme, riceve copertura diretta dalla Costituzione (i già citati artt. 54, 91, 93), laddove viene imposto ai titolari di cariche pubbliche. In tali casi, l'esigenza di vincolare il soggetto a un obbligo di fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione prevale, in linea di principio, su eventuali obiezioni legate alla coscienza individuale. Ma anche in tali ipotesi, la Corte ha sottolineato che il contenuto del giuramento deve rimanere confinato alla sfera dell'ordinamento giuridico statuale e non sconfinare in significati che attingano a precetti religiosi particolari (sent. n. 85 del 1963; sent. n. 334 del 1996).

Vi è, infine, un importante caso in cui la Corte costituzionale ha – forse inavvertitamente – smontato il giuramento come istituto nel senso che si è descritto,

senso proprio); la libertà é violata, infatti, anche quando sia imposto al soggetto il compimento di atti con significato religioso».

ISSN 2036-7821

di impegno, di formalizzazione di un legame trasformandolo da adesione personale profonda a formalità burocratica.

È il caso della sent. n. 258 del 2017[54] secondo la quale «ove siano soddisfatte le altre condizioni previste dalla legge che regola l'acquisizione della cittadinanza, è evidentemente impedito dall'imposizione normativa del giuramento alla persona che, in ragione di patologie psichiche di particolare gravità, sia incapace di prestarlo. La necessità di esso, e la mancata acquisizione della cittadinanza che, in sua assenza, ne consegue, può determinare una forma di emarginazione sociale che irragionevolmente esclude il portatore di gravi disabilità dal godimento della cittadinanza, intesa quale condizione generale di appartenenza alla comunità nazionale. Può inoltre determinare una ulteriore e possibile forma di emarginazione, anche rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza.

Va, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, nella parte in cui non esonera dal giuramento il disabile incapace di soddisfare tale adempimento in ragione di una grave e accertata condizione di disabilità.»

Il nuovo cittadino che non possa giurare in funzione di una patologia psichica, viene esentato. Da un lato, non vi è alternativa, poiché se il requisito fosse rigido, la persona non potrebbe mai diventare cittadina, dall'altro la Corte accerta che il disabile psichico può fare a meno del giuramento e diventa cittadino senza promettere alcunché. La Corte ha scelto forse l'opzione più ragionevole dal punto di vista complessivo, ma ha altresì implicitamente dimostrato che il giuramento è una questione importante, anzi fondamentale… a meno che non divenga un fardello burocratico, non perché lo sia *in re ipsa*, ma perché non può essere fisicamente richiesto.

In conclusione, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto al giuramento una struttura plurivalente: insieme obbligazione giuridica, atto simbolico, vincolo morale. La sua legittimità, però, non è automatica: essa dipende dalla capacità dell'ordinamento di conciliare la funzione vincolante dell'atto con il rispetto integrale della coscienza individuale, in un equilibrio delicato tra coesione istituzionale e pluralismo etico.

[54] Sulla decisione v. P. ADDIS, *Disabilità e giuramento per l'acquisizione della cittadinanza (osservazioni a Corte cost., sent. 258/2017)*, in *Consultaonline*, 2018, p. 435 ss.; C. DOMENICALI, *La "doppia inclusione" dello straniero disabile (a margine di Corte cost. n. 258 del 2017)*, in *Forumcostituzionale.it*, 2018, p. 1 ss., ma cfr. anche P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Disabilità e capacità di volere nelle procedure di acquisto della cittadinanza*, in *Famiglia e diritto*, 11/2014, p. 1056 ss., A. COSTANZO, *Lo straniero beneficiario di a.d.s. può acquistare la cittadinanza italiana anche se infermo di mente e non in grado di prestare il giuramento di fedeltà alla Repubblica*, in *Persona & Danno*, 2009.

ISSN 2036-7821

6. Conclusioni. «Qualcosa più di una mera adesione»[55].

Al termine dell'*excursus* proposto, è possibile domandarsi: cosa sia il giuramento e soprattutto a quale funzione risponda; perché il legislatore più recente sembra rinunciare in molti casi alla previsione di un obbligo di giuramento, pure dove prima era previsto. Come si può immaginare, le due questioni sono collegate.

Prima di affrontare questo importante tema, riassuntivo degli aspetti finora approfonditi, è possibile esprimere un auspicio: che il legislatore intervenga a rimodulare le formule dei giuramenti, magari con un'attenzione maggiore e sistematica al tema, posto che – come si è ampiamente visto – il dato normativo vigente è frutto di stratificazioni costanti, aggiustamenti e rimaneggiamenti molto spesso privi di sistematicità e coesione, sia interna, tanto più sotto il profilo complessivo dell'istituto. Non si ha l'ambizione di poter influire sulle decisioni del legislatore, ma una legge di riordino come fu la l. 478/1946, la quale, peraltro, si considerava provvisoria, sarebbe utile per una risistemazione complessiva, magari facendo precedere l'intervento da un corposo studio.

Tornando al tema principale, si possono analizzare diverse prospettive sulla funzione del giuramento. «Il giuramento non è solo forma solenne di impegno di contenuto identico del dovere considerato [cioè il dovere di fedeltà], né è semplicemente un meccanismo di difesa del potere che fa leva sulla moralità del funzionario, ma è un atto cui conseguono particolari sanzioni disposte dall'ordinamento»[56].

Ancora, il giuramento è «condizione essenziale per l'immissione nell'ufficio e nelle funzioni»[57].

Secondo una certa visione della dottrina, il giuramento può essere anche un limite e una garanzia nello svolgimento del potere[58].

Tutte queste funzioni corrispondono alla natura e alla disciplina del giuramento così come si è visto nell'*excursus* normativo[59], che non è unitario né lo è mai stato storicamente.

---

[55] L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente. 1948-1955*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1958, al capitolo "il messaggio dopo il giuramento", p. 3.

[56] G. PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, Padova, 1967, p. 240.

[57] G.B. VERBARI, *Giuramento*, cit., p. 138 riprendendo precedente dottrina

[58] L. SALUTATI, *Il dovere di disciplina e onore (art 54 comma 2 Cost.) nell'imporre le tasse*, in *www.ilmantellodellagiustizia.it*, 2019, sottolinea che con disciplina e onore, alla luce della dottrina sociale della Chiesa, i governanti devono imporre le tasse, cioè i doveri di cui all'art. 54 Cost., che possono essere rafforzati dal giuramento, diventa un modo per agire da parte dei pubblici poteri intervenendo sulle persone che ne ricoprono i ruoli.

[59] Secondo G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in AA.VV. *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 8, il giuramento «è a fondamento non soltanto del potere gerarchico e di quello disciplinare, ma anche di possibili aggravamenti nella disciplina penale e di quella

ISSN 2036-7821

«A questo punto del discorso è possibile cominciare a tirare le somme ed affermare che il giuramento nell'attuale assetto costituzionale dello Stato assolve ancora una propria funzione. Esso, nato come strumento per mantenere legato al sovrano il pubblico funzionario, come impegno solenne di natura etica e poggiante sul sentimento religioso, ed in tale veste infatti era stato recepito dall'ordinamento militare dove di già era presente, si è venuto profondamente modificando. Da prima è stato usato a rendere più stretta la colleganza tra pubblica amministrazione come parte e funzionario. Oggi è destinato a far sì che il funzionario si senta investito di un compito che trascende i fini meramente parziali, per divenire fini pubblici nel senso aulico della parola»[60].

Il giuramento, insomma, scava nel profondo della dottrina della sovranità[61] quanto allo Stato e nel rapporto tra diritto e coscienza per l'individuo[62].

Anche se «la Repubblica non si identifica con un complesso di dottrine e lo Stato non è una Chiesa che abbia dogmi da garantire contro gli infedeli» e la Corte costituzionale «ha escluso l'esistenza di una tutela costituzionale per quanto fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità» (citando la sent. 87/1966)[63], «affrancata da un´accezione meramente formale che la configura come super-legge, fonte suprema dell´ordinamento giuridico dello Stato, "ma pur sempre una legge" e nutrita, invece, di contenuti sostanziali che attingono alla storia e alle passioni di una comunità, la Costituzione si erge a "medio dell´integrazione" sociale, fonte di unità politica in virtù della generale (e, data la portata identitaria, inevitabile…) condivisione delle sue norme di principio»[64].

Insomma, il giuramento «agisce come "estrema frontiera del diritto" integrando l'operatività del precetto giuridico attraverso la costituzione di un vincolo di ordine

---

del rapporto di servizio così come di limitazioni all'esercizio di libertà nor malmente riconosciute ad ogni cittadino, ovviamente là dove ciò sia giustificato in relazione alla particolarità delle funzioni e dei compiti attribuiti ai funzionari medesimi, al fine del buon andamento della pubblica amministrazione, e, non ultimo, al mantenimento del rapporto di fiducia con i cittadini».

[60] G.B. VERBARI, *Giuramento*, cit., p. 137.

[61] D. QUAGLIONI, *Giuramento e sovranità: Il giuramento come limite della sovranità nella «République» di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in AA.VV. (a cura di P. Prodi), *Glaube und Eid: Treueformeln, Glaubensbekenntnisse und Sozialdisziplinierung zwischen Mittelalter und Neuzeit*, Oldenbourg Wissenschaftsverlag, Berlin, 1993, p. 97 ss.

[62] «Il fatto che, nell'ordinamento repubblicano, molti doveri abbiano una base non solo legale, ma costituzionale corrisponde ad una chiara volontà di concepire la Repubblica non più alla stregua di un ordinamento giuridico la cui effettività è affidata alla propria capacità di imperio, ma come una forma politica abilitata a riconoscere diritti ed assegnare doveri, in una prospettiva di solidarietà, che affida le proprie sorti, prima che allo status subiectionis dei sudditi ed alla forza dei propri strumenti di coazione, ed alla presuntiva perfezione della costituzione, alla collaborazione attiva e solidale, all'amor di patria dei propri cittadini, che si traducono in doveri giuridici» G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella costituzione*, cit., p. 171-172. Cfr. S. PRISCO, *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza*, Jovene, Napoli, 1986.

[63] P.F. GROSSI, *Giuramento,* cit., p. 155.

[64] V. BALDINI, *Lo Stato multiculturale e il mito della Costituzione per valori*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2012, p. 6.

ISSN 2036-7821

morale diretto a ricondurre l'operare umano entro i limiti e nella direzione predeterminata ed imposta dall'ordinamento. Ma, mentre gli obblighi dei pubblici impiegati e funzionari sono assistiti da adeguate garanzie di ordine giuridico, in relazione a determinati organi essenziali al sistema la legge non riesce a disciplinarne "sempre e compiutamente l'attività ed il modo di esercizio delle relative funzioni, o, quando anche vi riesca deve ammettersi che il rispetto formale di essa non fa venir meno il pericolo di gravi e sostanziali infedeltà"»[65].

In primo luogo, il giuramento svolge una funzione di legittimazione dell'autorità pubblica, ponendosi come atto di adesione formale e pubblica ai principi fondamentali dell'ordinamento. L'individuo chiamato a esercitare funzioni pubbliche non agisce in nome proprio, ma in rappresentanza della collettività, e il giuramento diventa così il mezzo con cui si sancisce il legame tra il titolare della funzione e l'ordinamento costituzionale.

In secondo luogo, il giuramento ha una funzione di garanzia e responsabilizzazione: imponendo un impegno solenne di fedeltà all'ordinamento, si introduce un vincolo che, sebbene non sempre direttamente sanzionabile sul piano giuridico, assume una rilevanza etico-politica che ne rafforza l'efficacia. Si tratta di un meccanismo che mira a prevenire deviazioni dall'ordinamento e a incentivare l'osservanza dei doveri istituzionali, in quanto la violazione del giuramento può determinare conseguenze non solo giuridiche, ma anche politiche e reputazionali.

Un ulteriore profilo è quello della coesione istituzionale. Il giuramento contribuisce a consolidare la continuità dell'ordinamento, enfatizzando l'adesione ai valori comuni e rafforzando la stabilità delle istituzioni. Esso assume particolare rilievo nei momenti di transizione politica o di cambiamento istituzionale, in cui la solennità del giuramento può fungere da elemento unificante e rassicurante per la comunità politica.

La dottrina non sembra mai riflettere, o perlomeno non a fondo, sull'utilità, dal punto di vista dello Stato, di avere cittadini che si sono vincolati a piena e integrale fedeltà, superando non solo l'adesione volontaria alle norme positive, non solo il timore di punizioni, ma bensì i pensieri non conformi[66].

---

[65] D. IMMORDINO, *Spunti sul principio di fedeltà*, cit., p. 28.

[66] Un passaggio in P.F. GROSSI, *Giuramento*, cit., (p. 147) fa, però, riflettere proprio su questo punto allorché si dice che bisogna «riflettere sul dato ineliminabile che ogni costituzione, per razionalizzata che possa essere, presenta: l'esistenza, cioè, di alcuni organi e l'eventualità di talune situazioni che sfuggono per loro natura ad ogni tentativo di integrale ed efficace regolamentazione garantistica: organi e situazioni, in altre parole, rispetto ai quali ed in relazione alle quali il diritto manifesta la sua impotenza a garantire ed a disciplinare. Esiste, in definitiva, un certo limite oltre il quale non può che soccorrere la morale». E ancora «quanto più, in effetti, un organo si presenta come essenziale al sistema, tanto più è da riconoscere che la legge non riesce a disciplinarne sempre e compiutamente l'attività ed il modo di esercizio delle relative funzioni, o, quando anche vi riesca, deve ammettersi che il rispetto formale di essa non fa venire meno il pericolo di gravi e sostanziali infedeltà. Le stesse

ISSN 2036-7821

Machiavelli, con lucidità e, in verità, nessuna fiducia nella intrinseca bontà umana, già si domandava nel Principe se fosse meglio per il governante essere amato o temuto e, ipotizzando di dover rinunciare a una delle due, proponeva di rinunciare all'amore, potendo contare in maniera più affidabile sul timore qualora i tempi si facessero difficili[67]. Sarebbe forse possibile argomentare il contrario partendo da presupposti diversi, magari proprio in tema di bontà o grettezza della natura umana, ma il giuramento va oltre.

Il giuramento sorpassa sia l'amore che il timore, prescinde dalla considerazione della ragione ultima per cui si fa una certa cosa, prescinde dal momento, che siano tempi ordinari o difficili, poiché interviene a monte proprio filtrando i pensieri.

Poiché il giuramento lavora sul livello massimo (sacro o dell'onore) di impegno per la persona[68], il cittadino che ha giurato non è spinto dall'amore per il principe né dal timore della punizione, bensì dalla stessa forza che garantisce il giuramento[69].

Si va oltre. Davanti all'impegno del giuramento non c'è possibilità di valutare i pro e i contro dell'affrontare una punizione fatta di una sanzione penale o amministrativa, o di cercare tuziorismi interpretativi rispetto ai limiti e alle condizioni degli impegni presi, né di valutare contemporaneamente il proprio interesse e quello imposto dall'ufficio.

---

regole di correttezza costituzionale dovrebbero più facilmente e più spesso essere rispettate in presenza di un impegno solennemente assunto di essere fedeli alla Repubblica, di osservare la Costituzione e le leggi, di adempiere con disciplina e onore le funzioni pubbliche». È curioso che si dica che il diritto non può soccorrere la morale proprio nel momento in cui si dimostra il contrario: cioè che il diritto può giuridicizzare la morale, imponendo il giuramento.

[67] Nel capitolo XVII del Principe si parla di una «disputa: s'elli è meglio essere amato che temuto, o e converso. Respondesi, che si vorrebbe essere l'uno e l'altro; ma, perché elli è difficile accozzarli insieme, è molto più sicuro essere temuto che amato, quando si abbia a mancare dell'uno de' dua. […] E li uomini hanno meno respetto ad offendere uno che si facci amare, che uno che si facci temere; perché l'amore è tenuto da uno vinculo di obbligo, il quale, per essere li uomini tristi, da ogni occasione di propria utilità è rotto; ma il timore è tenuto da una paura di pena che non ti abbandona mai».

[68] L'affermazione merita migliore contestualizzazione, poiché potrebbe lasciar intendere che il diritto statale non sia l'ordinamento supremo, cioè, in ultima analisi, non sia ordinamento sovrano. Dunque, in che senso il giuramento attiene a un impegno "superiore" a quello giuridico? Se si tratta di un giuramento sacro, qualunque sia il contesto di riferimento, ma particolarmente nel cristianesimo, l'impegno è rendere conto alla divinità nell'altro mondo. Là dove non giunge il timore della punizione umana, resta l'impegno sacro. Se, invece, l'impegno è sull'onore, venire meno significa, ancora una volta, sfuggire al tribunale della legge ma non a quello della storia (o della società), essere, cioè, marchiati per sempre, anche dopo la propria morte, come spergiuri. Ecco il senso in cui l'impegno del giuramento è superiore al piano giuridico, in quanto raggiunge un livello "ulteriore", ultraterreno o quantomeno eterno che il diritto per struttura non può raggiungere.

[69] Al punto, se il parallelo non sembra forzato, che il soggetto che ha giurato può persino avvertire il contrasto tra gli obblighi presi e le sue convinzioni interne, ma continuare a tenere fede all'impegno. Il profilo, qui, non è giuridico in senso proprio, ma potrebbe giustificare il meccanismo (di certo estremo) per il quale una persona possa continuare a rispettare il giuramento anche sentendosi (ed essendo) maltrattata: C. FERRARI, *Il giuramento del juju nel sex trafficking e meccanismi di affrancamento*, in *Mondi migranti*, 3/2022, p. 183 ss.

ISSN 2036-7821

Il cittadino fedele alla Repubblica, infatti, potrebbe senza particolari problemi di coscienza domandarsi se la norma che deve rispettare sia giusta e opportuna; se il suo interesse corrisponde al comportamento che gli viene richiesto. Potrebbe persino – e non fletterebbe davanti all'obbligo di fedeltà – domandarsi a mente fredda e lucida, ma anche sull'impulso di un'idea improvvisa e subitanea, se non gli convenga meglio *non* rispettare l'obbligo di fedeltà e affrontare le eventuali conseguenze sanzionatorie. Fintanto che il ragionamento non si traduce in azione (o in tentativo, per seguire le categorie penalistiche) l'obbligo costituzionale di fedeltà non è in discussione poiché *nemo cogitationis poena patitur* e la riflessione del cittadino non sarebbe nemmeno conoscibile, indagabile.

L'avere giurato, invece, pone questo spazio di pensiero fuori dal panorama. Guida, cioè, il pensiero[70].

Come autorevole dottrina ha rilevato, «le costituzioni aspirano all'eternità ordinamentale. Sebbene anche le leggi – fatta eccezione per quelle che si qualificano dichiaratamente e volutamente temporanee – siano pensate per durare, solo la costituzione ambisce a prescrivere le regole del gioco di un ordinamento che vivrà come tale solo perché e fino a che quelle regole, dettate da quella costituzione, nella sua specifica identità sostanziale, dureranno. Così descritta, si tratta di un'ambizione che è logicamente destinata ad essere sempre soddisfatta: l'ordinamento e la "sua" costituzione stanno e cadono assieme, sicché la morte di una costituzione e la morte dell'ordinamento che ne è fondato non possono essere distinte. Non lo possono quando si tratta di costituzioni scritte (e ad esse, in particolare, sono dedicate le riflessioni che seguono), ma a maggior ragione non lo possono quando si tratta di costituzioni non scritte, per le quali, anzi, fra costituzione e ordinamento complessivo v'è continuità più ancora che contiguità. Nondimeno, se si esaurisse in questo, la tensione *ad aeternitatem* della costituzione sarebbe poca cosa, risolvendosi nella pretesa di durare tanto quanto le vicende dell'ordinamento di riferimento, di fatto, le consentono di durare. In realtà, quel che una costituzione vuole è molto di più: è plasmare i destini di una comunità politica per il periodo di tempo più lungo possibile. Tende, insomma, non solo all'eternità nell'ordinamento, ma all'eternità dell'ordinamento»[71].

---

[70] Per completezza, si valuti la prospettiva della manipolazione del giuramento. È vero – e le pagine precedenti lo dimostrano – che anche il giuramento può essere interpretato, valutato. Colui che ha giurato può ragionare attorno ai limiti del giuramento e pensare di manipolarlo, di affrontare le conseguenze del venir meno, di quale sia il suo interesse *rispetto al giuramento* (per fare un esempio già svolto, è il caso dei parlamentari repubblicani nella vigenza dello Statuto albertino; per fare un altro esempio, il cittadino che – commettendo fallacia di accento – pensi "poiché ho giurato di rispettare la Costituzione e le leggi dello Stato, ma la legge che mi ripropongo di violare è una legge regionale, non sto venendo meno al giuramento") ma si tratta dello stesso meccanismo applicato a un diverso livello, che non sposta il ragionamento appena effettuato.

[71] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista Aic*, 1/2013, p. 1.

ISSN 2036-7821

Il giuramento è uno strumento che si adatta perfettamente a questa tendenziale eternità. Innanzitutto, in diritto il giuramento non ammette riserva mentale[72]; in secondo luogo non è di per sé anacronistico né si sovrappone alla tutela civile, penale, deontologica.

Questo è interessante perché proprio mentre l'ordinamento richiama un livello superiore (nel senso già commentato) contemporaneamente lo appiattisce alle dimensioni del diritto statale, che non sono più di tanto raffinate, cioè conoscono soltanto ciò che sta fuori dalla sfera mentale del soggetto.

Si tratta di un gancio potente che, se sfruttato con abilità e consapevolezza, combina proprio – a vantaggio dell'ordinamento – la potenza della sfera sacrale, dell'onore con la concretezza del ragionamento giuridico.

In questo, non bisogna lasciarsi ingannare dalla difformità della normativa: anche se «una normazione così trasandata, scucita e palesemente disancorata da una qualsiasi concezione disorienta l'osservatore, il quale può trarne la sola conclusione che essa offre argomenti d'appoggio agli oppositori, favorendo il declino dell'istituto»[73], non si sono rintracciati elementi per evidenziare una incompatibilità, anche solo tendenziale, tra Costituzione e giuramento.

Con questo si può passare alla seconda parte delle osservazioni conclusive, non prima di aver annotato un ulteriore aspetto collegato, sia pure nella consapevolezza di non poterlo trattare in modo esauriente. Si tratta di tutti quei casi in cui la decisione non viene presa da una persona fisica, bensì da un algoritmo[74]. Gli algoritmi, le intelligenze artificiali, non conoscono e non possono conoscere il giuramento e i vincoli morali che a quell'atto formale sottostanno. *Quid iuris*, dunque, in un mondo dove le decisioni avente valore giuridico sono numero sempre crescente, in quanto è giuridicizzato ogni aspetto della realtà e dove, parallelamente, si pone il problema di decisioni significative non prese da una mente umana? Il tema, come si vede, è interessante ma porta lontano dagli obiettivi e dagli approfondimenti

---

[72] «I tentativi di dare rilievo giuridico a questa auto-esenzione dall'impegno di veridicità […] non appaiono convincenti» (Corte cost., sent. 117/1979).

[73] G. FERRARI, *Giuramento. I)*, cit., p. 17.

[74] La letteratura è troppo ampia per poter dare anche solo una rassegna parziale. Il tema dell'"automazione" della decisione passa attraverso tutti i temi classici del diritto pubblico: il rapporto tra diritto e diritti, la decisione della pubblica amministrazione, la decisione giudiziale. Cfr.: AA.VV. (a cura di S. Faro, T.E. Frosini e G. Peruginelli), *Dati e algoritmi. Diritto e diritti nella società digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020; A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, p. 47 ss.; M. FERRARI, L'uso degli algoritmi nella attività amministrativa discrezionale, in *Diritto degli Affari*, 4/2020, p. 58 ss.; M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2/2021, p. 545 ss.; S. SAPIENZA, *Decisioni algoritmiche e diritto*, Giuffrè, Milano, 2024; P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico*, in *Medialaws*, 3/2019, p. 11 ss.; L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 8/2017, p. 313 ss.; I. MARTONE, *Algoritmi e diritto: appunti in tema di responsabilità civile*, in *Tecnologie e diritto*, 1/2020, p. 128 ss.

ISSN 2036-7821

fin qui svolti, tutti relativi al prestare giuramento da parte delle persone fisiche. Per questa ragione, e per scrupolo metodologico, ci si limita a porre il problema, che si potrebbe sinteticamente definire dell'impossibilità del giuramento del decisore pubblico automatizzato (sia algoritmo o IA), rinviando ad ulteriori approfondimenti per un'analisi più dettagliata, e inevitabilmente più approfondita.

Si è posta nel titolo di questo paragrafo una espressione utilizzata dal Presidente Einaudi, in riferimento a "più che una mera adesione". Ecco il passaggio completo: «chi gli succede [Einaudi sta parlando di De Nicola, il cui successore è Einaudi stesso] ha usato, innanzi al 2 giugno 1946, ripetutamente del suo diritto di manifestare una opinione, radicata nella tradizione e nei sentimenti suoi paesani, sulla scelta del regime migliore da dare all'Italia; ma, come aveva promesso a se stesso ed ai suoi elettori, ha dato poi al nuovo regime repubblicano voluto dal popolo qualcosa di più di una mera adesione»[75]. Tutti sapevano che Einaudi si era speso per la monarchia[76] e in quel momento giurava fedeltà alla Repubblica e alla Costituzione da Presidente: una parola di giustificazione non sorprende.

Cosa c'è, dunque, più della mera adesione? «la necessità di una piena corrispondenza tra adesione interiore e condotta esteriore del soggetto»[77], dove il punto sostanziale non è la condotta esteriore, ma l'adesione della condotta interna[78].

Nella sent. 58/1960 la Corte rileva che «la formula del giuramento appare ispirata ai sentimenti della coscienza comune quale espressione dei valori morali e religiosi, che possono agire sul testimone per spronarne il senso del dovere; mentre la varietà delle formule, nel succedersi delle legislazioni, sta a significare che la scelta degli elementi che la compongono (morali - religiosi ecc.) è fatta dal legislatore, in base alla influenza che i vari elementi, in un dato momento storico, possono esercitare sulla collettività per assicurare la veridicità della prova». Benché parli di veridicità della prova il ragionamento si può applicare a tutti i giuramenti, come appare anche dalla sent. 334/1996 allorché si legge: «Naturalmente, il venir meno di un contesto culturale unitario che consenta di attribuire al giuramento un condiviso significato religioso ne comporta una relativizzazione e un certo affievolimento di valore (ciò che spiega la preferenza del legislatore attuale a far uso di formule di impegno diverse dal giuramento). Tale significato, da etico-sociale qual'era originariamente, diventa

[75] L. EINAUDI, *Lo scrittoio del Presidente. 1948-1955*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1958, al capitolo "il messaggio dopo il giuramento", p. 3.

[76] Da ultimo con l'articolo *Perché voterò per la monarchia*, in *L'opinione*, 24 maggio 1946, ora rintracciabile in *luigieinaudi.it*.

[77] P.F. GROSSI, *Giuramento*, cit., p. 144.

[78] Contra «il dovere di fedeltà non potrebbe mai infatti avere una incidenza menomativa nella sfera delle libertà, giustificando limiti ulteriori rispetto quelli generali prescritti dalle norme costituzionali che statuiscono le libertà, e meno che mai generare, in capo ai funzionari un dovere di dividere certi convincimenti»: G. SIRIANNI, *Le qualità dei governanti nella costituzione*, cit., p. 180.

ISSN 2036-7821

morale-individuale, in quanto finisce per dipendere dal riferimento che ciascuno faccia, in coscienza e secondo la sua visione del mondo, a quanto considera di più impegnativo e degno di osservanza. Con tale evocazione, colui che presta giuramento viene a conferire al suo eventuale spergiuro un sovrappiù di negatività e gravità rispetto a chi formula una semplice promessa, assumendosi la responsabilità morale che deriva dalla violazione dei dettami ultimi della propria coscienza. In questo, il giuramento è irriducibile ad altre formule impegnative e si comprende che l'ordinamento giuridico possa avvalersene, imponendone la prestazione quando i cittadini vengano chiamati a compiere atti o a svolgere funzioni di particolare rilevanza per la collettività».

Ecco, dunque, che si chiude la distanza tra vincoli giuridicizzabili: il cittadino potrebbe agire nel modo richiesto dal legislatore per timore della repressione penale, oppure del dover risarcire il danno che causa, oppure ancora di subire una sanzione amministrativa o, se è il caso, di una conseguenza disciplinare. Eppure, resta sempre uno spazio tra il pensiero e l'azione, spazio che il giuramento ha l'ambizione e l'obiettivo di colmare, allineando i pensieri più intimi all'azione ed entrambi alla fedeltà.

Ci si è domandato, in apertura di paragrafo, perché il legislatore più recente sembra rinunciare in molti casi alla previsione di un obbligo di giuramento anche nei casi in cui prima era previsto. La domanda è ancor più rilevante se, come da ultimo, si arriva alla conclusione dell'utilità e della potenza del giuramento per l'ordinamento. La risposta segue due percorsi, entrambi molto liminari rispetto al diritto.

In primo luogo, l'elemento sociale e culturale. In secondo luogo, la *risposta complessiva* del diritto rispetto al fenomeno sociale e culturale.

Procedendo per ordine, sotto il profilo socio-culturale, il giuramento presuppone una concezione dell'obbligazione pubblica fortemente carica di simbolismo e investita di una dimensione sacrale o, quantomeno, valoriale[79]. Si tratta di una cerimonia che trova la propria legittimazione nella centralità di codici morali condivisi, nella forza della parola data, nel riconoscimento di un'autorità superiore – anche solo idealmente – alla quale ci si vincola[80]. In contesti sociali nei quali tali presupposti si

[79] Nelle parole della sent. 334/1996: «Naturalmente, il venir meno di un contesto culturale unitario che consenta di attribuire al giuramento un condiviso significato religioso ne comporta una relativizzazione e un certo affievolimento di valore (ciò che spiega la preferenza del legislatore attuale a far uso di formule di impegno diverse dal giuramento).»

[80] Non si è parlato, finora, del cosiddetto giuramento di Ippocrate dei medici, per la semplice ragione che non è prevista dalla legge. Tra l'altro, il giuramento ippocratico ha diverse formulazioni che discendono dal tempo trascorso dall'antica Grecia, dalla traduzione e dal contesto in cui si svolgeva e si svolge la professione medica. Qui, però, interessa un altro aspetto. Nella sua versione originale il giuramento inizia così (https://omceopi.org/ordine/deontologia-e-normativa/giuramento-di-ippocrate): «Giuro per Apollo medico e Asclepio e Igea e Panacea e per gli dèi tutti e per tutte le dee, chiamandoli a testimoni […]». Forse per Ippocrate e

ISSN 2036-7821

indeboliscono, dove la dimensione collettiva dell'onore pubblico cede il passo a una visione individualistica e funzionale dell'onore e del ruolo istituzionale, l'efficacia simbolica del giuramento risulta inevitabilmente compromessa. In altri termini, quando viene meno il senso condiviso del "sacro istituzionale", anche l'atto rituale perde pregnanza e si espone alla percezione di inutilità[81]. Le norme fino alla prima metà del Novecento – lo si nota dalle formulazioni ricostruite sopra – riflettevano una concezione del senso del sacro e dell'onore che non è la medesima odierna.

Il punto, come si vede, è esterno all'area di analisi del diritto, dunque è un punto che il giurista può avvertire a livello di sensibilità personale, ma che si ritiene non decisivo, proprio in quanto esterno al diritto.

Dunque, procedendo con l'argomentazione, si potrebbe notare in senso più propriamente giuridico che nel corso dell'ultimo secolo il diritto positivo ha progressivamente adottato strumenti di responsabilizzazione meno simbolici e più formalizzati, in grado di operare anche in assenza di un vincolo dichiarativo come quello del giuramento. La crescente codificazione (anche deontologica, in senso proprio o allargato, come codici di condotta, codici etici e simili), l'enfasi sul principio di legalità, sul principio di trasparenza e il rafforzamento delle garanzie procedurali (si pensi alla responsabilità disciplinare, alla valutazione dell'operato in forma di rendicontazione burocratica o di informazione nel circuito democratico) costituiscono risposte sistemiche che possono anche prescindere da solenni dichiarazioni di fedeltà, preferendo invece affidarsi a meccanismi sanzionatori e di controllo diversi. Diversità che si misura in termini di sensibilità, di efficacia ma anche di spessore giuridico. In questo senso, l'arretramento del giuramento come requisito formale non implica necessariamente un abbassamento della soglia etica delle istituzioni, ma piuttosto una sua riconfigurazione in forme più coerenti con il paradigma giuridico contemporaneo. Per restare il più possibile fuori dalla sfera della percezione, si può sostenere che la scelta del legislatore è stata verso una diminuzione degli impegni giurati formali a fronte di una più precisa e dettagliata normazione.

---

contemporanei chiamare a testimoni Apollo e gli altri dei era la massima garanzia di impegno, ma oggi il contesto sociale non riconosce come fondamentali gli dei greci e applicare oggi un simile giuramento porrebbe parecchi interrogativi, magari non sui contenuti, ma proprio sulla credibilità dell'"aggancio" ultraterreno cui fa riferimento, posto che la religione politeista antica non solo non è maggioritaria ma non appartiene più all'attualità della società del XXI secolo.

[81] «Se è vero, però, che il giuramento ha un indubbio valore morale, nel senso che può rafforzare sul piano etico l'osservanza dei doveri imposti, tuttavia, prescindendo dai casi individuali, può in realtà sostenersi che se un soggetto (ed in questo caso un soggetto politico), ha vivi il senso dell'onore, dell'onestà e della lealtà, sarà guidato da tali sentimenti nel suo operare; se, viceversa, non ha tali qualità morali, può ragionevolmente ritenersi che il giuramento prestato non avrà alcuna efficacia sui suoi comportamenti» L. VENTURA, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli, Bologna, 1994, p. 113.

ISSN 2036-7821

Ecco, in conclusione, che si ammette che il giuramento abbia come obiettivo ultimo quello di influenzare i pensieri dei consociati verso l'obiettivo voluto dal legislatore, che è la fedeltà, non solo in senso astratto, ma nel senso pratico del rispetto degli obiettivi e degli impegni presi, si può ottenere attraverso strumenti diversi: la riduzione dell'area applicativa del giuramento può essere letta come espressione di una più ampia trasformazione nella razionalità del diritto contemporaneo, il quale tende a privilegiare meccanismi indiretti di orientamento dell'agire, piuttosto che strumenti solennemente prescrittivi. In questa prospettiva, un ruolo sempre più rilevante è assunto da tecniche di regolazione ispirate alla cosiddetta *nudge theory*, ovvero a forme di intervento pubblico che, senza imporre obblighi giuridici in senso proprio, orientano le scelte individuali nella direzione desiderata dall'ordinamento, agendo su contesti decisionali, incentivi, architetture delle scelte.

Il giuramento appartiene, per natura, a una logica precettiva e simbolica, fondata sulla dichiarazione esplicita e solenne di un impegno personale, che deve essere pubblico, formale e consapevole. Al contrario, le strategie di *nudging* operano in modo silenzioso, non prescrittivo, talora persino impercettibile, agendo sul comportamento piuttosto che sulla volontà, sull'influenza invece che sull'obbligo. Il diritto pubblico odierno, sempre più attento all'efficacia delle politiche regolative in contesti complessi, tende a preferire questi strumenti di tipo funzionale, comportamentale, adattivo, rispetto a meccanismi tradizionali fondati su ritualità e formalismi, percepiti come scarsamente incidenti sulla condotta concreta dei soggetti.

In tale mutamento si riflette un cambio di paradigma più profondo: il passaggio da un diritto che interpella direttamente la coscienza e la responsabilità del soggetto a un diritto che modella, orienta, predispone scenari d'azione, confidando meno nella forza dell'obbligazione morale e più nella gestione degli stimoli ambientali e delle scelte condizionate. Il giuramento, da questo punto di vista, rappresenta un residuo di un modello etico-normativo del diritto pubblico, oggi affiancato – e in alcuni casi superato – da logiche di regolazione post-moderne, più attente all'efficienza che alla solennità.

Ciò – e, si crede, non è solamente una sensazione soggettiva del giurista – è perfettamente in linea con l'ipertrofia normativa della contemporaneità e con un minor senso del sacro a livello socio-culturale.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'impatto dell'intelligenza artificiale nella lotta alla corruzione: opportunità, sfide e prospettive

di Valentina Maria Donini

(Ricercatore confermato di Diritto Privato Comparato presso la "Scuola Nazionale dell'Amministrazione" di Roma)

Sommario

1. Introduzione - 2. Dall'amministrazione digitale all'amministrazione algoritmica - 3. L'intelligenza artificiale per la prevenzione della corruzione: a che punto siamo? - 4. L'intelligenza artificiale per favorire trasparenza e monitoraggio civico - 5. L'intelligenza artificiale per la misurazione del rischio di corruzione - 6. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito del *whistleblowing* - 7. Digitalizzazione e intelligenza artificiale nel nuovo Codice dei contratti pubblici - 8. Considerazioni finali

Abstract

The article explores the role of artificial intelligence in tackling corruption, focusing on regulatory developments, practical applications and ethical and legal challenges. Beginning with an analysis of digitalization in public administration, the study examines how algorithms and machine learning can contribute to various aspects of corruption prevention, with particular emphasis on the role of artificial intelligence within the framework of the Public Procurement Code.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

Il rapporto tra tecnologia e diritto affonda le sue radici in tempi lontani, con le prime riflessioni che risalgono già all'epoca della rivoluzione industriale, quando i cambiamenti tecnologici iniziarono a trasformare profondamente la società e l'economia[1]. Il diritto dovette adattarsi a una realtà in rapida evoluzione, affrontando problemi inediti e fu allora che si iniziò a comprendere come il progresso tecnologico non fosse solo una questione tecnica o economica, ma avesse profonde implicazioni sociali e giuridiche. Nel corso del tempo, questa relazione è diventata sempre più complessa e interdipendente: se nel XX secolo, con lo sviluppo dell'informatica e della comunicazione digitale, il diritto ha iniziato a confrontarsi con questioni legate alla *privacy*, alla sicurezza e alla regolamentazione dei mercati globali, oggi sono temi quali *big data*, *blockchain* e, appunto, i sistemi di intelligenza artificiale a emergere prepotentemente nel discorso giuridico ed etico.

Nell'ambito della pubblica amministrazione, il modello ottocentesco, basato sul cartaceo, è stato progressivamente superato da un'amministrazione prima fondata sul documento elettronico, poi sul digitale. Questo percorso ha segnato, quindi, una transizione dalla semplice dematerializzazione del documento a una completa digitalizzazione dei processi amministrativi. Questo passaggio, tuttavia, non è stato indolore, ma ha posto una serie di interrogativi, lasciando le amministrazioni spesso colte di sorpresa davanti alla velocità esponenziale del cambiamento tecnologico. D'altronde, già nel lontano 1979 Massimo Severo Giannini aveva rilevato la sostanziale impreparazione delle amministrazioni pubbliche di fronte al processo tecnologico, attribuendola alla mancanza di competenze e alla generale obsolescenza degli ambienti di lavoro[2].

La trasformazione da una pubblica amministrazione fondata sul dato a una basata sull'algoritmo[3] - in cui le enormi quantità di dati sono sempre più spesso convertite

[1] Cfr. S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1985; S.RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari- Roma, 1997; M. DOGLIANI, *Scienza costituzionalistica e scienze umane: la dimensione costituzionale delle transizioni storiche: la Rivoluzione francese, la rivoluzione industriale, la rivoluzione tecnologica*, in *Democrazia e diritto*, 2021, LVIII, 3, pp. 45-73; R. FERRARA, *Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 3, pp. 359-370.

V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società*, Milano, 1968 (nuova edizione Roma, 2023); V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1980. Sul totale cambiamento di paradigma introdotto da Internet e le tecnologie della comunicazione e informazione, cfr. J. RIFKIN, *La terza rivoluzione industriale*, Milano, 2011.

[2] Cfr. M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, 16 settembre 1979.

[3] Per una definizione "giuridica" di algoritmo cfr. la sentenza 2270/2019 della VI sezione del Consiglio di Stato: "una sequenza ordinata di operazioni di calcolo – che in via informatica sia in grado di valutare e graduare una moltitudine di domande". Il Consiglio di Stato 7891/2021, richiamando il TAR Lombardia sez. II n. 843/2021 definisce invece l'algoritmo come: una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato (come risolvere un problema oppure eseguire un calcolo […] non deve confondersi la nozione di "algoritmo" con quella di "intelligenza artificiale", riconducibile invece allo studio di "agenti intelligenti", vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che

ISSN 2036-7821

in decisioni proprio grazie all'uso di algoritmi - , pone ulteriori sfide[4]. Queste trasformazioni non solo richiedono nuove competenze e approcci, ma mettono anche in discussione la tenuta delle tradizionali categorie del diritto amministrativo[5], spingendo a ripensare principi e strumenti in un contesto di crescente complessità e automatizzazione.

La velocità esponenziale dei cambiamenti tecnologici costringe il diritto a una rincorsa, che evidenzia un divario proporzionalmente inverso rispetto ai tempi lunghi non solo degli *iter* legislativi, ma anche di una riflessione giuridica che, in certi ambiti, deve assumere necessariamente una dimensione filosofica. Tuttavia, sarebbe sbagliato immaginare una contrapposizione tra tecnologia e diritto, presupponendo che "il diritto veicoli nel *definiens* un'istanza di giustizia e che la tecnica da mero strumento sia divenuta a sua volta un fine a sé stante[6]". In realtà, se gestita bene, la tecnologia può contribuire al miglioramento, all'efficacia della società, nella sua totalità che investe quindi anche il diritto, la politica, l'amministrazione, l'economia, comportando una loro profonda trasformazione[7]. Il problema però consiste tutto nell'inciso, *se gestita bene* dal momento che, nel mondo odierno, il controllo delle nuove tecnologie rappresenta una forma di potere senza precedenti, per cui è corretto affermare che: "siamo oggi di fronte a uno squilibrio tra potenza (tecnica) e razionalità (civile e politica), tra forza dei dispositivi tecnico-economici globali e capacità di governarla secondo il bene comune[8]". Tutto ciò alimenta alcuni dubbi,

---

li circonda e intraprendono azioni che massimizzano la probabilità di ottenere con successo gli obiettivi prefissati….. sono tali, ad esempio, quelli che interagiscono con l'ambiente circostante o con le persone, che apprendono dall'esperienza (machine learning), che elaborano il linguaggio naturale oppure che riconoscono volti e movimenti". Cfr. D. MARONGIU (2022), *Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, n. 6, pp. 1515-1523. Per un inquadramento tecnico informatico del termine, cfr. S.B. GRENCI, *Le applicazioni di Intelligenza artificiale a supporto dell'automazione del procedimento amministrativo*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, 1, pp. 217-239.

[4] L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità e sfide*, Milano, 2022; G. CERRINA FERONI, C. FONTANA, E.C. RAFFIOTTA (a cura di), *AI Anthology. Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Bologna, 2022; P. SEVERINO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022; P. BENANTI, *Le macchine sapienti. Intelligenze artificiali e decisioni umane*, Bologna, 2018; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022; S. SALARDI, *Intelligenza artificiale e semantica del cambiamento: una lettura critica*, Torino, 2023.

[5] F.F. PAGANO, *Pubblica amministrazione e innovazione tecnologica*, in *La rivista "Gruppo di Pisa*, 2021, 3, p. 86; F. LUCIANI, *Brevi note sull'innovazione tecnologica come strumento di buona amministrazione*, in *La cittadinanza europea*, 2022, 2, pp. 199-218.

[6] S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA, *La tecnificazione dell'amministrazione*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. TORCHIA (a cura di), *La tecnificazione*, Firenze, 2016, p. 8.

[7] Vedi P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in *Rassegna Parlamentare*, 2012, 4, pp. 811-853; P. COSTANZO, *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, in T. E. FROSINI, O. POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Milano, 2017, 3-18; T.E. FROSINI, *Il costituzionalismo nella società tecnologica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, p. 466.

[8] T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta on line*, 28 settembre 2020, p. 677. Vedi anche A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T. E. FROSINI, O.

ISSN 2036-7821

nonostante l'ineluttabilità e inevitabilità di un percorso ormai intrapreso da anni, sull'opportunità di oltrepassare sempre più i confini imposti dalla tecnologia, considerando che "non tutto ciò che è tecnologicamente possibile è anche socialmente desiderabile, eticamente accettabile, giuridicamente legittimo[9]".

2. Dall'amministrazione digitale all'amministrazione algoritmica.

I primi interventi del legislatore in materia di amministrazione digitale risalgono agli anni Novanta, con il d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39 sull'informatizzazione delle amministrazioni pubbliche, e con la legge 15 marzo del 1997, n. 59 che ha sancito la validità e rilevanza giuridica di atti, dati e documenti formati dalla pubblica amministrazione e dai privati con strumenti informatici o telematici, oltre che dei contratti stipulati nelle medesime forme[10]. Fondamentale è stata anche l'adozione del Codice dell'Amministrazione Digitale, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, che rappresenta il principale strumento con cui attuare in ambito digitale i principi fondamentali contenuti nell'art. 1 della legge 241/1990[11]. Il Codice, più volte modificato[12], ha posto le basi per una trasformazione digitale della pubblica amministrazione, promuovendo l'efficienza, la trasparenza e l'accessibilità dei servizi pubblici.

Di particolare rilevanza è stato anche il contributo della legge 15/2005 che ha riformato la legge 241/90 introducendo un nuovo art. 3-bis, che afferma un principio fondamentale: "per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le

---

POLLICINO, E. APA, M. BASSINI (a cura di), *Diritti e libertà in internet*, Firenze, 2017; A. SCHIAVONE, *Progresso*, Bologna, 2020.

[9] GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Relazione 2003, Discorso del Presidente Stefano Rodotà*, p. 6. https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1314441.

[10] Art. 15. Sui diritti di cittadinanza digitale cfr. R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, pp. 11-18; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale*, in *Il Mulino*, 2022, 3, pp. 65-73; M. CAPORALE, *Dalla smart citizenship alla cittadinanza digitale*, in R. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, pp. 261-283 ; C. FLICK, V. AMBRIOLA, *La cittadinanza amministrativa telematica fra previsioni normative ed effettività*, in *Diritto dell'Informatica*, 2006, 6, pp. 825-843.

[11] Cioè: economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza.

[12] Già dopo pochi mesi, con un decreto correttivo, d. lgs. 4 aprile 2006, n. 159, poi con il d.l. 29 novembre 2008, n. 185, e con legge 8 giugno 2009, n. 69 e con d.l. 78/2009. Più recentemente sono state introdotte ulteriori modifiche dalla Legge 124/2015 (il cui 'art. 1 è intitolato *Carta della cittadinanza digitale*), dal d.lgs. 217/2017, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (decreto semplificazioni) e dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, che, nell'ambito della disciplina della Governance del PNRR, ha previsto una serie di ulteriori misure tese a potenziare la transizione digitale della P.A, anche attraverso la modifica di alcune disposizioni del CAD. Le ultime modifiche sono state introdotte dal decreto PNRR quater (d.l. 19/2024). Cfr. E. CARLONI (a cura di), *Codice dell'amministrazione digitale. Commento al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, Rimini, 2005; F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, 2, pp. 227-273; E. BELISARIO, *La "nuova" pubblica amministrazione digitale*, Rimini, 2009; E. GUARNACCIA, M. MANCARELLA, *Il Codice dell'Amministrazione Digitale 2018*, Roma, 2018; C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2020, 16, pp. 1-13.

ISSN 2036-7821

amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati".

Questa disposizione ha segnato un punto di svolta, sottolineando l'importanza della digitalizzazione non solo come strumento tecnico, ma come leva strategica per migliorare l'efficienza operativa e rafforzare i rapporti tra amministrazioni, cittadini e imprese. Tuttavia, il carattere meramente programmatico di tale norma[13] ne ha limitato inizialmente l'efficacia, anche perché non accompagnata da una individuazione delle risorse economiche e strumentali con cui attuare concretamente questo principio. Per questo motivo è stato necessario un nuovo intervento del legislatore, e nel 2020 la locuzione "incentivano l'uso" è stata sostituita da un'ingiunzione positiva molto più esplicita e vincolante: "agiscono mediante strumenti informatici e telematici[14]".

Se da un lato si è quindi chiaramente affermata la necessità di operare con strumenti informatici, dall'altro permane una questione cruciale: siamo davvero in grado di *pensare* in termini digitali? Questo interrogativo evidenzia la differenza tra una mera adozione di tecnologie e la profonda trasformazione culturale necessaria per sfruttarne completamente il potenziale. La digitalizzazione, infatti, non si esaurisce nell'introduzione di strumenti innovativi o nell'automazione dei processi esistenti, ma implica un autentico cambio di paradigma. Richiede di ripensare il modo in cui i processi amministrativi sono concepiti e progettati, abbandonando logiche tradizionali. Pensare in termini digitali significa quindi adottare una visione sistemica in cui la tecnologia non è solo uno strumento, ma un elemento integrato e strategico per riprogettare l'interazione tra pubblica amministrazione, cittadini e imprese.

Una tale trasformazione culturale, però, non è immediata, richiede bensì investimenti non solo in termini di infrastrutture tecnologiche, ma anche di formazione del personale, per la promozione di una mentalità orientata all'innovazione e di costruzione di una *governance* capace di valorizzare le opportunità offerte dal digitale. Attualmente però, nonostante un quadro regolatorio orientato a una sempre maggiore informatizzazione e digitalizzazione, il *digital divide* non è ancora superato, né da un punto di vista strutturale, né culturale.

Alla luce quindi del ritardo nell'adeguamento della pubblica amministrazione

[13] D.U. GALLETTA, *Digitalizzazione e diritto a una buona amministrazione*, in *Ceridap. Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2021, 3, pp. 197-205. Vedi anche D.U. GALETTA, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (Il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT)*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, 2020, pp. 85 ss.

[14] Legge 120/2020 di conversione del DL 76/2020. Sulle novità in materia introdotte dal Codice dei contratti pubblici, cfr. par. 7.

ISSN 2036-7821

italiana[15], che rivela una sorta di diffidenza nei confronti della tecnologia, le affermazioni di Giannini appaiono oggi ancora drammaticamente attuali. Si pensi, ad esempio, alla pratica tutt'altro che virtuosa, di pubblicare sui siti delle amministrazioni documenti in formato non accessibile, in palese violazione di un chiaro obbligo previsto dall'art. 3-bis della legge 4/2004 (*Disposizioni per favorire e semplificare l'accesso degli utenti e, in particolare, delle persone con disabilità agli strumenti informatici*). Tale norma impone, inequivocabilmente, l'accessibilità e fruibilità delle informazioni, ma la sua costante violazione vanifica la funzione stessa del principio di trasparenza e pubblicazione dei dati. Rendere inaccessibili i dati pubblicati significa, infatti, privare una parte della cittadinanza di un accesso pieno ed equo alle informazioni pubbliche[16].

Lo scenario si è ulteriormente complicato con l'avvento dell'IA, che rappresenta non solo un'ulteriore, sfidante, evoluzione tecnologica, ma un vero e proprio cambiamento sociale, diretto a produrre effetti, potenzialmente tanto positivi quanto negativi, e forti impatti sui comportamenti umani.

Come sottolineato dalla Commissione Europea, "il modo in cui ci relazioniamo all'IA determinerà il mondo in cui viviamo[17]". Per questo motivo le scelte del legislatore di oggi dovranno necessariamente essere ponderate e lungimiranti per garantire che questa trasformazione tecnologica contribuisca a un progresso equo, sostenibile e rispettoso dei diritti fondamentali.

Il principale riferimento normativo in questo ambito è l'*AI Act* dell'Unione Europea, entrato in vigore il 1 agosto 2024[18], con alcune disposizioni che diventeranno applicabili successivamente, in una forchetta temporale che va dai sei ai ventiquattro mesi. Il testo rappresenta il compimento di un percorso[19] avviato precedentemente,

---

[15] E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2019, 2, 3, pp. 363-391.

[16] La mancata accessibilità dei documenti comporta anche l'impossibilità di effettuare la ricerca per parole chiave, oltre alle maggiori difficoltà di indicizzazione nei motori di ricerca. Non a caso nelle Linee Guida ANAC in materia di Codici di comportamento delle amministrazioni pubbliche, è previsto espressamente che il codice di comportamento deve essere pubblicato in una versione digitale "*facilmente accessibile a tutti i destinatari del codice che consenta di rintracciare all'occorrenza il tema che interessa mediante la funzionalità della ricerca automatica*". (Delibera ANAC 177 del 19 febbraio 2020, p. 29).

[17] COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE, *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237 final, 25 aprile 2018.

[18] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

[19] Cfr. N.T. NIKOLINAKOS, EU *Policy and Legal Framework for Artificial Intelligence, Robotics and Related Technologies - The AI Act*, Berlin, 2023; F. FERRI, *Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea*, in *Quaderni AISDUE* - Fascicolo speciale *La nuova disciplina UE sull'intelligenza artificiale*, 2024, 2, pp. 1-20; F. DONATI, *LA protezione dei diritti fondamentali nel*

con la Risoluzione *Norme di diritto civile della Robotica*[20] (approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo, con cui si era iniziato ad affrontare il tema della tenuta delle norme tradizionali nell'ipotesi in cui un robot potesse assumere decisioni autonome[21]) e con il Libro bianco sull'intelligenza artificiale adottato dalla Commissione europea[22].

L'*AI Act*, partendo da un impianto definitorio in linea con la Raccomandazione OCSE sull'intelligenza artificiale[23], pone le basi della prima normativa vincolante nell'Unione Europea diretta a promuovere un'intelligenza artificiale affidabile e a garantire che tali sistemi rispettino i diritti fondamentali, la sicurezza e i principi etici.

Attraverso una classificazione fondata su diversi livelli di rischio su cui categorizzare le diverse applicazioni di intelligenza artificiale[24], il Regolamento perimetra sostanzialmente l'ambito delle attività consentite, esplicitando all'art. 5 quali sono invece espressamente proibite[25].

In questa prospettiva si colloca anche la "Convenzione quadro sull'intelligenza artificiale, i diritti dell'uomo, la democrazia e lo Stato di diritto" promossa dal Consiglio d'Europa. La Convenzione impegna le parti aderenti a garantire che le

---

regolamento sull'intelligenza artificiale, in *Rivista AIC*, 2025, 1, pp. 1-20; A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2021, n. 3; F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, pp. 187-210; C. SCHEPISI, *Brevi note sulla "dimensione europea" della regolamentazione dell'intelligenza artificiale: principi, obiettivi e requisiti*, in V. FALCE (a cura di), *Strategia dei dati e intelligenza artificiale. Verso un nuovo ordine giuridico del mercato*, Torino, 2023, pp. 53-75; M. MACCHIA, A. MASCOLO, *Intelligenza artificiale e regolazione*, in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, 2022, vol. 2, pp. 97-130; M. DE LUCA, *Il diritto all'intelligenza artificiale*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2024, 4, pp. 1686-1707.

[20] Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica 2015/2103(INL).

[21] Si pensi ad esempio all'individuazione del soggetto su cui far ricadere la responsabilità per i danni causati da un robot

[22] COM(2020) 65 final recante Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia.

[23] OECD, *Recommendation on Artificial Intelligence* (OECD /LEGAL/0449, 2019, amended 2023).

[24] Cioè un rischio minimo, limitato, alto e inaccettabile.

[25] Vista l'importanza strategica di questo punto, e la necessità di chiarire ogni ambiguità, il tema delle attività proibite sarà successivamente oggetto di specifici Orientamenti della Commissione sull'attuazione del Regolamento, ai sensi dell'art. 96. Nell'ottica di un maggiore coinvolgimento di tutti gli *stakeholder* interessati è stata quindi aperta la consultazione pubblica promossa dall'European AI Office dal titolo *"Multi-stakeholder consultation for commission guidelines on the application of the definition of an AI system and the prohibited AI practices established in the AI Act"*. A questa consultazione ha partecipato anche il Forum per il Governo Aperto, organo di governance di *Open Government Partnership Italia*, per evidenziare la necessità di affrontare il tema dell'intersezionalità delle discriminazioni allo scopo di garantire che i sistemi di Intelligenza Artificiale non amplifichino pregiudizi esistenti, come quelli legati a etnia, genere, disabilità, età o stato di salute.

ISSN 2036-7821

attività basate sull'intelligenza artificiale rispettino i diritti umani e favoriscano un'innovazione sicura e responsabile. L'approccio antropocentrico che ne costituisce il fulcro, insieme ai concetti chiave delineati, tra cui la definizione stessa di intelligenza artificiale, si armonizza pienamente con gli obiettivi e i contenuti dell'*AI Act*[26].

Infine va ricordata anche la Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite dell'11 marzo 2024 sulla necessità di cogliere le opportunità di sistemi di intelligenza artificiale sicuri e affidabili per lo sviluppo sostenibile.

In Italia, il disegno di legge *Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale*[27], rappresenta un passo fondamentale per fornire un primo inquadramento normativo e promuovere "un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità[28]", oltre a vigilare sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale. Suddiviso in quattro capi e ventisei articoli[29], per assicurare la conformità con il diritto unionale, il disegno di legge opta per una certa vaghezza e genericità nella formulazione delle disposizioni. Inoltre prevede anche una serie di deleghe al Governo affinché adotti, entro dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi per l'adeguamento della normativa nazionale all'*AI Act*.

Tutto ciò avrebbe dovuto in teoria evitare problematiche in termini di compatibilità; tuttavia, non possono ignorarsi alcuni dubbi sulla conformità di diverse disposizioni, come anche rilevato dal recente Parere della Commissione Europea[30], che ha messo in evidenza una serie di discrepanze con la normativa europea. Ad esempio, già in ambito definitorio, si nota nel disegno di legge italiano una nozione di modello di

[26] Cfr. J. ZILLER, *The Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence vs. the EU Regulation: two quite different legal instruments*, in *Ceridap. Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2024, 2, pp. 202-227.

[27] Cfr. https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01419905.pdf.

[28] Art. 1.

[29] In cui vengono enunciati i principi dell'informazione della riservatezza dei dati personali e dello sviluppo economico (rispettivamente, artt. 4 e 5), e contenute disposizioni settoriali dettagliate, riguardanti: sicurezza e difesa nazionale (art. 6); sanità (artt. 7-9); lavoro (artt. 10-12); della pubblica amministrazione; attività giudiziaria (art. 14); cybersicurezza (art. 16). Il disegno di legge istituisce inoltre la strategia nazionale per l'intelligenza artificiale (art. 17); designa le autorità nazionali per l'intelligenza artificiale (art. 18); prevede alcune disposizioni in materia di diritto d'autore (artt. 23-24); introduce modifiche al codice penale (art. 25) e al codice civile (art. 15) e, infine, impone che dall'attuazione della legge non derivino nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (art. 26). Per un'analisi dettagliata del disegno di legge rinvio a C. BURELLI, *Prime brevi considerazioni sul "ddl intelligenza artificiale": incompatibilità o inopportunità*, in *Quaderni AISDUE - Fascicolo speciale - La nuova disciplina UE sull'intelligenza artificiale*, 2024, 2, pp. 1-36.

[30] Parere circostanziato (C(2024) 7814) del 5 novembre 2024.

ISSN 2036-7821

intelligenza artificiale non corrispondente a quella del regolamento UE[31]. Anche in materia di diritto d'autore si riscontrano divergenze: l'introduzione di obblighi più stringenti e l'esclusione dell'utilizzabilità dei sistemi di intelligenza artificiale non ad alto rischio nelle professioni intellettuali non è conforme a quanto previsto dall'*AI Act*[32]. Altre difformità si rilevano in merito all'utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambito sanitario e giudiziario; ma soprattutto il Parere riscontra una criticità riguardante la designazione delle autorità nazionali competenti: ai sensi degli articoli 18 e 22 del disegno di legge italiano, queste sono individuate in AgID, Agenzia per l'Italia digitale, e ACN, l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, ma secondo la Commissione, tali organi non presenterebbero un adeguato livello di indipendenza rispetto al governo[33] e ciò comprometterebbe di conseguenza l'imparzialità del loro operato.

Alla luce di queste divergenze, appaiono quindi legittimi i dubbi circa l'opportunità della scelta del governo italiano di anticipare i tempi rispetto al legislatore europeo. Una maggiore prudenza avrebbe forse suggerito di attendere non solo la pubblicazione ufficiale dell'*AI Act*, ma anche l'adozione degli atti delegati e di esecuzione della Commissione Europea. Questi ultimi, infatti, potrebbero ulteriormente contraddire quanto stabilito dal legislatore nazionale, rischiando di generare una situazione di potenziale difformità rispetto al diritto dell'Unione Europea e richiedere quindi interventi correttivi futuri per assicurare un quadro normativo armonizzato e coerente[34].

Inoltre, non si può ignorare che il processo decisionale che ha portato all'elaborazione del disegno di legge è stato poco aperto e inclusivo, mentre la delicatezza e importanza strategica della materia - che avrà inevitabilmente un impatto molto forte sulla collettività, dal punto di vista sociale, giuridico, economico,

[31] Si veda la definizione di modelli di intelligenza artificiale contenuta all'art. 2(1)(c): "modelli che identificano strutture ricorrenti attraverso l'uso di collezioni di dati, che hanno la capacità di svolgere un'ampia gamma di compiti distinti e che possono essere integrati in una varietà di sistemi o applicazioni". L'*AI Act*, invece, all'art. 3(1), definisce il sistema di intelligenza artificiale come "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". Inoltre, si consideri il fatto che proprio l'esistenza di un elenco di definizioni è da considerarsi non corretto, perché come nel Parere della Commissione Europea, "la norma nazionale dovrebbe limitarsi a fare riferimento alle definizioni già contenute nel regolamento senza replicarle".

[32] Sulle lacune dell'*AI Act* in materia cfr. C. GRIECO, *Il diritto d'autore nell'AI Act: Error 404 – Page Not Found?*, in *Quaderni AISDUE - - Fascicolo speciale - La nuova disciplina UE sull'intelligenza artificiale*, 2024, 2, pp. 157-181. Se la scelta italiana costituisca o meno un caso di *gold plating* attivo cfr. C. BURELLI, *op. cit.*, pp. 28-29.

[33] Secondo il Parere, le autorità devono possedere lo stesso livello di indipendenza previsto dalla direttiva (UE) 2016/680 per le autorità preposte alla protezione dei dati nelle attività delle forze dell'ordine, nella gestione delle migrazioni e controllo delle frontiere, nell'amministrazione della giustizia e nei processi democratici.

[34] C. BURELLI, *op. cit.*, p. 34.

culturale, oltre che ovviamente tecnologico -, avrebbero richiesto un maggiore coinvolgimento di Parlamento e parti sociali. Una delega così estesa al governo può destare qualche preoccupazione in termini anche di minore tutela dei diritti dei cittadini per quanto riguarda la protezione della *privacy*, il controllo dell'uso dei dati, la trasparenza degli algoritmi, e soprattutto in merito a equità e inclusione. Proprio alla luce di queste considerazioni, sarebbe stato auspicabile un coinvolgimento di tutti gli *stakeholder* interessati (dalle pubbliche amministrazioni alla società civile, dagli esperti ai cittadini) allo scopo di arricchire e rafforzare il processo decisionale e contribuire così alla produzione di una normativa più equa e inclusiva[35].

Infine, va sottolineato che, in attesa della conversione in legge del disegno di legge[36], in Italia sta emergendo anche una sorta di "diritto speciale" dell'amministrazione algoritmica[37], un insieme eterogeneo e in continua evoluzione, composto da sentenze, dottrina, disposizioni settoriali. Questo *corpus* si fonda ovviamente sui tre principi chiave destinati a orientare la regolazione dell'uso degli algoritmi nella pubblica amministrazione, cioè la trasparenza algoritmica, la supervisione umana e il divieto di non discriminazione.

Il principio di trasparenza e conoscibilità con il suo corollario della comprensibilità garantisce che i meccanismi decisionali e le logiche sottostanti agli algoritmi siano accessibili e comprensibili non solo per gli esperti tecnici, ma anche per i cittadini e

[35] In quest'ottica si inserisce l'impegno B4 del Sesto Piano d'Azione Nazionale per il governo aperto, nell'ambito delle iniziative di *Open Government Partnership* Italia, diretto a promuovere un processo partecipativo sul tema "Rischi e opportunità dell'intelligenza artificiale per migliorare l'equità e l'inclusione" e ad avviare una discussione deliberativa a livello nazionale, nella prospettiva dei principi del governo aperto, allo scopo di arrivare, tra l'altro, a una definizione condivisa di principi etici per l'utilizzo dell'IA e alla formulazione di Raccomandazioni sull'inclusività dei dati e degli algoritmi dell'IA, da consegnare agli organismi nazionali competenti.

[36] Anche se attualmente il disegno di legge si è fermato al Senato, bloccato per motivi economici e politici, oltre che dal Parere della Commissione Europea che ha messo in evidenza le principali criticità.

[37] G. LOSAPIO, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in *Federalismi.it*, 16, 2024. Cfr. G.M.RICCIO, G. ZICCARDI, G. SCORZA (a cura di), *Intelligenza artificiale. Profili giuridici*, Padova, 2022; G. ALPA, *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020; U. RUFFOLO, *Intelligenza artificiale - il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020; A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020; C. CASONATO, M. FASAN, S. PENASA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, in *Sezione monografica - DPCE online*, 2022, 1; F. FAINI, *Intelligenza artificiale, diritto e pubblica amministrazione*, in *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo,* Milano, 2020, pp. 385-413; A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e diritto costituzionale: prime considerazioni*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, pp. 101-130; A. LALLI, *Intelligenza artificiale e diritto*, in A. CARBONE, *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Torino, 2021, pp. 624-648; A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto, Journal of Legal Philosophy*, 2019, 1, pp. 87-106; F. FAINI, *Intelligenza artificiale e diritto: le sfide giuridiche in ambito pubblico*, in *Biolaw Journal*, 2019, 1, pp. 145-162; C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e diritto: la sfida etica ed antropologica*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 6(2), 2024, pp. 65-108.

ISSN 2036-7821

per i soggetti interessati. Ciò implica il diritto dell'individuo di conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardano e di ricevere informazioni sulla logica utilizzata. Si può rinvenire in questo principio una declinazione dell'art. 42 della Carta Europea dei diritti fondamentali che sancisce il diritto alla buona amministrazione. In pratica ciò vuol dire che deve essere divulgato il codice sorgente alla base dell'algoritmo, che deve essere fornita una documentazione chiara ed esaustiva e che venga utilizzato un linguaggio "semplice" per evitare il rischio che l'automazione crei opacità anziché semplificazione[38].

Il principio di non esclusività della decisione algoritmica[39] comporta invece la necessità di includere sempre e comunque nel processo decisionale la persona umana (*human in the loop*): le decisioni algoritmiche non possono quindi essere definitive senza un intervento umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica[40]. Questo è evidente nell'ambito dell'azione amministrativa: è effettivamente molto difficile immaginare un'intelligenza artificiale cui imputare giuridicamente la responsabilità della decisione finale, anche perché, va ricordato, una decisione automatizzata è priva di motivazione[41]. Eppure, potrebbe essere altrettanto difficile per l'intervento umano discostarsi eventualmente dalla decisione algoritmica[42].

D'altronde, l'intero *AI Act*[43], come anche il disegno di legge italiano, è praticamente

[38] E. FALLETTI, *Decisioni automatizzate e diritto alla spiegazione: alcune riflessioni comparatistiche*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2020, 2; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto*, in U. RUFFOLO, *op. cit.*, pp. 63-88; A. DI MARTINO, *Intelligenza artificiale e decisione amministrativa automatizzata*, in *Tecnologie e diritto*, 2020, 1, pp. 83-112.

[39] Principio fondamentale già previsto all'art. 22 GDPR: "L'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona".

[40] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*", 2019, 1, pp. 63-89; B. MARCHETTI, *La garanzia dello human in the loop alla prova della decisione amministrativa algoritmica*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*", 2021, 2, pp. 367-385; D. MARTIRE, *Human in the loop. L'essere umano come fattore condizionante della – o condizionato dalla – intelligenza artificiale*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2024, 2, pp. 467-481; D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi.it*, 2023, 5, pp. IV-XIII. Cfr. anche G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Padova, 2023; M.E. MONTERO, *The Challenge of Artificial Intelligence for the Defense of Human Rights in Europe*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2024, 2, pp. 399-413.

[41] Cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 16, p. 14; M.C. CAVALLARO, *Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2024, 3, pp. 936-948.

[42] Cfr. D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione*, cit., p. 9; E. WIHLBORG, H. LARSSON, K. HEDSTROM, *"The Computer Says No!" A Case Study on Automated Decision-Making in Public Authorities*, in T.X. BUI, R.H. SPRAGUE, NJ. PISCATAWAY, *Proceedings of the Annual Hawaii International Conference on System Sciences (HICSS)*, IEEE 2016, pp. 2903-2912.

[43] Ma si veda anche il già citato art. 22 del GDPR.

ISSN 2036-7821

pervaso da questo principio, affermato già all'art. 1 in cui si sottolinea la dimensione "antropocentrica" dell'intelligenza artificiale[44], e poi ribadito più dettagliatamente all'art. 14 espressamente dedicato alla sorveglianza umana nei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Il principio di non esclusività sancisce quindi il diritto delle persone di richiedere una revisione delle decisioni automatiche, garantendo un controllo umano e un approccio personalizzato nei casi in cui l'algoritmo potrebbe non cogliere sfumature specifiche o implicazioni etiche.

Infine, il principio di non discriminazione algoritmica mira a prevenire distorsioni per cui l'uso di tecnologie automatizzate perpetui o amplifichi pregiudizi e disparità preesistenti. È quindi fondamentale adottare misure preventive, come la verifica continua dei dati utilizzati per l'addestramento degli algoritmi, l'eliminazione di *bias* sistemici e la conduzione di *audit* indipendenti per rilevare eventuali disparità nei risultati delle decisioni, al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti dei destinatari della decisione automatizzata.

3. L'intelligenza artificiale per la prevenzione della corruzione: a che punto siamo?

Se l'utilizzo delle intelligenze artificiali è oggi già una realtà in molte amministrazioni[45], prevalentemente per scopi conoscitivi, cioè per elaborare notevoli quantità di dati[46], è importante verificare come l'adozione di strumenti basati su algoritmi avanzati e sistemi di *machine learning* possa rappresentare un valore aggiunto nelle strategie di prevenzione della corruzione.

D'altronde, è ben noto come l'informatizzazione della pubblica amministrazione, volta ad automatizzare, eseguire, controllare e ottimizzare i processi interni, oltre a rappresentare il mezzo principale per la transizione dalla gestione analogica del procedimento amministrativo al digitale[47], costituisca anche un'importante misura di

[44] Ma si vedano anche i Considerando 1, 27, 42, 53, 61, 66, 72, 73, 91, 96, 134.

[45] Si pensi ad esempio alle esperienze dell'ISTAT, che utilizza tecnologie di IA per il controllo della qualità dei dati, dell'INPS, che oltre a utilizzare un'analisi algoritmica predittiva per stimare il ricorso alla cassa integrazione, ha introdotto un protocollo automatico di smistamento delle istanze PEC, o dei comuni con i diversi progetti di *smart city*, il comune di Siena, che mediante il *chatbot* Caterina fornisce direttamente certificati anagrafici. Cfr. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, 2, pp. 235-269.

[46] Attraverso l'elaborazione dei dati, si può affermare che l'algoritmo possa rendere visibile la "conoscenza invisibile contenuta nella marea di dati che le amministrazioni posseggono e che senza algoritmi, forse, non sarebbero in grado di elaborare". M. FALCONE, *La funzione conoscitiva nella rivoluzione dei dati*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 185.

[47] Come previsto dalla Componente 1 della Missione 1 del PNRR, che riconosce nella digitalizzazione della PA una necessità trasversale. A tal fine, il PNRR interviene su due fronti complementari: da un lato, il rafforzamento delle infrastrutture digitali per garantire servizi pubblici efficienti e performanti; dall'altro, il potenziamento delle competenze digitali del capitale umano, essenziale per supportare una transizione digitale efficace e inclusiva. Cfr. PNRR, p. 88.

ISSN 2036-7821

prevenzione della corruzione[48]. Questo perché non solo garantisce una maggiore efficienza dell'azione amministrativa aumentando la velocità di espletamento delle pratiche, ma soprattutto perché consente la tracciabilità e di conseguenza l'attribuzione di responsabilità delle fasi fondamentali dei processi dell'amministrazione, riducendo il rischio di flussi informativi non controllabili[49].

Inoltre, la digitalizzazione dei processi limita anche la discrezionalità degli operatori, dal momento che si eliminano o riducono in modo significativo gli interventi manuali e il rischio di possibili alterazioni dei dati o documenti a disposizione nelle amministrazioni, contribuendo in buona sostanza alla diminuzione di episodi di *maladministration*.

Con l'introduzione dell'intelligenza artificiale, l'asticella si alza ulteriormente, aprendo la strada a nuove e complesse questioni, pur confermando il principio di fondo secondo cui queste tecnologie contribuiscono in modo significativo ad attuare l'art. 97 della Costituzione, sia sotto il profilo del buon andamento, sia dell'imparzialità, come d'altronde è stato espressamente affermato dal Consiglio di Stato[50].

Al tempo stesso, però, l'adozione dell'intelligenza artificiale pone nuove problematiche, tra cui la necessità di assicurare che gli algoritmi rispettino i valori costituzionali e i diritti fondamentali, siano progettati in modo etico e trasparente, e consentano ai cittadini di comprenderne e controllarne il funzionamento, in modo da preservare la fiducia nelle istituzioni[51].

Eppure, questo collegamento tra intelligenza artificiale e prevenzione della corruzione non è ancora esplicitato formalmente nei testi destinati a regolamentare giuridicamente l'utilizzo delle intelligenze artificiali. Si pensi ad esempio all'*AI Act* che si limita a contenere un generico riferimento alla buona amministrazione, al Considerando 48, e un più specifico rinvio, ma solo declinato nell'ambito migratorio e del diritto d'asilo (Considerando 60). Si veda anche il disegno di legge italiano, il cui art. 13 espressamente dedicato all'uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione non fa alcun cenno al suo utilizzo in materia di prevenzione della corruzione, ma si limita a prevederne applicazioni allo scopo di "incrementare

[48] Cfr. su questo punto ANAC Italian National Anti-Corruption Authority, NCPA Network of Corruption Prevention Authorities, *Using innovative tools and technologies to prevent and detect corruption. Compendium of good practices and practical examples in the use of ICT*, 2021.

[49] Cfr. V.M. DONINI, *Prevenzione della corruzione. Strategie, sfide, obiettivi*, 2022, capitolo 10.1.

[50] Consiglio di Stato, sentenza 2270/2019, in cui il ricorso alla IA contribuisce a una "notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata".

[51] Sull'importanza della fiducia come elemento fondamentale "dentro" il discorso giuridico, si veda T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.

ISSN 2036-7821

l'efficienza della propria attività, di ridurre i tempi di definizione dei procedimenti e di aumentare la qualità e la quantità dei servizi erogati ai cittadini e alle imprese, assicurando agli interessati la conoscibilità del suo funzionamento e la tracciabilità del suo utilizzo".

Allo stesso tempo sono rari i riferimenti all'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei testi dedicati alla prevenzione della corruzione. Si prenda in considerazione, ad esempio, la proposta di Direttiva Europea Anticorruzione, che nulla prevede in tal senso, o la Comunicazione del 2023 che però contiene solo un vago riferimento agli strumenti digitali[52].

Sicuramente più interessante è l'approccio dell'OCSE in materia che, almeno a livello di *working paper*[53], ha evidenziato quali possono essere le opportunità del ricorso all'intelligenza artificiale per favorire la lotta alla corruzione e la diffusione di una cultura dell'integrità.

In Italia, se la *Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026* si limita a rinviare a quanto previsto in tema di appalti[54], il Piano triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione incentiva solo un raccordo tra il piano e i soggetti operanti nel sistema anticorruzione, in particolare con il Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Anche l'ANAC non affronta l'argomento in termini generali all'interno dei Piani Nazionali Anticorruzione: si veda ad esempio l'ultimo PNA (2022) ma anche i due successivi aggiornamenti[55] al PNA, in cui l'unico riferimento alla digitalizzazione riguarda sempre esclusivamente l'ambito dei contratti pubblici; invece, nella *Relazione annuale 2023*, è presente il tema della rivoluzione digitale e degli usi dell'intelligenza artificiale ad esempio per contribuire ai metodi di misurazione del rischio corruttivo o per promuovere la trasparenza.

4. L'intelligenza artificiale per favorire trasparenza e monitoraggio civico.

Gli ambiti in cui il ricorso all'intelligenza artificiale potrebbe contribuire alla prevenzione della corruzione sono numerosi.

---

[52] Commissione Europea, Alto Rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, *Comunicazione congiunta al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sulla lotta alla corruzione.* Cfr. sul punto F. MERENDA, *L'anticorruzione tra l'integrazione con le altre politiche e la prospettiva della nuova Direttiva Europea*, in *Federalismi.it*, 2025, 1, p. 60.

[53] OECD, *Generative AI for anti - corruption and integrity in Government. Taking stock of promise, perils and practice*, in *OECD Artificial Intelligence Papers*, 2024, 12. Vedi anche OECD, *Recommendation of the Council on Human - Centred Public Administrative Services*, in *Legal Instruments*.oecd.org, 2024.

[54] Vedi *infra.*

[55] Aggiornamento 2023 Delibera n. 605 del 19 dicembre 2023. L'Aggiornamento 2024 è stato aperto alla consultazione tra dicembre 2024 e gennaio 2025 ed è attualmente in via di pubblicazione.

ISSN 2036-7821

Un primo esempio è il rapporto con la trasparenza: l'intelligenza artificiale può ottimizzare la gestione, l'analisi e l'accessibilità dei dati pubblici, semplificando l'individuazione di anomalie o comportamenti sospetti. Si tratta sostanzialmente di un modo per ridurre i tempi, affidando compiti ripetitivi, come ad esempio analizzare ampi *data-set*, a un'intelligenza artificiale[56].

In questa direzione si inserisce la Piattaforma Unica della Trasparenza, attualmente in sviluppo da ANAC in collaborazione con il CNR, che prevede l'impiego di tecnologie di intelligenza artificiale per il recupero e l'analisi delle informazioni pubblicate dalle amministrazioni.

Ma soprattutto, facilitare la trasparenza vuol dire incentivare il monitoraggio civico: l'intelligenza artificiale rappresenta, infatti, un potente strumento per incentivare la partecipazione attiva dei cittadini e migliorare la trasparenza nei processi decisionali.

Un esempio significativo è rappresentato dal cosiddetto *botivism*, una pratica che utilizza *chatbot* e algoritmi intelligenti per mobilitare le persone, facilitare il dialogo con le istituzioni e sensibilizzare su tematiche di interesse pubblico. Grazie a strumenti basati sull'intelligenza artificiale, i cittadini possono accedere facilmente a informazioni complesse e frammentate, ricevendo spiegazioni chiare e personalizzate sui processi amministrativi e sulle politiche pubbliche. Questi strumenti possono anche automatizzare la raccolta di segnalazioni, *feedback* e proposte, rendendo il processo partecipativo più inclusivo e accessibile[57].

Un esempio interessante dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale nel monitoraggio civico è rappresentato dal *bot Rosie*, sviluppato in Brasile nell'ambito della *Operação Serenata de Amor*. Il *bot* era un sofisticato strumento basato su algoritmi di *machine learning*, progettato per esaminare le spese dei parlamentari brasiliani, incrociarle con dati provenienti da altre fonti, come ad esempio la presenza al Congresso, il catasto, e anche piattaforme come Google, Four Square e Yelp. L'obiettivo era evidenziare potenziali irregolarità, fenomeni di assenteismo o sprechi nell'utilizzo di fondi pubblici. Quando *Rosie* individuava l'anomalia, il sistema generava automaticamente un *tweet* che segnalava il problema e invitava i *follower* a verificare e controllare l'informazione. Questo approccio non solo rendeva più trasparente l'attività di monitoraggio, ma stimolava altresì una partecipazione dal basso, coinvolgendo i cittadini nell'analisi e denuncia di irregolarità. Si trattava quindi di un esempio

[56] Come scrivono N. KÖBIS, C. STARKE, I. RAHWAN, *Artificial Intelligence as an Anti-Corruption Tool (AI-ACT) Potentials and Pitfalls for Top-down and Bottom-up Approaches*, in *Computer Science*, 2021, p, 6, il ricorso agli strumenti di intelligenza artificiale è un modo per porre "transpsarency in action".

[57] S. SAVAGE, A. MONROY-HERNANDEZ, T. HÖLLERER, *Botivist: Calling Volunteers to Action using Online Bots*, in *Proceedings of the 19th ACM Conference on Computer-Supported Cooperative Work & Social Computing*, 2016, pp. 813 – 822; J.J. GEORGE, D.E. LEIDNER, *From clicktivism to hacktivism: Understanding digital activism*, in *Information and Organization*, 2019, 29, 3, pp. 1471-7727.

ISSN 2036-7821

innovativo e interessante di come le tecnologie più avanzate possano integrarsi con l'attivismo civico per promuovere trasparenza e integrità. Nonostante il sistema funzionasse bene sotto il profilo meramente tecnico, si sono riscontrate alcune criticità. In particolare, i dati generati dal *bot* non erano considerati strumenti probatori adeguati e sufficienti per avviare procedimenti legali. Ciò impediva quindi che le eventuali anomalie rilevate potessero tradursi in azioni concrete e successivi controlli da parte delle autorità competenti[58]. Inoltre, il rischio di diffondere segnalazioni inesatte o non contestualizzate ha sollevato dubbi sull'affidabilità del sistema e sulla sua capacità di operare in modo responsabile ed equo. Questi problemi hanno portato alla disattivazione di *Rosie*, ma l'esperienza rappresenta comunque un caso di studio significativo[59]. Ha dimostrato il potenziale dell'intelligenza artificiale nel promuovere la trasparenza e l'impegno civico, evidenziando al contempo la necessità di garantire che tali strumenti siano accompagnati da un'adeguata *governance* e integrazione con i processi istituzionali. Progetti simili potrebbero trarre vantaggio da una maggiore collaborazione con le istituzioni pubbliche, dalla definizione di standard di qualità per i dati utilizzati e dalla creazione di meccanismi per trasformare le segnalazioni in interventi concreti e verificabili. L'esperienza di *Rosie* dimostra, infatti, che per sfruttare appieno il potenziale dell'intelligenza artificiale nel monitoraggio civico, è fondamentale che ci sia un equilibrio tra innovazione tecnologica, trasparenza e solidità giuridica, per evitare che le tecnologie si limitino a un ruolo puramente simbolico o marginale.

5. L'intelligenza artificiale per la misurazione del rischio di corruzione.

Fondamentale è il ruolo degli algoritmi nei sistemi di rilevazione e misurazione del rischio di corruzione, che stanno aprendo la strada a tecniche predittive sempre più sofisticate e mirate[60] e in questo ambito ci sono già delle sperimentazioni interessanti. Attraverso l'analisi avanzata di grandi quantità di dati (*big data analytics*), i sistemi basati su intelligenza artificiale e *machine learning* possono identificare schemi, anomalie e comportamenti ricorrenti che potrebbero indicare situazioni a rischio corruttivo.

Un esempio interessante è quello dell'Agenzia delle Entrate che, nei controlli sulla

[58] Cfr. A. MATTONI., *The grounded theory method to study data-enabled activism against corruption: Between global communicative infrastructures and local activists' experiences of big data*, in *European Journal of Communication*, 2020, 35(3), pp. 265-277.

[59] F. ODILLA, *Bots against corruption: Exploring the benefits and limitations of AI-based anti-corruption technology*, in *Crime, Law and Social Change*, 80, 2023, pp. 353-396.

[60] F. SBICCA, *La misurazione del rischio di corruzione negli appalti*, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, Trimestrale della Svimez, n. 3-4/2023, pp. 549-600; F. MERENDA, *Legalità, algoritmi e corruzione: le tecniche di intelligenza artificiale potrebbero essere utilizzate nel e per il sistema di prevenzione della corruzione?*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2022, 4, 2, p. 26.

ISSN 2036-7821

situazione reddituale e sulle posizioni contributive, ha introdotto un algoritmo denominato VE.RA (Verifica Rapporti finanziari) per valutare il rischio di evasione associato ad ogni singolo contribuente[61]. L'algoritmo, addestrato grazie all'uso di dati storici incrociati con altri dati già in possesso dell'Agenzia (ad esempio dati immobiliari, finanziari, conti correnti, fatture elettroniche, mezzi elettronici di pagamento), produce degli indicatori utilizzabili per indirizzare l'attività di accertamento[62]. Appare evidente quindi come dall'algoritmo non derivi direttamente una decisione, o l'emanazione di un provvedimento nei confronti del contribuente "attenzionato", ma viene solo indirizzata un'attività di accertamento (svolta dall'uomo) per le posizioni che presentano un più alto rischio di evasione.

Datacros, strumento cofinanziato dalla Commissione europea e dal Centro di ricerca Transcrime, dell'Università Cattolica del Sacro Cuore[63] rappresenta un interessante utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito della prevenzione delle frodi. Si tratta di un sistema per supportare le indagini sui crimini finanziari utilizzando una vasta gamma di indicatori di rischio per rilevare anomalie negli assetti proprietari delle imprese, potenziali segnali di rischio di riciclaggio, collusione o corruzione. Realizzato nel 2019, oggi è in via di sviluppo una terza versione maggiormente potenziata e migliorata, Datacros III, che introduce nuove funzioni di analisi, quali modelli di rilevamento basati sul *machine learning*, analisi di informazioni testuali tramite NLP, elaborazione delle immagini. Lo strumento è utilizzato da diverse istituzioni pubbliche dell'UE (autorità anticorruzione e della concorrenza, unità informative finanziarie, forze dell'ordine) ma anche da giornalisti investigativi per condurre con successo indagini su reati finanziari[64].

In Spagna, l'utilizzo di *machine learning* supervisionato ha supportato la *Intervención*

[61] Decreto 28 giugno 2022 del Ministero dell'Economia delle Finanze riguardante l'algoritmo antievasione che si fonda sulla legge 160 del 2019 che autorizza per l'analisi del rischio l'utilizzo di tecnologie e interconnessioni con altre banche dati. Si guardi anche il parere del Garante della Privacy del 30 luglio 2022, che ha disposto l'anonimizzazione e minimizzazione dei dati: ciò implica che, se nella fase preliminare non emerge alcuna anomalia indicatrice di un rischio di evasione, i funzionari dell'Agenzia delle Entrate non potranno conoscere i nomi dei contribuenti su cui sono state fatte le verifiche. Inoltre, tanto l'Agenzia delle Entrate, quanto la Guardia di Finanza, potranno trattare esclusivamente dati personali indispensabili al raggiungimento delle finalità di analisi del rischio di evasione. Cfr. Garante Privacy, *Valutazione di impatto sulla protezione dati relativa al trattamento "Analizzare rischi e fenomeni evasivi/elusivi tramite l'utilizzo dei dati contenuti nell'Archivio dei rapporti finanziari e l'incrocio degli stessi con le altre banche dati di cui dispone l'Agenzia delle entrate"- Articolo 1, comma 684, della legge 27 dicembre 2019, n. 160*.

[62] Cfr. I. ALBERTI, *La partecipazione procedimentale per legittimare gli algoritmi nel procedimento amministrativo*, in R. CAVALLO PERIN (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, p. 292.

[63] https://www.transcrime.it/progetti/datacros-iii/.

[64] Cfr. A. BOSISIO, M. JOFRE, *Investigating High-Risk Firms: A Machine Learning-Based Approach to Cross-Border Ownership Data*, in *European Law Enforcement Research Bulletin*, Special Issue, 2023; A. BOSISIO, C. CARBONE, M. JOFRE, M. RICCARDI, S. GUASTAMACCHIA, *Developing a tool to assess corruption risk factors in firms' ownership structures*, Milano, 2021.

ISSN 2036-7821

General de la Administración del Estado nell'identificazione di frodi e casi di corruzione, utilizzando casi accertati come dati di addestramento. Questo metodo ha permesso al modello di apprendere e riconoscere schemi complessi e anomalie nei finanziamenti pubblici indicativi di frode[65].

Altre sperimentazioni interessanti vengono dal Brasile: il *bot Alice* (*Análise de Licitações e Editais*), realizzato dalla *Controladoria-Geral da União*, ad esempio, nell'ambito degli appalti, analizza giornalmente le offerte allo scopo di rilevare *red flag* che possono indicare un rischio di corruzione. L'algoritmo nel 2023 ha esaminato ben 190.923 acquisizioni sui principali portali di appalti pubblici, e identificato più di 200 irregolarità che hanno dato seguito a controlli più approfonditi, contribuendo così a prevenire frodi e risparmiare denaro pubblico[66]. Anche *Agata* (*Aplicação Geradora de Análise Textual com Aprendizado*), *bot* sviluppato dal *Tribunal das contas da Uniao* (la Corte dei conti Federale brasiliana) fornisce un importante contributo alla prevenzione della corruzione, tramite un'analisi dei testi dei documenti relativi agli appalti per individuare anomalie che possono indicare un rischio di corruzione.

Un sistema simile, basato sui *Large Language Models* (LLMs) è in uso all'OLAF, Ufficio Europeo Antifrode, per individuare un linguaggio sospetto nelle e-mail e procedere quindi a successivi controlli.

Infine, un caso particolarmente interessante è il *bot Mara*, sviluppato sempre dalla *Controladoria-Geral da União*, in Brasile, che utilizza degli algoritmi di apprendimento automatico per valutare il rischio di corruzione basandosi su dati quali le modalità di ingresso nella pubblica amministrazione (concorso o nomina politica), le affiliazioni politiche, precedenti penali, relativi a funzionari pubblici che sono stati precedentemente condannati per corruzione. Si tratta di una sperimentazione che solleva però alcuni dubbi e interrogativi perché può rafforzare *bias* e pregiudizi, e forse anche poco efficace, dato che si basa esclusivamente su dipendenti già condannati, tralasciando tutta la cifra oscura[67].

Obiezioni simili riguardano l'algoritmo utilizzato dal 2013 dal *Belastingdienst*, l'Autorità Fiscale Olandese, per individuare frodi nell'ambito delle richieste di sussidi famigliari. Basandosi su indicatori di rischio quali la doppia nazionalità o il reddito basso, tale algoritmo non solo ha creato vere e proprio liste nere alimentate da pregiudizi e stereotipi, ma ha violato la normativa sulla *privacy* a causa di queste

[65] OECD, *Generative AI for anti - corruption and integrity in Government. Taking stock of promise, perils and practice*, in *OECD Artificial Intelligence Papers*, 2024, 12, p. 15.

[66] Cfr. W. MENKE, R. GOMES, F. XAVIER, *Impacts of AI-based anti-corruption audits on risk aversion in decision-making: a case study of the Brazilian ALICE tool*, in *Global Public Policy and Governance*, 2024, 4, pp. 273-286.

[67] N. KÖBIS, C. STARKE, I. RAHWAN, *The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption. Nature Machine Intelligence*, 2022, 4, pp. 418–424; F. ODILLA, *Unfairness in AI Anti-Corruption Tools: Main Drivers and Consequences*, in *Mind and Machines*, 2024, pp. 28-63.

ISSN 2036-7821

profilazioni non autorizzate e, producendo decisioni errate, ha concretamente danneggiato gruppi più vulnerabili con conseguenze molto gravi[68]. Per questi motivi il modello di classificazione del rischio è stato ritirato, e nel 2020 l'*Autoriteit Persoonsgegevens* (Autorità per la protezione dei dati personali) ne ha accertato l'illegittimità per trattamento inadeguato e discriminatorio di dati.

6. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito del whistleblowing.

Un altro ambito di applicazione cruciale dell'intelligenza artificiale riguarda il *whistleblowing*, la segnalazione di illeciti, istituto fondamentale per aumentare la capacità delle amministrazioni di scoprire e quindi prevenire la corruzione[69], ma che ancora oggi incontra una serie di resistenze soprattutto di ordine culturale[70].

Anche in questo contesto l'intelligenza artificiale può svolgere un ruolo fondamentale, ad esempio nel supportare piattaforme sempre più sicure e nell'implementare sistemi di crittografia avanzata in modo da garantire la sicurezza e l'anonimato dei segnalanti[71].

---

[68] Si veda la relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta intitolata espressamente "Un'ingiustizia senza precedenti". Cfr. Verslag - Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, 2020.

[69] Per un excursus sull'evoluzione dell'istituto nel nostro ordinamento, si veda ad esempio E. CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione*, in *Munus*, 2023, 2, pp. 319-348; D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, Milano, 2023, G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Acireale, 2011; L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Lavoro, Diritti, Europa, LDE*, 2020, 2, pp. 1-16; N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Lavoro, diritti, Europa*, 2, 2020, pp. 1-29; G. COSSU, L. VALLI, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in *Federalismi.it*, 2023, 19, pp. 155-185; V.M. DONINI, *Il decreto legislativo 24/2023: reale innalzamento delle tutele del whistleblower oppure un'occasione mancata? Un'analisi critica e comparatistica*, in *Lavoro Diritti Europa, 3*, 2024, pp. 1-20; F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, in *Diritto penale e processo*¸ 2018, pp. 475-485.

[70] Cfr. sul punto E. CEVA e M. BOCCHIOLA, *Personal Trust, Public Accountability, and the Justification of Whistleblowing*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2018, 27, pp. 187-206; R. NADER, K. BLACKWELL, P. PETKAS, *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, New York, 1972; K. KENNY, *Whistleblowing: Toward a New Theory*, Cambridge, 2019; R. CANTONE, *Il dipendente pubblico che segnala illeciti. Un primo bilancio sulla riforma del 2017*, in *Sistema penale*, 2020, pp. 1-20; V.M. DONINI, V. LOSTORTO, N. ZAMARO, *Formare per trasformare: l'impatto trasformativo della formazione sulla prevenzione della corruzione. Prime riflessioni*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2022, 4, pp. 244-268; V.M. DONINI, *La tutela del* whistleblower *tra etica e pragmatismo. La logica premiale del diritto statunitense: un modello da seguire?*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2022, 1, pp. 216-242; V.M. DONINI, *Whistleblowing: atto di eroismo o banalità del bene? Pregiudizi, resistenze e sfide per il futuro*, in V.M. DONINI (a cura di), *Whistleblowing e cultura dell'integrità: riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, SNA, 2023, pp. 315-335; M.G. PACILLI, *Il whistleblowing nelle organizzazioni: una lettura psicosociale per la sua comprensione e promozione*, in V.M. DONINI, *op. cit.*, pp. 235-244; A. VANNUCCI, *Costi e benefici morali del whistleblowing. Uno schema analitico e le implicazioni di policy*, in V.M. DONINI, *op. cit.*, pp. 219-238.

[71] Cfr. D. STAUFER, F. PALLAS, B. BERENDT, *Silencing the Risk, Not the Whistle: A Semi-automated Text Sanitization Tool for Mitigating the Risk of Whistleblower Re-Identification*, in *FAccT'24: Proceedings of the 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, New York, 2024, pp. 733-745.

ISSN 2036-7821

Grazie all'intelligenza artificiale, è possibile sviluppare piattaforme di *whistleblowing* che siano in grado non solo di proteggere l'identità del segnalante, ma anche di analizzare e classificare le segnalazioni in modo automatizzato ed efficiente. Sistemi avanzati di *machine learning* possono analizzare i contenuti delle segnalazioni per identificare rapidamente i casi più critici, evidenziare anomalie o correlazioni tra diverse segnalazioni e assegnare priorità alle indagini. Strumenti di intelligenza artificiale possono essere utilizzati per elaborare le segnalazioni, procedendo alla creazione di riepiloghi o sintesi, categorizzazione automatica, o per estrarre i dati fondamentali[72]. Questo consente alle organizzazioni di rispondere più tempestivamente alle denunce e di ottimizzare le risorse destinate ai controlli.

Inoltre, tenuto conto del rischio di ritorsioni connesse al *whistleblowing*, l'intelligenza artificiale può aiutare a monitorare eventuali cambiamenti nei comportamenti o nelle condizioni lavorative dei segnalanti in seguito a una segnalazione, evidenziando possibili azioni discriminatorie o punitive. Ad esempio, algoritmi di analisi dei dati aziendali possono rilevare variazioni ingiustificate nella retribuzione, assegnazioni lavorative o valutazioni di *performance*, consentendo di intervenire rapidamente per tutelare il segnalante.

L'utilizzo degli strumenti di intelligenza artificiale nel contesto del *whistleblowing* può contribuire anche in un'ottica di sempre maggiore inclusività e accessibilità. Ad esempio, la traduzione automatica dei *file* audio rappresenta un importante risorsa per chi ha difficoltà nell'utilizzo di modalità scritte di comunicazione. Inoltre, la traduzione automatica da e verso lingue diverse non solo amplia il bacino d'utenza che può accedere alle piattaforme, ma rafforza anche il principio di equità, assicurando l'accessibilità delle piattaforme *whistleblowing* alle minoranze linguistiche.

Un ulteriore aspetto innovativo, ma non privo di implicazioni etiche e pratiche, è rappresentato dall'uso di *chatbot* per gestire i primi contatti con i segnalanti. Tali *chatbot*, basati su algoritmi di elaborazione del linguaggio naturale (*natural language processing*), potrebbero guidare il segnalante nella raccolta iniziale delle informazioni, offrendo assistenza continua e riducendo i tempi di attesa. Questo approccio, pur garantendo un primo livello di interazione automatizzato, dovrebbe sempre prevedere una verifica successiva da parte di un operatore umano, sia per

[72] K. ZOUVIA, *Artificial Intelligence and Whistleblowing: Can A.I. be useful for Whistleblowing processes?*, CEUR Workshop Proceedings, 2020; D. MITUTOIU, *Integrity Whistleblower from the Perspective of Artificial Intelligence*, in *Research and Science Today*, 2024, 2, pp. 85-91. Per prime sperimentazioni in questo senso: N. ALI, T. RUSMANTO, *The Effect of Adoption of Artificial Intelligence as Whistleblowing Practice with the Unified Theory of Acceptance and Use of Technology (UTAUT) Approach: A Case Study on Auditors in DKI Jakarta*, in Proceedings of the 2nd Indian International Conference on Industrial Engineering and Operations Management Warangal, Telangana, India, August 16-18, 2022, pp. 1706-1714.

ISSN 2036-7821

approfondire i dettagli della segnalazione, sia per rafforzare il rapporto di fiducia con il segnalante[73].

Tuttavia, non si possono ignorare le implicazioni di un simile sistema. Affidare a un *chatbot* i primi contatti con i segnalanti potrebbe sollevare problemi: è fondamentale che i *chatbot* siano progettati con attenzione, in modo da evitare risposte standardizzate o poco empatiche, che potrebbero scoraggiare i segnalanti o minare la fiducia nel sistema.

7. Digitalizzazione e intelligenza artificiale nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

Attualmente, il ricorso all'intelligenza artificiale nel nostro ordinamento è previsto esplicitamente solo nell'ambito del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2003) che, anche in conformità a quanto previsto dal PNRR[74], parte dal presupposto che tutto il ciclo di vita dei contratti pubblici debba necessariamente essere digitalizzato.

Come evidenziato chiaramente dall'ANAC, la digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti rappresenta sicuramente un'efficace misura di prevenzione della corruzione, poiché garantisce "maggiore trasparenza, tracciabilità, partecipazione e controllo diffuso delle attività delle amministrazioni pubbliche[75]".

Per raggiungere questi obiettivi, tuttavia, è necessario che la digitalizzazione investa ogni fase del processo contrattuale: dalla programmazione, con l'assegnazione del Codice Unico di Progetto (CUP), all'attribuzione del Codice Identificativo di Gara (CIG), fino alla conclusione e all'esecuzione del contratto. Solo così sarà possibile assicurare che i dati relativi all'intero ciclo di vita dei contratti siano veramente "nativi digitali". Questo approccio consentirà di migliorare significativamente la qualità e la completezza delle informazioni disponibili, oltre ad acquisire nuovi dati, attualmente assenti o raccolti in modo frammentario nella Banca Dati Nazionale dei

[73] L. GAO, *Technology Advancements for Whistleblowing Reporting Platforms and Employees' Decision to Blow the Whistle*, in *Accounting and the Public Interest*, 2020, 20, pp. 172–192. In questo studio viene dimostrato che la presenza di un assistente virtuale incentiva il whistleblower a utilizzare la piattaforma informatica perché viene considerato indicativo di una maggiore serietà ed efficienza. A conclusioni diverse è arrivato invece lo studio di K. SCHEER, T. RABL, N.C. KÖBIS, *AI-Based Software as Anti-Corruption Agent and Its Influence on Employees' Likelihood of Whistleblowing*, in *Academy of Management annual meeting proceedings*, 2022, 1. Ma si consideri anche l'ipotesi, ancora più distopica, di whistleblower non umani. Cfr. D. KAFTERANIS, *Can artificial intelligence replace whistle-blowers in the business sector*, in *International Journal of Technology Policy and Law*, 2019, 3, 2, pp. 160-171; V. BRAND, *Corporate Whistleblowing, Smart Regulation and RegTech: The Coming of the Whistlebot?*¸in *UNSW Law Journal*, 2020, 43, 3, pp. 801-826.

[74] PNRR, M1C1-75. Per un'evoluzione del modello relativo alla disciplina dei contratti pubblici, cfr. E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2022, pp. 641-665; S. CURTI, *Da Milano a Genova. Corrotti e corruttori da Tangentopoli a oggi*, Bologna, 2024.

[75] ANAC, *Relazione annuale 2023, Camera dei Deputati. Roma, 14 maggio 2023*, p. 84.

ISSN 2036-7821

Contratti Pubblici (BDNCP). Una digitalizzazione integrale e strutturata rappresenta, quindi, un passaggio cruciale per rendere il sistema degli appalti più trasparente, efficiente e sicuro.

Particolarmente rilevante ai fini di questa breve analisi, è il fatto che nel concetto di digitalizzazione, è ricompreso anche il ricorso all'intelligenza artificiale, come previsto espressamente dall'art. 30 del Codice degli appalti, rubricato "Uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici". Ai sensi del comma 1, infatti, nell'ottica di migliorare l'efficienza, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti "provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia".

Si tratta di una disposizione molto innovativa, la prima norma italiana a fare riferimento all'intelligenza artificiale[76], anche se per il momento sembrerebbe limitarsi ad una mera dichiarazione di apertura nei confronti di questi strumenti, visto l'inciso "ove possibile", e sembrerebbe quindi lasciare spazio a future specificazioni di dettaglio.

È anche vero però, che se *prima facie* si potrebbe ipotizzare un utilizzo dell'intelligenza artificiale soprattutto nella fase istruttoria degli appalti, in particolare nella valutazione delle offerte tecniche, e nella eventuale fase di verifica delle anomalie[77], tale norma, solo apparentemente deve essere circoscritta all'ambito degli appalti. Si può ipotizzare, infatti, che questa possieda "una *vis* espansiva che può andare ben oltre l'ambito della contrattualistica pubblica e riguardare tutta l'attività amministrativa[78]", che in un futuro non troppo remoto sarà profondamente trasformata dall'uso massivo dell'intelligenza artificiale.

---

[76] Cfr. D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione,* cit., p. 8.

[77] Cfr. M. BARBERIO, *L'uso dell'intelligenza artificiale nell'art. 30 del d.lgs. 36/2023 alla prova dell'AI Act dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2023, p. 254. È vero, infatti, che con l'analisi dei dati relativi agli appalti pubblici, incrociati con altre informazioni di carattere economico e sociale grazie a specifici algoritmi, si possono evidenziare anomalie come affidamenti reiterati a un singolo fornitore, offerte con ribassi eccessivi o aggiudicazioni che presentano *pattern* sospetti, come la concentrazione in determinate aree geografiche o in specifici periodi di tempo. Tali strumenti non solo consentono di individuare potenziali episodi di corruzione, ma permettono anche di assegnare un punteggio di rischio alle procedure amministrative, orientando i controlli verso le situazioni più problematiche.

[78] A. CORRADO, *I nuovi contratti pubblici, intelligenza artificiale e blockchain: le sfide del prossimo futuro*, in *Federalismi.it*, 2023, 19, p. 132. Cfr. B.G. MATTARELLA, B. MARCHETTI, *La digitalizzazione dei contratti pubblici nel nuovo codice*, Torino, 2024; R. CAVALLO PERIN, M. LIPARI, G.M. RACCA (a cura di) (2024), *Contratti pubblici e innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, Napoli, 2024; D.-U. GALETTA, *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e Pubbliche Amministrazioni: il nuovo Codice dei contratti pubblici e le sfide che ci attendono*, in *Federalismi.it*, 2023, 12, pp. IV-XIV; G. FONDERICO (a cura di), *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Venezia, 2024; M.C. POLLICINO, *I principi di digitalizzazione nei contratti pubblici. Le maggiori novità, le criticità e i punti di forza della nuova tecnica legislativa per principi nel digitale*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2024, 3, pp. 1178-1192.

ISSN 2036-7821

In un'ottica di totale trasparenza, il secondo comma introduce delle disposizioni dirette a garantire un controllo efficace e una comprensione profonda delle soluzioni tecnologiche adottate: nell'acquisto e sviluppo di queste piattaforme, le stazioni appaltanti dovranno infatti assicurare la piena disponibilità del codice sorgente, della documentazione correlata, e di ogni altro elemento utile a comprenderne le logiche di funzionamento. Ciò è fondamentale non solo per favorire una maggiore trasparenza, ma anche per consentire una supervisione tecnica e giuridica che possa prevenire potenziali abusi o inefficienze. Sempre in questa prospettiva, la norma impone l'inserimento di specifiche clausole negli atti di indizione delle gare. Tali clausole dovranno prevedere obblighi contrattuali per assicurare servizi di assistenza e manutenzione necessari per affrontare tempestivamente eventuali errori o anomalie, e per gestire correttamente potenziali effetti indesiderati derivanti dall'automazione.

Inoltre, l'utilizzo e l'elenco dettagliato di tali tecnologie, come precisato dal quinto comma, dovrà essere reso noto, tramite pubblicazione nella sezione amministrazione trasparente del sito istituzionale.

Il terzo comma risulta particolarmente rilevante, in quanto, per la prima volta nel nostro ordinamento, viene considerato l'utilizzo dell'intelligenza artificiale non solo come strumento per automatizzare le attività della PA, ma anche per assumere decisioni, e questo, ovviamente, apre tutta una serie di interrogativi, non solo sotto il profilo giuridico, ma anche etico. In primo luogo occorre, infatti, domandarci, se un algoritmo possa decidere al posto dell'uomo e, in secondo luogo, se una decisione algoritmica possa considerarsi più imparziale rispetto a quella umana[79].

Per quanto riguarda il primo punto, come precisato dal terzo comma dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, il ricorso a una decisione automatizzata è legittimo solo se vengono rispettati i già citati principi fondamentali della legalità algoritmica: il principio di conoscibilità e comprensibilità, il principio di non esclusività della decisione algoritmica e il principio di non discriminazione algoritmica[80]. Questi principi servono da contrappesi indispensabili per bilanciare l'efficienza e l'innovazione introdotte dall'automazione con la tutela dei diritti fondamentali, la trasparenza amministrativa e il controllo democratico. D'altronde, richiamare questi principi è importante perché, anche se al momento nella pubblica amministrazione vengono utilizzati prevalentemente algoritmi semplici o condizionali (utilizzati per il confronto automatico di alcuni parametri caratterizzanti le offerte), non si può escludere che in futuro si potranno applicare algoritmi di apprendimento sempre più

[79] Cfr. M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 16, pp. 1-22.

[80] Vedi *supra*.

ISSN 2036-7821

complessi, che porranno questioni etiche sempre più sofisticate[81].

Come specificato dal quarto comma dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono quindi adottare misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori, nonché di impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della nazionalità, dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione, delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dei caratteri somatici, dello status genetico, dello stato di salute, del genere o dell'orientamento sessuale.

Solo qualora vengano pienamente rispettate queste tre regole, "la scelta della automatizzazione è non solo legittima ma preferibile in quanto meglio in grado di assicurare l'efficienza dell'azione pubblica e il raggiungimento del risultato[82]". E anche in questo caso è opportuno ribadire che questi principi, già estrapolati dal GDPR, non restano circoscritti all'ambito della digitalizzazione dei contratti pubblici, ma sono altresì applicabili a tutta la materia della *amministrazione artificiale* o *nuova amministrazione*[83].

Per quanto riguarda il secondo punto, cioè se una decisione algoritmica possa considerarsi più imparziale di una decisione umana, occorre fare una serie di considerazioni.

In prima battuta si potrebbe rispondere affermativamente, dal momento che un'intelligenza artificiale non è influenzabile da relazioni, interessi secondari o aspettative a differenza dell'essere umano, che è naturalmente esposto a queste interferenze. La letteratura in campo comportamentale conferma che le persone tendono a piegare le regole morali a proprio beneficio soprattutto quando la ricompensa è potenzialmente alta, oppure si trovano in una situazione di pressione[84] derivante da urgenza (poco tempo per decidere[85]), ansia[86], o, soprattutto, vincoli di

[81] F. CONTE, *l ruolo del principio di risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente. Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo*, 2024, 3, pp. 1290-1325.

[82] E. CARLONI, *Dalla legalità algoritmica alla legalità (dell'amministrazione) artificiale. Premesse ad uno studio*, in *Rivista Italiana di Informatica e diritto*, 2, 2024, p. 8; cfr. anche E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in *Diritto Amministrativo*, 2020, 2, pp. 273-304.

[83] E. CARLONI, *Dalla legalità*, cit., p. 9.

[84] Cfr. M. LEIB, N.C. KÖBIS, I. SORAPERRA O. WEISEL, S. SHALVI, *Collaborative Dishonesty: A MetaStudy*, in *Psychological Bulletin*, 2021, pp. 1241-1268; N.C. KÖBIS, B. VERSCHUERE, Y. BEREBY-MEYER, D. RAND, S. SHALVI, *Intuitive Honesty Versus Dishonesty: Meta-Analytic Evidence*, in *Perspectives on Psychological Science*, 2019, 14, pp. 778–796.

[85] Cfr. T. LOHSE, S.A. SIMON, K.A. KONRAD, *Deception under time pressure: Conscious decision or a problem of awareness?*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2018, pp. 31–42; S. SHALVI, O. ELDAR, Y. BEREBY-MEYER, *Honesty requires time (and lack of justifications)*, in *Psychological Science*, 2012, 23, pp. 1264–1270.

ISSN 2036-7821

natura sociale[87].

Tutti fattori che, se non influenzano in alcun modo la capacità di "decidere" di un algoritmo, intaccano invece la capacità dell'uomo di mantenere la linearità, imparzialità e integrità del processo decisionale. Si pensi in particolare ai vincoli di natura sociale di cui l'uomo si nutre, per definizione, a differenza dell'intelligenza artificiale, che non provando emozioni non ha (ma non avrebbe nemmeno bisogno di) relazioni.

Il tema delle relazioni sensibili (o della strumentalizzazione delle relazioni) che possono distrarre il decisore pubblico dall'assunzione di una decisione integra e imparziale è centrale quando si affronta la *vexata quaestio* del conflitto di interessi. Perché sono proprio le relazioni a indurre il decisore a ricambiare un piacere, a favorire un amico, a cercare la compiacenza di un superiore, a sfavorire un nemico. Ma se ovviamene la soluzione non può e non deve essere l'assenza di relazioni, dal momento che, come diceva il poeta John Donne, *no man is an island*[88], allora occorre gestire correttamente queste relazioni, attraverso un'ulteriore declinazione del principio di trasparenza, strumentale ad evitare che interessi secondari possano interferire nel perseguimento dell'interesse pubblico. Occorre quindi che siano palesate le relazioni che potrebbero in qualche modo indurre il decisore pubblico a compromettere l'integrità e trasparenza del suo processo decisionale, deviando l'azione amministrativa dai suoi fini istituzionali.

La trasparenza è, pertanto, un efficace antidoto alle degenerazioni che spesso trasformano un conflitto di interessi (situazione) in un comportamento corruttivo (comportamento)[89].

In questo contesto, diventa sicuramente rilevante il ruolo dell'intelligenza artificiale, proprio per facilitare l'emersione dei conflitti di interessi. Algoritmi avanzati possono, infatti, analizzare in tempo reale dati complessi relativi a incarichi, partecipazioni societarie, relazioni personali o professionali, identificando potenziali situazioni di incompatibilità o conflitto di interessi. Tali strumenti non solo rafforzerebbero la capacità preventiva delle istituzioni, ma contribuirebbero anche a una maggiore fiducia pubblica nei confronti dell'integrità delle decisioni

[86] M. KOUCHAKI, S. DESAI, *Anxious, threatened, and also unethical: How anxiety makes individuals feel threatened and commit unethical acts*, in *Journal of Applied Psychology*, 2015, pp. 360–375.

[87] Sull'impatto delle relazioni sulla natura umana, cfr. S. SHALVI, C.K.W. DE DREU, *Oxytocin promotes group-serving dishonesty*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences, USA*, 2014, pp. 5503–5507.

[88] J. DONNE, *No man is an Island*, 1624, che alla prima strofa recita: "No man is an island, Entire of itself; Every man is a piece of the continent, A part of the main".

[89] Si veda a questo proposito il modello di *policy* per l'emersione e gestione dei conflitti di interessi nelle pubbliche amministrazioni sviluppato dalla Comunità di pratica dei RPCT della Scuola Nazionale dell'Amministrazione, nell'ambito del Sesto Piano d'Azione Nazionale per il governo aperto. Cfr. https://sna.gov.it/home/attivita/comunita-di-pratica/comunita-di-pratica-per-rpct/buone-pratiche/.

ISSN 2036-7821

amministrative.

Accertata l'utilità strumentale dell'intelligenza artificiale per monitorare i conflitti di interessi e produrre quindi decisioni più integre e imparziali, rimane ancora aperta la questione dell'imparzialità di una decisione esclusivamente assunta dall'intelligenza artificiale.

È evidente che un algoritmo non ha relazioni, e di conseguenza non può subire, in astratto, alcuna interferenza di natura corruttiva, perché non è sottoposta ad alcuno stimolo "umano". Non ha legami, emozioni, relazioni, non genera aspettative, non apre crediti relazionali. Tuttavia, a dispetto dell'apparente imparzialità, è anche vero che la decisione algoritmica è predeterminata dai dati utilizzati. Ma i dati vengono forniti comunque da esseri umani che possono generare processi stereotipati o discriminatori, violando i principi fondamentali di trasparenza, uguaglianza, non discriminazione e rispetto dei principi costituzionali. Di conseguenza, se i dati utilizzati per addestrare un modello sono distorti o non rappresentativi, l'algoritmo apprenderà e riprodurrà pregiudizi e *bias* umani, secondo la regola del cosiddetto *garbage in, garbage out*: se i dati non sono corretti, il risultato finale non sarà corretto[90].

Ma non solo: oltre alla possibilità che chi progetta i sistemi di intelligenza artificiale possa trasmettere i propri *bias*, questi possono poi propagarsi anche per via tecnica; esiste quindi un rischio concreto di automazione della discriminazione, quando i sistemi di apprendimento automatico, anche in assenza di richieste esplicite o di *input* mirati alla discriminazione, producano risultati finali comunque discriminatori.

Non mancano esperienze concrete che confermano questa criticità.

Si considerino ad esempio le ricadute discriminatorie del sistema COMPAS (*Correctional Offender Managament Profiling for Alternative Sanctions*), algoritmo processuale applicato in via sperimentale negli Stati Uniti per prevedere il rischio di recidiva di un imputato, ma caratterizzato da un forte pregiudizio nei confronti degli imputati afroamericani[91]. Analoghe considerazioni sono applicabili al sistema di intelligenza artificiale utilizzato da OPTUM, servizio di cure sanitarie, sempre negli Stati Uniti, per prevedere quali pazienti avrebbero potuto avere necessità di cure mediche ulteriori: in questo caso venivano favoriti di fatto i pazienti bianchi. In Italia, il caso Deliveroo[92], ha fatto emergere le distorsioni generate dal ricorso all'algoritmo, quando si è accertato che *FRANK*, l'algoritmo utilizzato dalla

[90] Letteralmente: spazzatura dentro, spazzatura fuori.

[91] State vs. Loomis, 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016). Cfr. J. ANGWIN, J. LARSON, S. MATTU, L. KIRCHNER, *Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks*, in *ProPublica*, 2016. Vedi anche A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2019, 1, p. 87.

[92] Tribunale di Bologna, ordinanza 31 dicembre 2020. Cfr. D. TESTA, *La discriminazione degli algoritmi: il caso Deliveroo, Trib. Bologna, 31 dicembre 2020*, in *IusinItinere.it*, 26 gennaio 2021.

ISSN 2036-7821

piattaforma, aveva di fatto negato ai dipendenti la possibilità di cancellare eventuali sessioni di lavoro per l'esercizio di diritti costituzionali quali lo sciopero, o l'impossibilità di lavorare per malattia[93]: a fronte di queste cancellazioni l'algoritmo sanzionava illegittimamente il lavoratore penalizzando le sue statistiche di affidabilità. Di conseguenza, si generava una discriminazione indiretta, ponendo "una determinata categoria di lavoratori (quelli partecipanti ad iniziative sindacali di astensione dal lavoro) in una posizione di potenziale particolare svantaggio[94]".

Un altro ambito in cui la decisione dell'algoritmo può creare delle criticità è la selezione del personale nella pubblica amministrazione. L'articolo 35 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che disciplina il reclutamento del personale nel pubblico impiego, al comma 3, stabilisce che l'amministrazione può avvalersi di "sistemi automatizzati, finalizzati anche a realizzare forme di preselezione". Più specifico, l'articolo 10 del d.lgs. 28 maggio 2021, n. 76, che ha introdotto l'utilizzo di tecniche di intelligenza artificiale nelle procedure concorsuali, con l'obiettivo di garantire maggiore rapidità ed efficienza.

Si pensi, ad esempio, al caso delle attribuzioni di sedi per i docenti di scuola, decise da un algoritmo: nell'ambito del piano straordinario di assunzioni previsto dalla legge 107/2015, il MIUR aveva assegnato a un *software* elaborato da una società privata lo svolgimento dell'istruttoria e la formulazione dei provvedimenti finali, sostituendo di fatto il procedimento umano nell'individuare la sede spettante al singolo docente. Da questa sperimentazione sono derivati però una serie di contenziosi[95] che hanno messo in evidenza proprio le disparità di trattamento

[93] Come specifica l'Ordinanza, "in tutti questi casi il rider vede penalizzate le sue statistiche indipendentemente dalla giustificazione della sua condotta e ciò per la semplice motivazione, espressamente riconosciuta da Deliveroo, che la piattaforma non conosce e non vuole conoscere i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione".

[94] Tribunale di Bologna, ordinanza 31 dicembre 2020.

[95] La prima sentenza che si è occupata della questione è Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 14 febbraio 2017, n. 3769, in cui il giudice ha riconosciuto il diritto del destinatario della decisione algoritmica di accedere al codice sorgente del software usato dall'amministrazione per gestire le procedure di assegnazione delle sedi. Ma si veda anche il Tar Lazio, Roma, sez. III bis, 11 luglio 2018, n. 9230 che sempre nel caso della decisione algoritmica relativa all'attribuzione di sedi ai docenti, rilevava l'assenza "di una vera e propria attività amministrativa, essendosi demandato a un impersonale algoritmo lo svolgimento dell'intera procedura di assegnazione dei docenti alle sedi disponibili". Il Consiglio di Stato (sentenza n. 8472/2019) confermava, adducendo motivazioni diverse, l'illegittimità dei provvedimenti adottati dall'intelligenza artificiale. Analogamente, la già citata sentenza del Consiglio di Stato, n. 2270/2019, riformando il TAR Lazio, Roma, 1° dicembre 2016, n. 12026, pur riconoscendo gli indubbi vantaggi dell'uso dell'intelligenza artificiale, precisa che il software deve considerarsi come un atto amministrativo informatico, per cui non solo dev'essere conoscibile (in senso tecnico e come "regola giuridica") ma deve anche essere soggetto alla piena cognizione del giudice amministrativo. Di conseguenza il Consiglio di Stato dichiarava l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, per l'illogicità ed irrazionalità di una procedura che ha visto i collocati in posizione inferiore in graduatoria destinatari di provvedimenti di maggior favore, sia in ragione del fatto che le modalità poste a funzionamento del software impiegato non erano in nessun modo conoscibili. Cfr. M. TIMO, *Algoritmo e potere amministrativo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, p. 767. Vedi anche M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *op. cit.*, p. 10.

ISSN 2036-7821

effettuate dalla decisione algoritmica e la necessità del rispetto dei tre principi fondamentali.

In definitiva, l'esperienza conferma che, se da un lato l'adozione di sistemi automatizzati consente una maggiore rapidità nelle prove, nella correzione e nella formazione delle graduatorie, migliorando il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità, dall'altro non si possono ignorare i rischi di errori e discriminazioni. Un algoritmo, infatti, potrebbe non garantire pienamente il principio di parità, sia di genere che in altri ambiti, perpetuando o amplificando *bias* presenti nei dati di addestramento[96].

8. Considerazioni finali.

Sicuramente le nuove tecnologie e il ricorso all'intelligenza artificiale offrono e offriranno sempre di più in futuro enormi opportunità nell'ambito della prevenzione della corruzione, dal momento che tanto la discrezionalità quanto i processi decisionali saranno sempre più influenzati dagli algoritmi[97] e i decisori pubblici saranno sempre più dipendenti dai dati. E proprio sulla base di questi dati verranno assunte decisioni che inevitabilmente influenzeranno le vite delle persone, la loro *privacy*, la loro libertà. Il rischio di discriminazioni, quindi, è molto alto, dal momento che saranno i gruppi vulnerabili e marginalizzati a pagare i prezzi più alti in caso di errori[98], e di scelte sempre più inumane sia sotto il profilo tecnico (perché assunte da intelligenze artificiali), sia sotto il profilo contenutistico, perché sempre più mirate contro le categorie svantaggiate[99].

In quest'ottica occorre quindi fare ogni sforzo per minimizzare i rischi e prevenire i danni derivanti dall'uso dell'intelligenza artificiale: ad esempio, potrebbe essere utile immaginare una sorta di nuovo giuramento di Ippocrate da parte di tecnici ed esperti ispirato alle leggi della robotica di Asimov[100]. Altrettanto importante è anonimizzare

---

[96] Cfr. F. PIZZETTI (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

[97] Cfr. J.B. BULLOCK, *Artificial Intelligence, Discretion, and Bureaucracy*, in *The American Review of Public Administration*, 2019, 7, pp. 751-761.

[98] Si veda su questo tema, anche se limitato al caso statunitense, V. EUBANKS, *Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor*, New York, 2018. Cfr. anche C. NARDOCCI, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *La rivista "Gruppo di Pisa"*, 2021, 3, pp. 9-60; P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in AA.VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, pp. 457-466; M. PERUZZI, *Il diritto antidiscriminatorio al test di intelligenza artificiale*, in *Labour & Law Issues*, 2021, pp. 50-76.

[99] Sono scelte che "hide poverty from the professional middle-class public and give the nation the ethical distance it needs to make inhuman choices", V. EUBANKS, *op. cit.*, p. 13.

[100] I. ASIMOV, *Circolo vizioso* (1942) I. ASIMOV., *Io, Robot*, Milano, 2003, pp. 43 ss. Leggi che di fondo sono già state richiamate al Considerando T della Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 ("Norme di diritto civile sulla robotica"). Cfr. A. D'ALOIA, *Il diritto verso un mondo nuovo. Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *BioLaw Journal, Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, pp. 6 e ss. Vedi anche J.M. BALKIN, *The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data*, in *Faculty Scholarship Series*, 2017.

ISSN 2036-7821

e calibrare i documenti rimuovendo nomi, pronomi di genere e riferimenti a minoranze o categorie marginalizzate, oltre che diminuire in generale i pregiudizi attraverso attività di *data cleaning* e *debiasing*, per correggere eventuali errori iniziali.

In questo contesto appare evidente come promuovere un maggiore coinvolgimento della società civile nel monitorare attivamente i potenziali rischi e le discriminazioni che potrebbero emergere sia fondamentale[101]. Non solo tecnici e programmatori, infatti, ma anche consumatori e cittadini sono chiamati a cercare nei sistemi di intelligenza artificiale questi pregiudizi, ma ciò è possibile solo se viene assicurata la trasparenza degli algoritmi, per cui sono accuratamente documentati i dati utilizzati, le scelte di progettazione e i metodi di mitigazione dei *bias*.

Questo perché il contrasto al pregiudizio algoritmico non può essere ridotto a una mera questione tecnica, ma rappresenta una sfida complessa che coinvolge aspetti etici, sociali e giuridici.

Per garantire che l'intelligenza artificiale possa contribuire a una società più equa e inclusiva, e non amplifichi invece le disuguaglianze e discriminazioni esistenti, occorre quindi un approccio interdisciplinare che integri lo sviluppo di tecniche di mitigazione con l'implementazione di un quadro normativo rigoroso, oltre alla diffusione di una cultura dell'integrità, trasparenza e *accountability*, fondamentale per promuovere fiducia. Solo attraverso un impegno sistemico e coordinato si potrà cercare di colmare quel grande divario tra rivoluzione tecnologica e conseguimento degli obiettivi di giustizia sociale.

La mancanza di un adeguato quadro etico per la progettazione tecnologica ha permesso infatti che disuguaglianze e ingiustizie venissero perpetuate, anziché risolte: questo perché, come è noto, la tecnologia in generale non è neutrale[102] (come

[101] In questa direzione RESTA che sottolinea l'importanza di valorizzare la dimensione collettiva del controllo sugli algoritmi: "Ciò significa non soltanto sottolineare, come si è già fatto, che l'impatto potenzialmente distorsivo degli algoritmi sul piano richiede il concorso di diversi sotto-settori dell'ordinamento, e in primo luogo del diritto anti-discriminatorio, che va declinato in funzione del nuovo ecosistema digitale. Significa soprattutto potenziare il quadro dei rimedi di natura collettiva (come le azioni collettive promosse da enti non profit anche senza mandato preventivo da parte dei singoli) e affiancare alle tecniche di controllo individuale le iniziative del potere pubblico, valutando ad esempio l'introduzione di un'apposita autorità amministrativa indipendente che assommi le competenze frammentate tra le altre autorità per il settore del digitale". G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Forum Disuguaglianze Diversità – Materiali*, 2019, p. 237.

[102] Come scrive STRADELLA: "Ma perché la tecnologia, e l'AI in particolare, non possono essere neutri? Perché la mancanza di neutralità è propria dei dati: la circostanza stessa che un dato, o, meglio, un set di dati, rappresenti o meno qualcosa, già mette in discussione la presunta neutralità. L'astrattezza della scienza dei dati, che apparentemente trascende dai corpi, per così dire *body blind*, produce così quelle discriminazioni che lo stesso diritto, quando è stato costruito come indifferente ai corpi, alla materia, alle differenze presenti nell'umanità (basti pensare ai danni prodotti da un costituzionalismo che si è fondato sulla sua natura *colour-blindness*), ha generato, e per questa ragione il diritto è chiamato ad investigarla e indirizzarla". E. STRADELLA, *Stereotipi e discriminazioni: dall'intelligenza umana all'intelligenza artificiale*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, p. 395.

ISSN 2036-7821

non lo sono gli algoritmi[103]), ma al contrario riflette e rafforza le strutture di potere esistenti, creando e intensificando disparità sociali ed economiche[104]. Per questo occorre porre come priorità nello sviluppo delle intelligenze artificiali anche nell'ambito della prevenzione della corruzione, il rispetto dei diritti umani e il divieto di discriminazione.

D'altronde oggi l'intelligenza artificiale non è più una potenzialità, ma è una realtà con cui dobbiamo confrontarci: va studiata, compresa (e, se necessario, contenuta), semplicemente perché è già qui, nel nostro presente. Come il celebre scalatore George Mallory rispose quando gli chiesero perché scalare l'Everest – "Perché esiste" – anche l'intelligenza artificiale esiste e rappresenta una sfida ineludibile. Tuttavia, dobbiamo evitare che la nostra voglia di esplorare questa frontiera ci porti agli stessi rischi e ci faccia diventare vittime di un progresso incontrollato, come Mallory lo fu della montagna, o come l'Everest stesso è diventato vittima di un desiderio di conoscenza (o esperienza) eccessivo e privo di limiti. Sta a noi trovare il giusto equilibrio tra virtù e conoscenza, per affrontare questa sfida con responsabilità e lungimiranza.

[103] Cfr. T. GROPPI, *Alle frontiere dello stato costituzionale: innovazione tecnologica e intelligenza artificiale*, in *Consulta on line*, 28 settembre 2020, p. 679: "Algoritmi che non sono neutri, ma perseguono interessi, fini e ideologie programmati da chi li scrive, e che incidono sulla formazione delle opinioni politiche e del consenso democratico. Veri e propri poteri invisibili, di fronte ai quali il rischio di quella che è stata definita "dittatura algoritmica" si fa effettivo".

[104] Su questo tema cfr. anche il rapporto di Amnesty International, *Briefing: Gender and Human Rights in the Digital Age*, 2024, https://www.amnesty.org/en/documents/pol40/8170/2024/en/. Vedi anche M.T. NUSEIR, B.H. AL KURDI, M.T. ALSHURIDEH, H.M. ALZOUBI, *Gender Discrimination at Workplace: Do Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML) Have Opinions About It*, Cham, 2021; L. GIACOMELLI, *Big brother is «gendering» you. Il diritto antidiscriminatorio alla prova dell'intelligenza artificiale: quale tutela per il corpo digitale?*, in *BioLaw Journal*, 2019, pp. 269-297.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Administrative "official controls" of safety in the agri-food supply chain

di Giuseppina Lofaro

(Assegnista di ricerca *post-doc* di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi *Mediterranea* di Reggio Calabria)

Sommario

1. Introduction – 2. Regulatory historical-reconstructive profiles of public intervention in agri-food matters – 3. The system of "official" administrative controls on the agri-food supply chain in the light of the european regulation – 4. The preventive planning phase of food safety: the multi-year national control plan – 5. Administrative procedures for the "official control" of the agri-food supply chain between the proportionality and precautionary principles – 6. The institution of "administrative assistance" in the light of the european framework – 7. Final considerations.

Abstract

In application of the principle of precaution and in light of EU policy, each country in the European Union must have an effective system of controls defined as "official", addressed to verify and, where necessary, impose, the compliance of activities and products with the european legislation, along the whole agri-food chain. Control power constitutes the most important phase of the exercise of national administrative action on the agri-food supply chain. Administrative assistance is the institute that guarantees, within the scope of specific agreements, the participation of the competent authorities of a member State in official controls carried out by the competent authorities of another State of the European Union, in a collaborative perspective. The technical-legal analysis so far carried out provides an overview of the complex multilevel system around which, between the european legislation and internal administrative action, the official control activities over the agri-food chain are structured, highlighting the relevance of strengthening a systemic approach of coordination, eventually supported by the development of an agri-food administratrive law.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

The multifunctional agri-food sector is relevant from a legal-administrative point of view, both in relation to the food production system with its natural interconnections with human health protection and its effects on territories, landscapes and productive systems[1]. In fact, the agri-food sector is closely connected to the development issues of local communities, the rational exploitation of the land, the sustainable management of resources[2] and, last but not least, the preservation of biodiversity[3].

Therefore, the intervention of public authorities in the matter, spanning from the care of health interests to the regulation of productive and commercial activities, also covers environmental law *tout court* and the policies of territorial government[4].

The doctrine[5] has highlighted the connection between food chain regulation and environmental law, noting how both the transversal sectors are related to the relationship between man and nature with its transformations. In the current time of rapid technical-scientific innovation, in which an increasing regulatory support is needed for the protection of health, ecosystems and factors of production, the food factor plays a crucial role to connect, through the action of Public Administration, individual human welfare with agro-industrial economic well-being and, especially, with the collective one of ecological and social balance, as a primary factor for the development of the link between environment and society. The establishment of a conflicting or synergic relationship between the environment and nutrition depends

* The work was supported by the Next Generation EU - Italian NRRP, Mission 4, Component 2, Investment 1.5, call for the creation and strengthening of Innovation Ecosystems, building "Territorial R&D Leaders" (Directorial Decree n. 2021/3277) - project *Tech4You - Technologies for climate change adaptation and quality of life improvement*, n. ECS0000009, Spoke 3 - PP 3.4.3 -Action 5.

[1] M. SOLLINI, *Il sistema della sicurezza alimentare. Profili di diritto amministrativo*, dicembre 2023, *Nuovi problemi di amministrazione pubblica*, 1-352, especially 1-19.

[2] C. FILICETTI, *Analisi dello sviluppo sostenibile all'interno della filiera vitivinicola*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, fasc. n. 4/2024, in *www.amministrativamente.com*, 1769-1795.

[3] The protection of biodiversity is subjected to specific internal legal regulations within the Law 1 December 2015, n. 194, "Disposizioni per la tutela e la valorizzazione della biodiversità di interesse agricolo e alimentare" (*Provisions for the protection and valorization of biodiversity of agricultural and food interest*), introducing a series of innovative provisions for the protection and valorization of biodiversity of agricultural and food interest. As noted in the literature, the law n. 194/2015 represents a possible regulatory sphere of interaction between environmental law and food law; about it see C. NAPOLITANO, *Il bene alimentare: necessita` e sostenibilità*, in *Il diritto dell'economia*, 2021, 1, 173.

[4] A. FIORITTO, *Agricoltura*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, Parte Speciale, Vol. I, Milano, 2007, 25 ss.

[5] Cfr. G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione*, in *Riv. quad. dir. amb.*, 1/2015, 3 ss.; M. GNES, *Alimenti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, Parte speciale, Tomo I, Milano, 2007, 119 ss.

ISSN 2036-7821

entirely on the system's ability to actively respond to the dictates of sustainability[6] and integration. With respect to the environmental-ecological dimension in a sustainable perspective, the food system should guarantee a production compatible with the preservation of natural resources and biodiversity in the context of on-going climate change.

In this scenario, one of the most important objectives of public action concerns with "food safety"[7], which can be defined as the condition to which all people have access, economically and socially and materially, to foods that are safe, nutritious and sufficient to satisfy needs and preferences as well as to ensure an active and healthy human life[8]. The concept of food safety, which also permeates that of "food security"[9], referring to the need to have enough food and, therefore, safety of food availability, is precisely connected to the guarantee of hygiene and healthiness of foods, and therefore to the absence of risks for human health, and is understood both as toxicological and nutritional safety of food as well as information security[10] of the user regarding the characteristics of food and its traceability[11]. This more precise meaning of food safety involves the chain processes of food production, transformation, transportation and human consumption[12], which will be referred to

[6] Cfr. *funditus* F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 433 ss.; A. POLICE, *Il giudice amministrativo e l'ambiente: giurisdizione oggettiva o soggettiva?*, in vol. A.I.D.U n. 10., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Atti del primo colloquio di Diritto dell'ambiente - Teramo, aprile 2005 (a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI E A. POLICE), Milano, 2005, 297 ss.; G. TERRACCIANO, *La tutela dei beni ambientali; la gestione dei vincoli paesaggistici*, in *Gazzetta ambiente*, n. 4/5, 1995, 239 ss.

[7] I. MARKLINDER, V. WERSÉN, K. JAMES, *Food safety and healthcare professionals: The need for education and research*, in *Food Control*, vol. 171, 2025, 111118, in *https://doi.org/10.1016/j.foodcont.2024.111118*, also in *https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0956713524008351)*.

[8] Cfr. FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO), *The state of food insecurity*, Roma, 2001.

[9] V. PARISIO, *Food safety and quality law: a transnational perspective*, Torino, 2015, *passim*; M. RAMAJOLI, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, in *Amministrare*, 2015, 2-3, 271 ss.

[10] About the concept of security, in general, see G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà. Premesse per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Naples, 2010, especially 80 ss. The author distinguishes between "external security", referring to everything connected to protection from exogenous aggressions and dangers to a system, and "internal security", instead concerning with the endogenous risk factors to the community. The Author then specifies that security cannot only consist of defensive measures, but must also have a proactive character, in order to generate and guarantee the well-being of the community.

[11] P. OLSEN, M. BORIT, *The components of a food traceability system*, in *Trends in Food Science & Technology*, 2018, *passim*, *doi: 10.1016/j.tifs.2018.05.004.*

[12] About food safety, the implementation of Industry 4.0 technologies could lead to time and cost savings compared to traditional processes. The topic of digital transformation of the agri-food industry is of great interest nowadays. For example, various types of robots are used in the food industry to improve production and reduce labour. For instance, smart spectroscopic-based sensors have been developed to enhance food quality. The food processing sector is also becoming more familiar with the IoT and other associated technologies to reduce waste and costs. Furthermore, big data also offers many benefits, including food traceability and safety. Undoubtedly, there are still numerous challenges that companies need to face, but substantially the implementation of new Industry 4.0 technologies offer an interesting and sustainable approach to enhance food production from "farm to fork". This strategy, recently relaunched as a central element of the European Green Deal (see COMMUNICATION

ISSN 2036-7821

in this research work; all these processes have significant connections with human health protection functions.

Food safety[13] can be analyzed from different points of view. First of all, it can be seen according to the close connection with the sustainable development at global and local level. This connection runs in a twofold direction. On the one hand, there are the food production systems that take over for the polluting extent of certain intensive procedures and their impact on the environment and the animal world, i.e. the health crises caused by repeated spread of zoonoses; food production systems also stand out as causes of climate change, therefore requiring increasingly greater attention from the responsible authorities to ensure that food placed on the market is not unhealthy or contaminated. Conversely, the food sector also appears to be one of the most vulnerable by climate changes, extreme meteorological events[14], sea levels rise, progress of desertification, drought and land salinisation, with increasing disastrous impact on production, altering the normal regulatory cycle.

Within the National Recovery and Resilience Plan, the implementation of the principle of sustainable development[15] informs a number of objectives with positive impact on food safety[16], i.e. the strengthening of organic farming, the improvement of

---

FROM THE COMMISSION OF 20 MAY 2020, *A Farm to Fork Strategy*, COM (2020) 381 def.), actually dates back to the end of the last century, having been inaugurated by the Green Paper of the Commission of 30 April 1997 (COM(97) 176 def.), entitled "General principles of food law in the European Union", and by the subsequent *White Paper on food safety*, also approved by the Commission on 12 January 2000 (COM (1999) 719 def.). Cfr. K. WÓJCICKI, J. GÓRNA, E. SIKORSKA, *Digitalisation in agri-food sector*, in K. PAWLAK-LEMAŃSKA, B. BORUSIAK & E. SIKORSKA (Eds.), *Sustainable food: Production and consumption perspectives*, Poznań University of Economics and Business Press, 2024, 41-53, in *https://doi.org/10.18559/978-83-8211-209-2/3*. Cfr. G. LOFARO, *The evolving regulation of blockchain smart contracts looking at public services resilience for the sustainability of the healthcare and agrifood sectors*, in *CERIDAP*, Rivista Interdisciplinare Sul Diritto Delle Amministrazioni Pubbliche, fasc. n. 2/2024, aprile - giugno 2024, 281-337, *doi:10.13130/2723-9195/2024-2-41.*

[13] C. NAPOLITANO, *Sicurezza alimentare ed etica della sostenibilità: profili di diritto amministrativo*, in *Federalismi*, 2018, *passim*.

[14] Cfr. recently REGOLAMENTO DI ESECUZIONE (UE) 2025/341 DELLA COMMISSIONE, 20 feb. 2025, laying down rules for the application of article 6 *bis* of Regulation (EU) 2020/2220 of the european Parliament and of the Council as regards controls and sanctions. See also about extreme meteorological events and administration of them, G. Lofaro, *L'amministrazione della difesa del suolo*, Collana *Ricerche Giuridiche*, Napoli, ottobre 2024, 1-370.

[15] In this sense, see the recent initiative of the EU Commission (*Sustainable food system framework*, available at the URL file:///C:/Users/Oem/Downloads/090166e5e29184db.pdf), which formulates a proposal of regulation for the Parliament and the Council, to deal, in particular, with the sustainability labelling of food products, the minimum criteria for sustainable public procurement of food products and the governance of the sector, with the consequent monitoring. About the relationship between food security and the war conflict in Ukraine, see the aforementioned Communication of the Commission of 23th March 2022, entitled "Safeguarding food security and strengthening the resilience of food systems". Likewise significant is the initiative announced by the Commission in its 2020 Communication "From Farm to Fork", whose action n. 2 provides for the development of an "Emergency Plan to ensure food supply and food security", leading to the subsequent Commission Decision of 12 November 2021 (2021/C 461 I/01) establishing the expert group on the European Food Security Crisis Preparedness and Response Mechanism (EFSC).

[16] M. RAMAJOLI, *Quale futuro per la regolazione alimentare?*, in *Milan Law Review*, 2021, 2, *passim*.

animal welfare, the reducted use of pesticides and fertilizers, the protection of biodiversity.

Food safety guarantees cannot be ignored by the effectiveness of the rules that govern the safety of the production process. The topic is very broad and full of implications. In this work, attention will be paid on a specific aspect, that is the administrative power of regulatory control, in the different levels of government, of the supply food chain in order to guarantee the broadest safety of consumption and consumers.

2. Regulatory historical-reconstructive profiles of public intervention in agri-food matters.

From an evolutive point of view, the administrative intervention in the agri-food sector can be divided into three phases, through which, aiming at guaranteeing the mere hygiene factor, public food law has become a sector of organic and systematic administrative action[17].

Initially the legal issues inherent to the agri-food sector have been taken into consideration by the public authorities mainly with respect to the setting-up of legal rules aimed at targeting already existing situations of unsafe food[18], through an hygienic-sanitary police approach, progressively integrated by a system of civil sanctions and penalties. Therefore, in this phase the role of the administration was expressed in identifying hygienically inadequate situations and in repressive interventions[19].

In a subsequent historical phase, between the 19th and 20th centuries, the food policies of the italian liberal State expanded to the extent of enhancing the guarantee of supplies, to pursue the so-called food security[20]. In this crucial transition phase, issues related to nutrition, from a private perspective, have become of real public interest, legitimizing more direct and anticipated intervention by the State in the agri-food sector. Specifically, careful doctrine[21] has reconstructed that the competent administrative structure in the food sector found its first expression in Italy in 1917

[17] M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili ricostruttivi*, Milano, 2006, *xx* - 222.

[18] F. CORSI, *Alimentazione*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 1 ss.

[19] Cfr. T.U. DELLE LEGGI SANITARIE (R.D. 27 luglio 1934, n. 1265); see F. CAMMEO, *Sanita` pubblica*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, Parte II, vol. IV, 1905, 213 ss.

[20] The definitional path of food security is briefly reconstructed in a policy address of the Food and Agricultural Organization (FAO), in *https://www.fao.org/fileadmin/templates/faoitaly/documents/pdf/pdf_Food_Security_Cocept_Note.pdf.*

[21] A. MORRONE, *Lineamenti di una Costituzione alimentare, in La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, a cura di A. MORRONE e M. MOCCHEGIANI, Bologna, 2022, 10 ss.

ISSN 2036-7821

with the establishment of the Ministry for food supplies and consumption, which, suppressed in 1919, was then replaced by an undersecretariat at the Ministry of Industry. With r.d.l. n. 222/1939, a General Directorate for Food was then established at central level at the Ministry of Agriculture and, in the suburbs, the relevant provincial bodies, called Provincial Food Sections (SAPRAL). After the Second World War, the responsibilities passed to the High Commissioner for Food, placed under the Presidency of the Council *ex* legislative decrees n. 410/1944 and n. 411/1944. With law n. 199/1958, the responsibilities were delegated to the Ministry of Agriculture.

During the third phase[22], starting from the second half of the 20th century, food chain has taken, also thanks to the european integration process and, specifically, to the regulation of the common market, the role of a strategic production factor as well as an instrument for the development of the economy and the market. The intervention of the public authorities passed through the adoption of measures for the strict protection of health in relation to food and the preparation of "optimal" conditions for that protection *tout court*. The EC Regulation n. 882/2004[23], intended for uniform supervision of the agri-food sector[24], envisaged provisions for both the activity of routine surveillance and the extraordinary interventions, to be carried out in suspected cases, through inspections, checks, audits, sampling and analysis.

Careful doctrine on the "juridification" of the food sector[25] has outlined food safety

[22] The measures that marked the transition to this "third phase" are the EC Regulation n. 178 of 28th January 2002, which establishes the general principle and requirement rules of food law, the European Safety Food Authority, the procedures in the field of food safety in the light of the precautionary principle and the so-called "Hygiene package" of 2004, consisting of the EC Regulations n. 852/2004 on the hygiene of food products, n. 853/2004 on the hygiene of foods of animal origin, n. 854/2004 on official controls over products of animal origin intended for human consumption, n. 882/2004 on controls officials on feed, food and animal welfare. More fully see V. PARISIO, *Sicurezza alimentare, funzione amministrativa e giudice amministrativo interprete del diritto interno ed europeo*, in *La sicurezza alimentare. Profili normativi e giurisprudenziali tra diritto interno, internazionale ed europeo*, a cura di C. BOTTARI, Rimini, 2015, 75 ss.

[23] Since December 14th, 2019, the Regulation (EC) n. 882/2004 has been replaced by the Regulation (EU) n. 625/2017, which sets the activity of the official control on food safety, extending the scope of the previous regulation. The new regulation aims to ensure compliance across the European Member States in the Union in the fields of food, feed, animal health and welfare, plant health and plant protection products. The administrative measures that the competent Authorities adopt following the finding of a non-compliance regarding food hygiene, should consider not only the risk assessment, but a series of criteria dictated by both european and national legislation and comply with the generals principles governing administrative action. See A. ROSSI, G. ROSSI, A. ROSAMILIA, M. R. MICHELI, *Official controls on food safety: Competent Authority measures*, in *Italian Journal of Food Safety*, vol. 9:8607, 2020, 125-131. This study was completed by analysing recent legal cases on food safety, which in many cases have censured the work of the local competent Authority, and has brought to light a distorted and uneven application of the legislation on food safety, especially in cases in which drastic measures had been adopted, such as the closure of productive activities, with a heavy impact on the food business operators in the food sector concerned.

[24] F. AVERSANO, *Il sistema dei controlli ufficiali, in Trattato di diritto alimentare italiano e dell'Unione Europea*, a cura di P. BORGHI, I. CANFORA, A. DI LAURO, L. RUSSO, Milano, 2024, 924 ss.

[25] M. RAMAJOLI, *La giuridificazione del settore alimentare*, in *Diritto amministrativo*, 4/2015, 657 ss.

ISSN 2036-7821

as fundamental pillar of european policies and two conditions to be met: on one hand, the taking charge by public authorities not only of health interests, but also of all others heterogeneous interests at stake, namely the protection of agriculture, of the environment, land use, trade, consumers and worker safety; on the other hand, the expansion of institutional purposes must be accompanied by the spread of the field of regulatory intervention, to be extended to the whole food chain, including every aspect having an impact, even indirectly, i.e. labelling, advertising, materials packaging, traceability of food, of feed and animals intended for food production, the withdrawal of food and feed and, last but not least, research and technological development.

Currently the italian administrative system revolving around the agri-food chain is extremely articulated. The food safety descends by the art. 32 of the Constitution[26], as safe food clearly is a condition factor for human health protection. On the regulatory side, in the light of the prevention and precautionary principles, a substantial european legislation has been developed which mainly operates on a preventive-anticipatory level.

The precautionary principle[27] allows provisional management measures to be taken without waiting that the reality and severity of the risk are fully demonstrated, provided that they are non-discriminatory, objective and proportionate. Born in the environmental context, now at the art. 191, par. 2, TFEU, the precautionary principle is solemnly affirmed in the food sector by EC Regulation n. 178/2002. Unlike what happens in other areas of action, the precautionary principle in the food sector[28] is not binding, as it must always be balanced with other interests, especially those of an economic nature linked to the circulation of goods[29].

International agreements coexist alongside the european legislation, also with rules of a private nature in the form of contractual standards as well internal, state and regional laws *ad abundantiam*.

Pursuant to art. 117 of the Italian Constitution, the food sector falls within the the so-called concurrent legislative power, like health protection, but intersects other

[26] R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, Trattato di biodiritto, diretto da S. RODOTÀ e P. ZATTI Vol. V, *Salute e sanità*, a cura di R. FERRARA, 2010, 3 ss.

[27] COMMUNICATION FROM THE EUROPEAN COMMISSION OF 2 FEBRUARY 2000 ON THE PRINCIPLE OF PRECAUTION, which is applied whenever a preliminary assessment is made that objective scientific evidence indicates that there are reasonable grounds to fear harmful effects on the environment and health of humans, animals and plants. See for everyone F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005; ID., *Il principio di precauzione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA, F. SAITTA, Milano, 2012, 413 ss.

[28] L. MARINI, *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2004, fasc. 1, 7 ss., e fasc. 2, 281 ss.

[29] Cfr. M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili ricostruttivi*, cit., *xx* - 222.

ISSN 2036-7821

matters devolved to the exclusive legislative power to the State, among which the protection of the environment and the ecosystems. This regulatory architecture inevitably causes governance complexity, which in turn determines the co-presence of different authorities holding regulatory and management power, i.e. the State, the Regions, other local and non-local public bodies, the european Commission, the EU Authority for Food Safety (EFSA), the World Trade Organisation, the Codex Alimentarius Commission, so that it is difficult to draw clear boundaries in the distribution of competences[30].

According to an organizative approach accepted in doctrine[31], the administrative action is divided into four levels reporting to different bodies: the european Commission, the independent european Authorities, firstly including the EFSA, the representative committees and national administrations.

Even with respect to the operational methods, the publicist toolkit is effectively very varied. Historically, as already mentioned, the role of public law in the food sector had exclusively repressive and sanctioning nature. Today, instead, the different public measures aim not only at the protection of the super-sensitive interest in human health, but also to promote all the actions necessary for the correct functioning of the agri-food chain, also to guarantee product traceability and transparency in information. Thus, from the records of programming and planning come on to regulatory and enabling measures, controls on the production and trade phases, the imposition of sanctions and the provision of bans[32].

3. The system of "official" administrative controls on the agri-food supply chain in the light of the european regulation.

The regulation of food safety is articulated into a network of actions, which shows the overlap between the State and supranational bodies as well as voluntary control tools adopted by economic operators. Firstly it was the european Regulation n. 178/2002 to complement the prevailing punitive-afflictive logic of the past with a different approach aimed at a "responsible operator" and establishing a preventive and active system[33], centered on the self-responsibility of the company and entrusted not only to public controls.

---

[30] See D. BEVILACQUA, *La Codex alimentarius Commission e la sua influenza sulle politiche comunitarie e nazionali, in Agricoltura Istituzioni e Mercati, 2006, passim.*

[31] Cfr. S. GARDINI, *Il controllo amministrativo della filiera agroalimentare*, in *Il diritto dell'economia*, anno 70, n. 115, 3, 2024, 91-112.

[32] G. PRIMERANO, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, 617 ss.

[33] F. ALBISINNI, *Sicurezze e controlli: chi garantisce cosa?*, in *Riv. dir. alim.*, 2011, 4, 5 ss.

ISSN 2036-7821

In application of the principle of precaution and in the light of EU policy[34], each country must have an effective system of controls defined as "official", which allow to verify and, where necessary, impose the compliance of activities and products with european legislation, along the whole agri-food chain.

Control power constitutes the most important phase of the exercise of national administrative action within the agri-food supply chain.

In Italian administrative law, control[35] is an extremely relevant function, both as an endoprocedural activity and an autonomous administrative procedure aimed at verifying legality-legitimacy of certain public and private activities.

Despite the heterogeneity of the notion, two macro-typologies can be distinguished in the Italian legal system of controls carried out by public entities: those on the administration and those on private individuals[36].

In agri-food matters, the control function can be framed as public control over the activities of private entities, intended mainly from a preventive perspective and with variable content, since it is related to all the aspects of food safety[37], i.e. the toxicological aspect, according to the product composition, or the nutritional aspect, according to the absence of disadvantages for the consumer, to deal with in terms of nutrition and safety information to guarantee adequate and complete communication to the consumer regarding the product characteristics.

Preventive and endoprocedural controls are carried out by the administrative authorities when issuing the certificates widening and authorizing measures that impact the agri-food system; however, within the scope of this research work, the analysis focuses on the aforementioned "official controls", starting from the

[34] EUROPEAN COMMISSION, 2017. Regulation of the european Parliament and of the Council of the 15th march 2017, on official controls and other official activities performed to ensure the application of food and feed law, rules on animal health and welfare, plant health and plant protection products, amending the Regulations (EC) n. 999/2001, (EC) n. 396/2005, (EC) n. 1069/2009, (EC) n. 1107/2009, (EU) n. 1151/2012, (EU) n. 652/2014, (EU) n. 2016/429 and (EU) n. 2016/2031 of the european Parliament and of the Council, Council Regulations (EC) n. 1/2005 and n. 1099/2009 and Council Directives 98/58/EC, 1999/74/EC, 2007/43/EC, 2008/119/EC and 2008/120/EC, and repealing Regulations (EC) n. 854/2004 and n. 882/2004 of the european Parliament and of the Council, Council Directives 89/608/EEC, 89/662/EEC, 90/425/EEC, 91/496/EEC, 96/23/EC, 96/93/EC and 97/78/EC and Council Decision 92/438/EEC (Official Controls Regulation), 2017/625 EU, OJ L 95.

[35] A. CROSETTI, *I controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, *passim*; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 4, 1263 ss.; G. BERTI, L. TUMIATI, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, X, 1962, 298 ss.; G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli Amministrativi*, in *Enc. dir.*, III agg., 1999; O. SEPE, *Controlli*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1993; G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo: diritto amministrativo generale*, II, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 1343 ss.; M. DE BENEDETTO, *Controlli, II) controlli amministrativi*, in *Enc. giur.*, 2007, 9 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *I controlli nell'amministrazione moderna: la funzione di controllo dal garantismo alla regolazione*, Roma-Bari, 1990, *passim*.

[36] M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 4, 1263 ss.; L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pub.*, 2017, 3, 779 ss.

[37] L. COSTATO, S. RIZZIOLI, *Sicurezza alimentare* (voce), in *Dig. disc. priv.*, Aggiornamento V, Torino, 2010, 912 ss.

ISSN 2036-7821

legislation that regulates them, such as the Regulation n. 625/2017 of the european Parliament and Council of the 15th March 2017, known as the "Regulation on official controls" (indicated by the acronym OCR), implemented in Italy with the legislative Decree 2 February 2021, n. 27.

The EU Regulation n. 625/2017 represents an impressive framework which, starting from the application experiences of the hygiene package, rationalised the control system in a single harmonizing legislative provision, extended to all phases of production, transformation and distribution of goods, animals and plants. With this measure the controls, for the first time, in addition to save the principles informing food safety, take on animal welfare and protection of plants from harmful organisms as an object relevant and worthy in itself of specific attention from public authorities. Thus, in the light of an evolved notion of risk, the dangers that must be considered during officials checks are not only those that can directly or indirectly affect human health, but also all those that can harm the animal or plant health, animal welfare or the environment. The Regulation n. 625/2017 aims to establish a harmonized framework at european level for the organisation of official controls and other official activities, throughout the whole agri-food chain, also considering the rules on official controls set by the Regulation (EC) n. 882/2004, the relevant legislation and the experience gained with the application of standards. The Regulation n. 625/2017 has the recognised fundamental function of realizing the systemic and institutional unification of control systems in the agri-food sector[38]. The european food safety model requires an investigation from experts and operators detailed about its complex organizational levels concretely implemented as well as a constant monitoring[39] from the perspective of living law, in the light of the Constitutional dictate. For "official controls", pursuant to art. 2 of the Regulation n. 625/2017, are understood the verification activities carried out by the competent authorities on the activities of the operators and on goods, in order to ascertain their consistency with current legislation. The Administration can delegate specific control tasks to other subjects, identified with a formal provision, through in which the existence of a series of conditions is certified by the delegate and the specific requirements *ex* artt. 28, 29 and 30 of the Regulation n. 625/2017.

In Italy competent authorities to plan, program, execute, monitor and report official controls in their respective spheres of competence are, a pursuant to article 2, paragraph 1 of Legislative Decree 2 February 2021, n. 27, the Ministry of health, the Regions, the autonomous Provinces and the local health authorities. The checks

[38] F. ALBISINNI, *Il Regolamento (UE) 2017/625: controlli ufficiali, ciclo della vita, impresa, e globalizzazione*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2018, 1 ss.

[39] A. JANNARELLI, *La governance della sicurezza alimentare: l'esigenza di un monitoraggio costante del modello*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2009, 4, 3 ss.

ISSN 2036-7821

concern with: foods and their safety (in all stages of production, processing and distribution); feed and its safety (at any stage of production, transformation, distribution and use, also with reference to feed consisting of, containing or derived from GMOs); animal health and well-being; animal by-products and derived products, for the purposes of prevention and reduction of health risks for humans and animals; requirements for the marketing and use of plant protection products. The same subjects have the task of proceeding with the adoption of the executive actions provided for by the articles 137 and 138 of the Regulation 2017/625 and to ascertain and apply the related administrative sanctions. The system of the attributions is, however, very fragmented, involving other public entities in a significant way. Official controls conducted in structures of the Armed Forces, including those relating to contingent activities employed in international missions, are, in fact, under the responsibility of the Ministry of Defense.

Further important and substantial control powers are delegated to the Ministry of Agriculture, Food Sovereignty and Forestry, who has competences over the legality of commercial practices and the protection of consumer interests and information - including labeling standards -, with regard to feed for the protection of qualitative and product aspects, including labelling, safety, correctness and transparency of commercial transactions, to protective measures against harmful organisms for plants, the production and labeling of organic products, the use and labeling of products with "denomination of protected origin" or "protected geographic indication" and guaranteed traditional specialties.

The Regulation 2017/625 provides for the establishment of a single body, institutionally responsible for coordinating all the other administrations involved in the controls and to maintain the cooperation with the european Commission and other Member States. In Italy this fundamental task is assigned to the Ministry of Health pursuant to art. 2 of the Legislative Decree n. 27/2021. Within the ministerial organisation, the Ministerial Decree of the 8th April 2015 attributed the specific competences to the DGISAN, subsequently organised as General Direction for Hygiene and Food Security, which is, therefore, formally qualified as the single body in the light of art. 109, comma 2 of the Regulation 2017/625[40] and art. 3 of the legislative Decree n. 27/2021.

4. The preventive planning phase of food safety: the multi-year national control plan.

[40] More recently see the COMMISSION NOTICE C/2024/6481 of the 8th november 2024 *on the implementation of the Regulation (EU) 2017/625 of the european Parliament and of the Council (Official Controls Regulation)*, 1-79, in *http://data.europa.eu/eli/C/2024/6481/oj.*

ISSN 2036-7821

In terms of controls, the provision of a planning phase, prior to the exercise of control, responds to several considerable needs. First of all, it allows to increase the effectiveness of the function since the early and clear definition of the objectives and criteria of the control allows to increase the compliance[41] of the activity and reduce the administrative burdens. Furthermore, the planning of the control supports the preparation of a risk analysis, in order to identify the activities in which the probability of violation of the obligations is higher and the impact of non-compliance with the rules is greater.

The planning action is a fundamental tool in the systemic framework of all the factors and actors being controlled.

With reference to food safety, the preventive planning allows to consider simultaneously all the elements that influence, directly or indirectly, the agro-zootechnical production, integrating the hygienic-sanitary aspects with the profiles inherent to the commercial discipline of the products as well as their merchandise quality.

In this regard, according to the Regulation 2017/625, member States are required to define a specific planning tool, the so-called Multi-Annual National Control Plan (PCNP), to frame the official controls system over the national territory. In Italy, the Control Plan[42] was prepared for the five-year period 2023-2027 based on the State-Regions Agreement established in the session of 22 March 2023 n. 55/CSR, which approved its structure and strategic objectives. In particular, the PCNP is structured around two different purposes, closely related to each other. The first is a descriptive purpose, which is expressed through the mapping of the system of official controls planned along the supply chain. In this sense, the act represents a fundamental information base both for the subjects in charge of verifying its implementation and for citizens interested in taking cognizance of the administrative activity carried out in this sector *ex* art. 111 of the EU Regulation 2017/625. The Control Plan has a strategic-managerial function, since the planning work is crucial in order to ensure the coordination of administrative functions both in the preparation and in the implementation of official controls, rationalizing and optimizing the use of available resources as well as intercepting the best distributive asset of responsibilities between the various administrations involved. A relevant peculiarity of the Control Plan concern with its non-static nature. The PCNP, once published, must be, pursuant to art. 111 of the EU Regulation 2017/625, constantly updated on the basis

[41] Cfr. IMPLEMENTING REGULATION (EU) *2019/1715* - rules for the functioning of the information management system for official controls and its system components (the IMSOC Regulation), *Information management system for official controls to ensure compliance with agri-food chain rules*, in *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=legissum:4434265.*

[42] See reports and dossier in *www.salute.gov.it/portale/pianoControlloNazionalePluriennale2023/homePCNP2023.jsp.*

ISSN 2036-7821

of the results of the activities progressively carried out, the regulatory changes *in itinere* and the emerging scientific evidences. The updating of the Plan is functionally related to the preparation and publication of an annual report - pursuant to art. 113 of the Regulation 2017/625 - to be transmitted to the european Commission by the 31th of August of each year, in order to verify the activities carried out, by framing the level of implementation of control activities as well as to monitor the progressive achievement of the established objectives and guide the new measures to include in the Plan[43].

Responsible for the coordination of the planned activities is a "Permanent Coordination Unit", whose establishment - already foreseen in the previous Plan - was confirmed by the State-Regions Agreement no. 55/CSR of the 22th March 2023, the same agreement approving the Multi-year National Control Plan for the five-year period 2023/2027. The Unit is made up of managers of the central administrations involved in the PCNP, three representatives of the Regions and autonomous provinces identified by the Conference of the Regions and autonomous provinces, a representative of the Istituto Superiore di Sanità, a representative of the National Reference Center for Veterinary Epidemiology, Programming, Information and Risk Analysis (COVEPI) and by representatives of the police forces. The Unit also performs consultative functions with respect to the single Body[44].

Beyond the coordination activity, each Administration has competence in the specific sectors delegated within the area of interest of the PCNP and is therefore responsible for managing and carrying out the related control activities and preparing the related contributions for the drafting of the Plan and the annual report. Furthermore, in the light of the provisions of the State-Regions Agreement no. 55/CSR of the 22th March 2023, the Regions are recognized with the power to plan and start official control activities even outside of the national planning. In such cases, the regional bodies have the duty to prepare Plans consistent with the structure and founding criteria of the PCNP and to update the specific subsections of the same National Plan, called

[43] The process of modifying and adapting the Multi-Year National Control Plan is clearly based on the well-known Deming cycle (or PDCA cycle, from the acronym "Plan-Do-Check-Act"), used in the corporate environment for the control and continuous improvement of processes and products in a long-term perspective. Applying the system to the sector in question, the first process phase, which could be define as primary programming, coincides with the Plan drafting; the second phase concerns with the implementation and testing of the measures contained (Do); the third phase (Check) is grafted onto the verification of the system, through the critical analysis of the data collected in the annual report; the fourth and final phase provides for corrective actions, based on the data collected, for the improvement of the system (Act), both at a general and sectoral level. See W.E. DEMING, *Elementary Principles of the Statistical Control of Quality*, JUSE, 1950, *passim*.

[44] See the Agreement, *ex* art. 8, c. 6, of the law 5th june 2003, n. 131, between Government, Regions and autonomous Provinces of Trento and Bolzano about the "Piano di controllo nazionale pluriennale 2023-2027", *ex* art. 109 of the EU Regulation n. 625/2017 between the european Parliament and Council, 15th march 2017, in *www.statoregioni.it.*

ISSN 2036-7821

"regional activities", attaching the results of local controls, also through the establishment of permanent regional coordination units or working tables aimed at resolving specific problems. Some Regions have, therefore, provided for the preparation of specific Integrated Regional Control Plans (PRI), differently defined and named, but commonly understood as tools for implementing, at regional level, community and national policies on official controls[45].

5. Administrative procedures for the "official control" of the agri-food supply chain between the proportionality and precautionary principles.

Administrative control activities in sectors characterized by sensitive public interests, such as the environment and health, highlight the polysemic nature[46] of the function, which can be deployed according to rather variable modules and trend lines. In the sector under analysis, on the basis of the model described in the PCNP, controls over the agri-food supply chain provide for continuous monitoring action, with a sort of mixture between the powers of control properly understood and those of *ex ante* regulation, authorization, information, inspection, suspension and conformity. Official administrative control activities mainly take place through the execution of inspections, audits and sampling, prepared and carried out on the basis of the analysis of the context in which the controls themselves are placed and the connected categorization of the risk of non-compliance, in the light of the criteria established by art. 9, paragraph 1 of the EU Regulation 2017/625.

Every year the Central Inspectorate for the Protection of Quality and Repression of Fraud in Agri-food Products (ICQRF), a body of the Ministry of Agriculture, Food Sovereignty and Forests, prepares a document for the planning of control activities for the different supply chains of agri-food products, also providing for targeted verification actions for sectors or productions of particular relevance in the national sector. Some specific guidelines, called "General Guidelines for programming activities", are drawn up, in the light of the strategic objectives of the PCNP, the activities envisaged by the sector regulations and the risk analysis conducted at national level by specific focus groups. On the basis of this document, the Territorial Offices and laboratories of the Central Inspectorate for the Protection of Quality and Fraud Repression of Agri-food Products elaborate the operational plan to implement in the following year in the different sectors, also taking local specificities[47] into account.

---

[45] Agreement State-Regions n. 55/CSR, 22th march 2023, in *https://www.statoregioni.it/it/conferenza-stato-regioni/sedute-2023/seduta-del-22032023/atti/repertorio-atto-n-55csr/*.

[46] R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in *Diritto e società*, 2006, 522 ss.

[47] See reports in *www.politicheagricole.it*.

ISSN 2036-7821

The Ministry of Health is responsible for the correct expression of controls. For this purpose, reference is made to the instructions contained in a management document called "Guidelines for the functioning and improvement of official control activities of the Ministry of Health, the Regions and autonomous Provinces and the AASSLL in matters of food safety and veterinary public health", approved with the Agreement n. 46/2013 by the State-Regions Conference in the session of the 7th February 2013 and reiterated in subsequent agreements. According to that agreement, each competent authority must adapt its control action to an operating standard, constantly updated, that defines, for each binding regulatory requirement, the elements of conformity or best practices and the objective evidence to be taken into consideration.

The system is generally based on the precautionary principle[48] which allows for the adoption of provisional management measures without waiting for the reality and severity of the risk to be fully demonstrated, provided that they are non-discriminatory, objective and proportionate. The precautionary principle is now considered a general interpretative criterion of the food legal system, in which the subsumption of risk, of its detection as well as its measurement and management materializes. The type of administrative assessment carried out for the purposes of initiating control procedures is therefore of a probabilistic nature and concerns, more specifically, the possibility that in a given segment of the supply chain a hypothesis of non-compliance with the law may occur.

Even at the european legal level, the control system is substantially structured in an administrative risk management procedure, divided into the phases of evaluation, management and communication, according to the artt. 3 and 6 of the EC Regulation n. 178 of 2002. The risk assessment and communication are under the responsibility of the European Food Safety Authority (EFSA)[49]. The actual risk management is attributed to the Commission, notwithstanding the difficulty of drawing a clear boundary between risk assessment and risk management[50].

The competent administrative authorities to carry out the official controls proceed, as a rule, precisely taking the risk category assigned to the controlled activity into account and with a non-predetermined frequency. Except in cases where the issuing

[48] Council of State, sect. IV, 27 march 2017, n. 1392, in *www.giustizia-amministrativa.it*: this general principle therefore assumes relevance - and, as such, is directly binding for all public administrations - especially in the health sector, with a value that is not only programmatic, but directly imperative within the framework of national systems, bound to apply in case of uncertainties regarding the existence or extent of risks to the health of people; it therefore integrates a general and broad guideline criterion to characterize not only the regulatory activities, but even before the administrative ones.

[49] N. BASSI, J ZILLER (edited by), *La formazione procedimentale della conoscenza scientifica ufficiale. Il caso dell'Agenzia europea per la sicurezza alimentare – EFSA*, Torino, 2017, *passim*.

[50] M. RAMAJOLI, *Quale futuro per la regolazione alimentare?*, cit., 64 ss.

ISSN 2036-7821

of an official certificate or attestation constitutes a preliminary requirement for the placing on the market or for the movement of animals or goods, the timing of the checks is concretely established *sub specie* by the competent authorities, so that the verification activities are proportionate to the risk and the level of compliance expected in the various situations, also in relation to any violations already committed. In cases where the issuing of an official certificate or attestation is a prerequisite for the placing on the market or movement of animals or goods, the legislation requires that official controls be carried out regardless of the risk level or the likelihood of non-compliance; in such cases, the frequency of official controls is dictated by the need for certification or attestation[51].

The frequency of official controls should be established by the competent authorities based on the need for the effort in controls to be proportionate to the risk and the level of compliance expected in different situations, including possible infringements of the EU legislation on the agri-food chain committed through deceptive or fraudulent practices[52].

The controls are carried out most of the time without prior notice, unless this is absolutely necessary for the purposes of their execution, as it happens, for example, when the control activity requires the continuous or periodic presence of the staff or representatives of the competent authorities at the operator's premises, but always according to formal and documented procedures, in order to guarantee the homogeneity and transparency of the operations[53]. A preventive probabilistic assessment in the internal articulation of the choices made by the public authorities, certainly allows for an increase in transparency and, above all, the effectiveness of the control actions. However, for the purposes of the substantial legality of the administrative action, this precautionary approach must always be harmonized in its concrete implementation with the principle of proportionality[54], identifying measures that are proportionate to the risk and not excessively burdensome for private individuals, ensuring a balance between food safety and economic freedom[55].

The concretization of the elastic concept of danger, which precedes the possible balancing with other values and needs, cannot ignore – in application of the

[51] See art. 32 of the UE Regulation n. 625/2017.

[52] *Ibidem*.

[53] See the legistative Decree 2nd february 2021 n. 32.

[54] A. ROSSI, G. ROSSI, A. ROSAMILIA, M. R. MICHELI, *Official controls on food safety: Competent Authority measures*, cit., 125 ss.: in addition to an incorrect application of the specific health legislation, there is also a violation of the principle of proportionality, of community origin. Indeed, the principle of proportionality is an essential factor in administrative review, which has been used as a leading criterion in the adoption of administrative measures by of the Health Authorities of the Competent Authority.

[55] See M. RAMAJOLI, *Dalla «food safety» alla «food security» e ritorno*, cit., 271 ss.

ISSN 2036-7821

precautionary principle[56] – the prior determination of an acceptable risk threshold. In this perspective, the principle of proportionality[57], as a general principle of Community law, is placed as a limit to the indiscriminate application of the precautionary principle and, therefore, to the discretionary action of the competent body.

The type of assessment that, following the checks, the competent administrative authorities are required to carry out to verify the conformity of what has been examined with the parameters of the law is different. The technical profile emerges predominantly, since the examination of the facts or situations ascertained must be carried out by resorting to specialist knowledge, which falls within the scope of the so-called technical discretion[58].

Downstream, depending on the case and the severity of the potential or concrete violation of the legislation, inhibitory, conforming and sanctioning powers are exercised.

In the event that a non-compliance is suspected, the measure to adopt is that of implementing the checks, accompanied, where necessary, by the temporary blocking of the activity. In cases where non-compliance is, however, concretely ascertained, it will be necessary to distinguish between minor non-conformities, which do not entail an immediate risk to human health or to the health and welfare of animals, and major non-conformities, which are immediately harmful. In both cases, in a manner proportionate to the seriousness of the conduct or circumstance concretely ascertained, the authorities are required to take all necessary action in order to determine the origin and extent of the non-compliance and to establish the responsibilities of the operator, as well as to adopt all the appropriate measures to ensure that the operator remedies the problem and prevents its recurrence, in the light of art. 5 of the Legislative Decree 2 February 2021, n. 27 and arts. 137-138 of the EU Regulation 2017/625, analysed in conjunction with each other.

Without prejudice to the possibility that the Administration may allow, where deemed pertinent and technically feasible, the performance - concurrent with the inspection - of a counter-assessment, in all cases in which the operator does not agree with the assessments carried out by the competent authority, the latter may activate, within the peremptory deadline of thirty days from receipt of the communication of the outcome of the inspection, a dispute procedure. This instrument allows the

[56] S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, 78.

[57] S. DE NITTO, *La proporzionalità nel diritto amministrativo*, Studi del Dipartimento di Giurisprudenza Luiss Guido Carli, maggio 2023, 1-342.

[58] Cfr. F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, Le attualità del diritto, 1, 2022, 1-13; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 4, 2008, 791-837.

ISSN 2036-7821

operator himself to request, at his own expenses, the re-examination of the documentation relating to the controversial analysis, test or diagnosis, by the Istituto Superiore di Sanità (ISS). In this case, the ISS will express its opinion within thirty days of receipt of the documentation, transmitting the outcome of the documentary assessment to the interested parties, to the competent Authority and, for information, to the official laboratory that carried out the first analysis, test or diagnosis[59].

The final measure issued by the Competent Authority represents the decisive step of the official control activity. The measures should be issued by a correct assessment of the risk connected to the case at hand and in compliance with the general legal principles that support official administrative activities. The analysis of cases scrutinized by the administrative judiciary[60] reveals a general criticism of the work of the local Competent Authorities, especially where the extreme measure of activity stopping is applied. The case law emphasizes the widespread incorrect application of the legislation on food hygiene and the violation of the principle of proportionality[61], which ought to regulate the wide discretion of the authority. From a technical and hygienic point of view, except for very few cases, the assessment of non-compliance, mainly of a structural nature, and therefore the related risk assessment, do not appear to be fully carried out by the control body.

6. The institution of "administrative assistance" in the light of the european framework.

As already noted, the single Body is institutionally responsible for the coordination of the deputy administrations for controls and the collaboration with the european Commission and member States, in the case of Italy through the General Directorate for Hygiene and Food Security of the Ministry of Health. A further important function within the task of supranational cooperation is delegated to the Ministry of Agriculture, Food Sovereignty and Forests, as the liaison body responsible for the exchange of communications with the competent authorities of other EU States for the purposes of the so-called "administrative assistance" governed by the art. 102

[59] F. AVERSANO, *Controperizia e blocco ufficiale: il "nuovo" ruolo dell'operatore del settore*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2018, 1 ss.

[60] Case C-382/10, judgment of the Court (Section Eighth) 6 October 2011, point 22, in *curia.europa.eu*; Council of State, sentence n. 5714/2015, in *www.giustizia-amministrativa.it*; european Court of Justice n. 382/2011, in *curia.europa.eu*; Regional Administrative Court Sicily, sentence n. 1852/2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*.; Regional Administrative Court Calabria, sentence N. 1118/2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Regional Administrative Court Campania, sentence n. 504/2019, in *www.giustizia-amministrativa.it*. More recently, Council of State, sez. III, 26 ottobre 2023, n. 9265, in *www.giustizia-amministrativa.it*. See also R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 651 ss.

[61] See A. ALBANESE, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto fra amministrazione e amministrati*, in *Istituzioni del federalismo*, Rivista di studi giuridici e politici, 3, 2016, 697-723.

ISSN 2036-7821

and following of the EU Regulation 625/2017 and the art. 2, comma 4 of the legislative Decree 2 febbraio 2021, n. 27[62].

The Administrative assistance[63] is the institute that guarantees, within specific agreements, the participation of the competent authorities of a member State in official controls carried out by the competent authorities of another State of the European Union, in a collaborative perspective.

The assistance procedure may be initiated at the request of the authorities of a member State or spontaneously. In the first case, when the competent authorities consider that, in order to carry out official controls or to effectively follow up on them in their territory, data and information held by the competent authorities of another EU State are necessary, they send a reasoned written request to the latter on the basis of standard documents drawn up by the european Commission. The EU Regulation n. 625/2017 provides for an effective reaction procedure by the authority that has received the request, establishing that within ten working days from the date of notification, the estimated time necessary to provide an informed response must be indicated, which must in any case be provided without delay *ex* article 104 of the EU Regulation n. 625/2017. In the case that it is necessary to carry out checks or investigations to acquire the information or documents requested, it is foreseen that the activity may also be attended, subject to agreement between the competent authorities of the two States, by personnel designated by the applicant.

The rules on spontaneous assistance apply, however, when the competent authorities of a State autonomously transmit certain information to another EU country. This can occur in two cases:

- when the competent authorities become aware of a case of non-compliance with potential consequences for another EU country *ex* article 105 of the Regulation n. 625/2017;

- when, during official controls on animals or goods originating from another member State, the competent authorities find that such animals or goods do not conform to the law, causing a health risk for humans, animals or plants or, as regards GMOs and plant protection products, also for the environment, or a possible serious violation of the legislation in this area *ex* art. 106 of the Regulation n. 625/2017.

In both cases, the assessment carried out by the authority that initiates the assistance procedure is based on a judgment of mere possibility and therefore represents a

[62] The provisions on "administrative assistance" contained in articles 102 to 108 of the EU Regulation n. 625/2017 replace those on mutual assistance already provided for by the Directive 89/608/EEC introducing new obligations and procedures.

[63] L. SALZANO, *L'assistenza amministrativa e la collaborazione nel regolamento (UE) n. 625/2017 sui controlli ufficiali*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e alimentare e dell'ambiente*, 6, 2018, 1-8.

ISSN 2036-7821

direct application of the precautionary principle.

Where the competent authorities of the member States are not able to agree about appropriate actions to address the situation, active intervention is foreseen by the european Commission, which is recognized with both coordination and operational powers, in order to correctly carry out the controls according to art. 108 of the Regulation n. 625/2017.

7. Final considerations.

The technical-legal analysis carried out provides a first overview of the complex multilevel[64] system structuring, between the european legislation and the internal administrative action, the official control activities within the agri-food chain.

Far away from any claim of completeness, given the vastness of the application field of the topics covered, the analysis herein conducted allows some brief remarks, identifying strategic aspects.

Economic globalization has certainly made difficult the stabilisation of rules at country level, favoring the predominant intervention of european institutions in regulatory strategies. This circumstance, however, does not eliminate the need to recognize the centrality of regulatory processes in which all individual actors in the food supply chain, whether public or private, are dynamic parts, even beyond the limited time span of the individual production and consumption line. It emerges sas essential to pay further attention to forms of regulation, aimed not at directly placing limits to the operators by the so-called command and control approach[65], but at incentivizing and orienting the market upstream towards environmental sustainability[66], through consensual tools, soft law interventions based on self-regulation, persuasion and nudging[67].

---

[64] *Ex pluribus*: A. MALTONI, *Sicurezza alimentare*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5545 ss.; M. SAVINO, *Autorità e libertà nell'Unione Europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 413 ss.; S. VERNILE, *Food Safety between European and National Authorities*, in M. ALLENA, L. DONATO, M. TRIMARCHI (a cura di), *Eu Food Law Regulation: which opportunities for Italy?*, in *Dir. econ.*, vol. 29, n. 91 (3-2016), 33.

[65] R. VANNINI, *Command and Control*, 2012, in *https://www.treccani.it/enciclopedia/command-and-control_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/*.

[66] C. MARICONDA, *La sfida della sostenibilità delle imprese tra nuovi modelli normativi e approcci regolatori in chiave comparatistica*, in *Amministrativ@mente*, Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo, 3/2024, in *www.amministrativamente.com*, 986-1010.

[67] A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 1-123. See also G. LOFARO, *Innovación, digitalización y sostenibilidad de la salud pública entre el aprendizaje automático y el suave empujón (Innovation, digitalization and sustainability of public health between machine learning and nudging)*, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 73(285), 31-60, Enero-Abril 2023, in *https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2023.285.85382*, G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Il diritto dell'economia*, 68, n. 107 (1 2022), 31-64.

ISSN 2036-7821

The agri-food chain represents a complex and multifactorial system[68], which involves, in a network of interrelations, the environment, health, businesses and institutions. A key concept is, therefore, that of interinstitutional and partnership cooperation, to increase the effectiveness of prevention and management of food risks and to guide as well as encourage virtuous behaviors on the part of businesses. This, even more so, in the perspective of the European Regulation 625/2017, which outlines a system in which the attention to the agri-food chain requires a more general observation to everything varioulsy connected to the environment and to the cycle of human, animal and plant life.

In this context and at the administrative action level, the principle of integration, in addition to the precautionary principle already widely referred to, takes on strategic importance, which departs from the rigid predetermination of the spaces of action of individual public entities, and therefore from the mechanical application of the principle of competence, privileging instead an holistic and shared approach. It is punctually noted that, while the principle of competence legitimises a segmented vision, the principle of integration requires continuous reference to the "overall picture". Rereading the institute of competence in the light of the principle of integration therefore allows to overcome the traditional approach of each administration to pursue its own specific interest, in favour of a systemic approach of coordination[69]. The integration of skills is at the basis of the One Health approach[70] born within the disciplines of medicine and biology, which, against the backdrop of the common objective of pursuing public health, requires a synergic effort between the different sectors, including food safety, economic disciplines, social and biological sciences.

The analysis so far carried out reflects a system in which the instruments of

[68] Although a substantial intervention has been made to adapt and simplify the whole food legislation, in the wake of the well-known Commission Program called "REFIT", the real knot to solve in the near future seems to be mainly represented by the persistent absence of a general discipline of the administrative procedure at european level; a discipline that, if launched, could probably lead to the harmonization of the many and different authorization regimes currently in force. An objective, this, which, however, appears increasingly far away, especially if compared with the poor follow-up recognized by the EU institutions to the intense research activity aimed at the codification of the european administrative procedure, carried out by the authoritative group of scholars called ReNEUAL (Research Network on EU Administrative Law). See G. DELLA CANANEA, D.U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, J.P. SCHNEIDER, J. ZILLER (edited by), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione europea*, Napoli, 2016, *passim*.; E. CHITI, *Adelante con juicio: la prospettiva di una codificazione del procedimento europeo*, in *Giorn. dir. amm*., 7, 2014, 677 ss.

[69] See F. DE LEONARDIS, voce *Economia circolare* (diritto pubblico), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, diretto da R. SACCO, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, up-dated 2021, 181 ss.

[70] G. LOFARO, *Retos éticos y jurídicos de la restauración de la naturaleza: enfoque One Health y protección de la biodiversidad, Ethical and legal challenges of nature restoration: One Health approach and protection of biodiversity*, in *Bioderecho.es*, núm. 19, enero julio, Universidad de Murcia, 2024, doi: *https://doi.org/10.6018/bioderecho.622941.*

ISSN 2036-7821

administrative law[71] are assuming ever greater importance. Although food law has traditionally found a wider place in the agricultural and agro-industrial sector, due to the importance of the profiles relating to production, trade, distribution and consumer protection, the growing connections with primary public interests, such as those addressed to health protection, the environment and the territory, highlight the specific public relevance of agri-food matters for the administrative science, as also recognized at an international level[72]. The formulation of principles informing the matter and the identification of authorities responsible for guaranteeing, under various aspects, their implementation, allow to ascertain the potential usefulness and effectiveness of an agri-food administrative law[73].

[71] According to M. RAMAJOLI, *Dalla food safety alla food security e ritorno*, cit., 274, in this logic, administrative law is transformed into a universal toolkit, as a testimony to its perennial modernity. On the subject, see also L.R. PERFETTI, *Principi della disciplina pubblicistica dell'alimentazione. Premesse ad un diritto amministrativo dell'alimentazione*, in *Riv. dir. agr.*, 2014, 9 ss. According to this Author, we can discuss an administrative law of food, articulated on ordering principles such as: the protection of human health, the scientific measurement of risk, the protection of the agricultural products market, the guarantee of food supplies functional to food sustainability. Administrative food law would therefore be that branch of administrative law that studies the authoritative powers assigned to public bodies so that the food market takes place by ensuring, as a priority, the highest level of protection of human health, competition and the individual supply of the necessary foods at prices, if applicable, regulated.

[72] See *ex multis*, B. VAN DER MEULEN, *European Food Law handbook*, Wageningen Academic Publisher, 2014, *passim*: «much of food law is national and european administrative law, the rules safeguarding the relationships between public authorities and private persons, when authorities apply public power to limit or enable certain actions by private persons. So food law might be presented as a subdivision of administrative law».

[73] See G. PRIMERANO, *Ambiente e diritto agroalimentare. organizzazione, regolazione e controlli*, in *Diritto amministrativo*, 2019, 3, 617 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Beyond the courtroom: evaluating alternative dispute resolution in medical liability cases

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: setting the stage for dispute resolution. – 2. Exploring alternative dispute resolution modalities. – 3. Global perspectives on dispute resolution practices. – 4. A comparative analysis of European dispute resolution approaches. – 5. Final reflections: the future of alternative dispute resolution in medical liability.

Abstract

In In recent decades, the burgeoning prevalence of professional medical liability litigation, initially within the United States and subsequently extending to Europe, has prompted a discernible shift towards alternative dispute resolution (ADR). This phenomenon is characterized not so much by the establishment of a prior error but rather by negative outcomes, inefficiencies, and inadequate documentation. Consequently, there has been an increasing interest in ADR as a means to facilitate out-of-court settlements between physicians and patients, thereby circumventing the traditional judicial process.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction: setting the stage for dispute resolution.

In In recent decades, the burgeoning prevalence of professional medical liability litigation, initially within the United States and subsequently extending to Europe, has prompted a discernible shift towards alternative dispute resolution (ADR). This phenomenon is characterized not so much by the establishment of a prior error but rather by negative outcomes, inefficiencies, and inadequate documentation. Consequently, there has been an increasing interest in ADR as a means to facilitate out-of-court settlements between physicians and patients, thereby circumventing the traditional judicial process.

The concept of ADR encompasses a variety of alternative mechanisms – including negotiation, mediation, conciliation, and arbitration – through which parties may resolve disputes amicably, without resorting to formal litigation[1].

The inception and evolution of ADR can be attributed to several factors, foremost among them the aspiration to establish a system that "resolves" rather than "exacerbates" disputes[2].

The adversarial nature of the judicial system, by its very design, instigates a direct confrontation between the parties involved. This approach is particularly ill-suited to the nuanced and often delicate relationship that exists between physicians and patients. Rather than facilitating understanding and resolution, traditional litigation frequently leads to a deterioration of trust, fostering animosity and defensiveness. In many instances, the experience of engaging in litigation can generate negative feelings and attitudes that complicate the potential for future interactions[3].

Moreover, the traditional adjudicative process offers little in the way of educational value for the parties involved. Instead of learning from their experiences, litigants often emerge with a reinforced sense of grievance and a defensive mindset, which can further strain their relationship. In stark contrast, ADR methodologies promote an environment where fairness and competence are prioritized – qualities that are frequently absent in judicial resolutions of medical disputes[4].

While ADR is often heralded as a panacea for a judicial system beleaguered by compensation claims, it is essential to recognize that the effectiveness and proliferation of ADR mechanisms are intrinsically linked to the efficiency of a

[1] J. S. AUERBACH, *Justice Without Law*, New York and Oxford, 1983.

[2] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, in P. TORTORANO (ed.), *ADR esperienze settoriali a confronto. Applicazioni, risvolti teoretici e prassi*, *Quaderni di Heliopolis*, no. 17, Artetetra Edizioni, Capua, 2023, pp. 335.

[3] A. DONALD, *Alternative Dispute Resolution: managing upsets and keeping people safe*, in *Evidence-Based Healthcare & Public Health*, 2004, p. 412.

[4] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., pp. 335-336.

ISSN 2036-7821

country's judicial system[5]. Indeed, the development of these alternative approaches appears to correlate strongly with cultural attitudes that favor conciliation over rigid, adversarial stances[6]. In societies where the judicial system is perceived as effective and equitable, there is a greater inclination among parties to seek amicable solutions through negotiation and mediation, rather than through contentious litigation. Thus, the evolution of ADR not only reflects a pragmatic response to the challenges posed by medical liability disputes but also embodies a broader cultural shift towards more harmonious conflict resolution practices[7].

2. Exploring alternative dispute resolution modalities.

The wide diversity in forms of ADR across different national contexts introduces a challenge in delineating the various scenarios[8], from which one can derive a coherent understanding[9] with ADR best conceptualized as a continuum.

At one extreme lies inaction on the part of the aggrieved party, while at the other, the recourse to formal legal proceedings[10].

Within this spectrum, as observed in the nations of the European Union[11], the United States, and Australia, one finds a broad array of ADR methods and techniques, each uniquely adapted to its respective legal and cultural environment. Despite this divergence, the fundamental and unifying characteristic of these mechanisms remains their "alternative" nature in relation to traditional litigation[12].

However, acknowledging the inherent definitional flexibility, it remains possible to categorize the different types of ADR, thus avoiding terminological ambiguity that

[5] On this point, M. TARUFFO, *Diritto e trattamento dei conflitti. Alternative al processo e nel processo*, in V. VARANO (edited by), *L'altra giustizia*, Milan, 2007.

[6] A. SANTI, *Le A.D.R. nel contesto italiano ed europeo*, in www.risoluzioneconflitti.it, 2007. See also M. BOVE, *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, in *Il giusto processo civile*, 2018, p. 363 ff.

[7] Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32 008L0052:EN:HTML. Last accessed on April 6, 2023.

[8] On the varying degree of appropriateness of different types of ADR or the judicial process with reference to sample cases see, A. B. LIANG, *Understanding and Applying Alternative Dispute Resolution Methods in Modern Medical Conflicts*, J. LEGAL MED., 1998, p. 397 ff.

[9] J. STUYCK, E. TERRYN, V. COLAERT *et al.*, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, Final Report, A Study for the European Commission, Health and Consumer Protection Directorate-General, Leuven, 2007. Available at http://ec.europa.eu/consumers/redress/reports_studies/comparative_report_en.pdf. Last visited October 9, 2024.

[10] On this point, see M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017*, RIV. ARB., 2018, p. 97 ff., spec. pp. 105-106.

[11] Consumer Affairs Alternative Dispute Resolution (ADR), *Helping consumers seek redress*, Consumers Affairs. Available at http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm#coop. Last visited April 5, 2023.

[12] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 336.

ISSN 2036-7821

could lead to substantive misunderstandings. Here, we shall focus on those forms most pertinent to resolving disputes in the healthcare sector.

Negotiation involves a direct engagement between the two parties, without the involvement of a third party, where each side progressively makes concessions until reaching a mutual agreement. This process can take two primary forms: "principled" negotiation, which centers on establishing shared normative or reference criteria for resolving the dispute, and "positional" negotiation, where the conflict revolves around the actual demands or concessions until a compromise is reached on the substantive issues[13].

The advantages of negotiation lie in the complete control both parties maintain over the process, its educational value – allowing each side to confront and understand the other's perspective – and the potential for it to serve as a foundation for later mediation[14].

However, negotiation is not commonly used in medical disputes, as the personal involvement of the doctor and patient often leaves lingering animosity, undermining the emotional detachment needed for a successful outcome. Instead, negotiation tends to be more effective in disputes involving large organizations, where representatives with expertise can engage without personal involvement, thereby fostering a more objective resolution[15].

While no universally accepted definition of mediation exists, it is generally understood as an advanced form of negotiation in which the parties are aided by a neutral third party, the mediator, who helps them strive toward a mutually agreeable resolution. The Council of Europe has defined mediation as a process in which the disputing parties negotiate their issues with the assistance of one or more mediators[16].

Mediation is inherently voluntary and non-binding, as the mediator has no power to impose decisions but rather facilitates dialogue, listening separately to each party's concerns – be it the grievance of the patient or the defense of the doctor – and then seeking to build a path toward reconciliation. A recent directive proposal within the EU resists imposing uniform qualifications for mediators, defining them broadly as

[13] V. PINCHI, *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, RIV. IT. MEDICINA LEGALE E DIR. SANITARIO, 2009, pp. 580-581.

[14] *Ibid*.

[15] J. FRASER, *Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice*, PEDIATRICS, 2001, p. 602.

[16] Principle I.1 Recommendation Rec (2002) 10, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 18, September 2002 on Mediation in civil matters. J. STUYCK, E. TERRYN, V. COLAERT *et al*., *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, cit.

ISSN 2036-7821

any third party assisting in mediation, regardless of profession or appointment method[17].

Notably, in Roman law-based European countries, the terms mediation and conciliation are often used interchangeably, and both concepts will be examined in further detail.

As will become clearer through the examination of specific national experiences, the term "conciliation" presents significant definitional challenges and carries a broad generality[18].

Unknown in Anglo-Saxon legal traditions, conciliation cannot be considered entirely synonymous with mediation, despite their considerable similarities. Both processes involve the voluntary engagement of a third party to resolve disputes, yet conciliation is distinct, particularly in Roman-law countries, where it encompasses various forms of alternative dispute resolution (ADR)[19].

Often, conciliation is broadly applied to any effort by a third party to facilitate an agreement that avoids or shortens a confrontation. This definitional complexity is further muddied in jurisdictions, such as Italy, where conciliation may also refer to attempts made by a civil judge within a formal legal process. The dual application of the term at both judicial and extra-judicial levels complicates its classification as a true ADR mechanism. Consequently, on a supranational level, the term is not favored for definitional clarity. In fact, many prefer to use "mediation" as a catch-all term to cover conciliation and other forms of assisted negotiation. Nevertheless, some scholars argue that conciliation represents a specific subset of mediation, where the third party can offer expert opinions – legal or otherwise – on the dispute, a role not typically found in pure mediation, which excludes technical evaluations[20].

Within the spectrum of Alternative Dispute Resolution (ADR), arbitration stands as the most intrusive and binding method of dispute resolution, representing the extreme form of ADR just before resorting to judicial action. In Anglo-Saxon

[17] J. STUYCK, E. TERRYN, V. COLAERT *et al.*, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, cit. In Roman legal systems the term conciliation is sometimes regarded to be broader than mediation and to include all possible forms of dispute resolution, whereas mediation is understood as a consensual form of dispute resolution, in which a third party is entitled to propose a solution to a dispute. The term is moreover also used in these jurisdictions to refer to settlement attempts performed by civil law judges themselves in the framework of civil law proceedings.

[18] Council of Europe, Recommendation Rec (2002)10. Available at https://rm.coe.int/16805e1f76. Last visited April 5, 2023.

[19] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., pp. 338-339.

[20] US doctrine with reference to the possibility of appealing an arbitral decision has noted «You've got to spend thousands of dollars to build a factual case to prove that the arbitration clause is denying you justice. It's a miracle that there have been as many successful challenges as there have been. […] You'd have to be rich or crazy». See J. STERNLIGHT, *Arbitration Pendulum*, ABA J., 2003, pp. 14-15.

ISSN 2036-7821

jurisdictions, arbitration is typically categorized into two types: "binding" and "non-binding". The binding form is the most prevalent, wherein the arbitrator's decision is final, subject only to limited appeals based on specific criteria outlined in civil codes—such appeals being intricate and rarely successful. Conversely, the recently introduced non-binding arbitration permits parties to engage in a process that merely provides recommendations, allowing them the discretion to accept or reject the arbitrator's guidance[21].

Due to its inherently binding nature, arbitration is often viewed as the least appropriate form of ADR, as it mirrors the adjudicative characteristics of traditional courts, sometimes lacking their fairness. A noteworthy variant in the United States is "pre-dispute" arbitration, wherein both physician and patient agree, prior to any dispute, to resolve conflicts through arbitration, typically overseen by a panel of three arbitrators, a practice endorsed by various professional associations, such as the Florida Medical Association[22].

This model necessitates that arbitrators be selected from a predefined list, thereby limiting the opportunity to challenge the decision on grounds of negligence or inconsistency.

Advocates argue that such binding pre-dispute agreements reflect individual autonomy and should be upheld within the framework of free-market principles. They contend that arbitration contracts are embodiments of personal choice, deserving of legal and ethical recognition, as individuals are believed to be best positioned to assess their interests. Proponents also claim that pre-dispute arbitration offers practical benefits, notably reducing both time and emotional investment in dispute resolution.

However, this form of arbitration is not without its criticisms[23]. Detractors highlight concerns regarding its lack of transparency, as proceedings can often occur without the full participation of the parties involved[24]. Moreover, the absence of negotiation and the tendency for outcomes to favor medical practitioners or associations may lead aggrieved parties to feel further marginalized. Legal scholars in the United

[21] On this point, K. A. DEVILLE, *The Jury is Out: Pre-Dispute Binding Arbitration Agreements for Medical Malpractice Claims, Law, Ethics, and Prudence*, J. LEGAL MED., 2007, pp. 333-395, 2007.

[22] D. T. CALDON, *Medical Malpractice dispute in the Age of Managed Care*, 1998. Available at http://www.mediate.com/articles/caldon.cfm. Last visited April 5, 2023.

[23] E. A. DAUER, *Alternatives to litigation for health care conflicts and claims: alternative dispute resolution in medicine*, HEMATOL. ONCOL. CLIN. N. AM.,2002, p. 1415.

[24] With regard to patients undergoing the arbitration procedure, it has been noted that they often «feel as if they have been hurt twice: first by their health care provider, then by the system that is supposed to resolve the problem». M. ANDREWS, *For Patients, Unpleasant Surprises in Arbitration*, N.Y. Times, Mar. 16, 2003, p. 8.

ISSN 2036-7821

States acknowledge these issues, noting the absence of regulatory oversight concerning mandatory pre-dispute arbitration agreements[25].

They advocate for Congressional action to empower states to regulate such contracts, thereby ensuring that both physicians and patients fully understand the implications of entering into binding arbitration.

Additionally, within Anglo-Saxon legal systems, there exist specialized procedures for resolving healthcare professional liability claims[26]. These procedures, while varying in structure and outcomes, are consistently "facilitative," meaning they remain non-binding. Often classified as hybrid or advisory ADRs, they involve a neutral third party who provides assessments, opinions, and non-binding resolutions, distinguishing them from the more conclusive nature of traditional arbitration[27].

3. Global perspectives on dispute resolution practices.

As suggested by the terminology used to define ADR prototypes, the most established practices originate from Anglo-Saxon countries, particularly the United States, Great Britain, and Australia. The increasing reliance on ADR in the realm of healthcare liability is often viewed as a symptom of the crisis facing the tort system, which underpins the principles governing damage compensation in traditional civil law procedures. This demand for reform in tort law is primarily linked to the staggering rise in costs associated with compensating damages stemming from healthcare practices, compounded by cyclical crises of uninsurability in medical professions and the added expenses linked to defensive medicine – such as the excessive prescription of diagnostic tests[28].

The hallmark reforms to the tort system undertaken in the US and Australia chiefly consist of imposing limits on compensable damages arising from medical activities (caps on damages). In Australia, various states have established caps for both pecuniary and non-pecuniary damages related to medical malpractice. In the United States, beyond these caps, the punitive damages awarded to patients against physicians have been abolished, and indirect reforms have been enacted, such as the

[25] J. FRASER, *Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice*, cit., pp. 602-603.

[26] E. A. DAUER, *Alternatives to litigation for health care conflicts and claims: alternative dispute resolution in medicine*, cit., pp. 1416-1417.

[27] L. FEINBERG, *Medical Professional Liability Reform for the 21st Century: A Reveiw of Policy Options Report of the Advisory Committee on Medical Professional Liability*. Available at http://jsg.legis.state.pa.us/Med%20Mal.PDF. Last visited April 5, 2023.

[28] G. D. DALTON, X. F. SAMAROPOULOS, A. C. DALTON, *Effect of physician strategies for coping with the US medical malpractise crisis on healthcare delivery and patient access to healthcare*, PUBLIC HEALTH, 2008, p. 1051 ff. See also G. CALABRESI, *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, U. CHI. L. REV., 1975, p. 69 ff.

ISSN 2036-7821

elimination of the tort law stipulation that mandates full compensation for plaintiffs, even when portions of their costs are covered by other means (like medical expense insurance)[29]. Other indirect reforms, such as linking legal fees to a predetermined percentage of awarded damages and converting future damage payments into periodic installments instead of lump sums, have yielded mixed results. The evolution of tort law has also seen significant legal and jurisprudential changes concerning the standard of "reasonable care," evidence derived from health system guidelines, and the "peer professional opinion" utilized in judicial proceedings. These matters, while important, are particularly relevant to litigation and thus lie outside the scope of ADR[30].

In contrast to the judicial compensation mechanisms defined by tort law, there exist primarily two systems for compensating damages resulting from healthcare activities: the no-fault system and ADR. The no-fault system is an administrative, non-judicial method of compensation that operates independently of establishing error, fault, or liability on the part of the healthcare provider or institution. Under this framework, predetermined types of adverse events occurring post-medical intervention are automatically compensated. The no-fault system, notably advanced in New Zealand[31] and to a lesser extent in Sweden, is less prevalent in the United States[32], Australia, and the United Kingdom[33].

Indemnities awarded through the no-fault system are typically lower than those provided through court-based compensation systems[34].

Proponents of the no-fault model argue that its streamlined and straightforward procedures, along with lower indemnities, contribute to the containment of healthcare liability costs. Conversely, critics contend that the accessibility of the no-

[29] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 341.

[30] D. KESSLER & N. SUMMERTON, *Effects of the medical liability system in Australia, the U.K. and U.S.A.*, Lancet, 2006, p. 240; C. SMITH, *Capping the Cap discussion. Alternate Solutions For Rising Medical Malpractice Insurance Premiums, Patient Safety and Alternative Dispute Resolution*. Available at https://www.amsa.org/hp/MedMal_AlternateSolutions.pdf. Last visited April 5, 2023.

[31] In New Zealand, medical professional liability compensation is provided by the Accident Compensation Corporation (ACC). In connection with the ACC operates the Heatlh Disability Commissioner, a full-fledged conciliation commission, which offers a series of non-monetary remedies after investigating the case according to a mediation procedure in which both the patient and the health professional play an active and participatory role. See M. BISMARK & E. A. DAUER, *Motivations for Medico-Legal Action Lessons from New Zealand*, J. LEGAL MED., 2006, p. 55 ff.

[32] Few data are available for the US, but facilities that introduced a no-fault indemnity system had similar costs to similar facilities that retained the tort system's indemnity route. C. SMITH, *Capping the Cap discussion. Alternate Solutions For Rising Medical Malpractice Insurance Premiums, Patient Safety and Alternative Dispute Resolution*, cit.

[33] In the UK, only certain specific types of damage are eligible for compensation through the no-fault system, such as neurological damage resulting from childbirth. D. KESSLER & N. SUMMERTON, *Effects of the medical liability system in Australia, the U.K. and U.S.A.*, cit., p. 260 ff.

[34] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 341.

ISSN 2036-7821

fault system leads to an increase in claims, ultimately raising overall expenditures in the sector. Furthermore, they assert that such a system fosters a diminished perception of negligence or disorder among healthcare providers, consequently reducing their commitment to preventive measures[35].

Regarding the broad domain of ADR, Anglo-Saxon countries differentiate between institutional ADRs, which are guaranteed and administered by recognized institutions, and private ADRs. A quintessential example of institutional ADR is found in the United Kingdom, where the Clinical Negligence Scheme for Trusts was established in 1994[36]. This scheme, administered by the National Health System Litigation Authority (NHSLA), oversees disputes between citizens and the national health service, encompassing hospital care, general medicine, and, more recently, dental care. The NHSLA employs a mixed compensation approach: neurological birth injuries[37] are compensated through a no-fault system; claims up to £30,000 are processed for rapid compensation via an expedited administrative fault-finding procedure followed by a settlement proposal, while claims exceeding this amount require a process to establish the fault of the healthcare provider, utilizing various forms of ADR (negotiation, mediation, etc.)[38].

Overall, 96% of the disputes managed by the NHSLA are resolved through negotiation, mediation, and other forms of ADR. The conflict and litigation management process is highly structured; guidelines were issued in January 2007[39] to govern conflict management from its inception through documentation preparation, preliminary examination, potential expert opinion, and forecasting of case-related costs (including compensation and legal fees).

In the United States, certain states mandate institutional ADR for specific cases of healthcare liability. In Maryland[40] for instance, since 1976, a citizen alleging harm from a healthcare service must first seek arbitration through the Health Care

[35] On the degree of impact of ADRs on the extent of compensation and risk control of healthcare services provided by some hospitals in the UK, P. FENN, A. GRAY, M. RICKMANC, *Liability, insurance and medical practice*, J. HEALTH ECON., 2007, p. 1057.

[36] The National Health Service Litigation Authority, Report and Accounts 2007, London: The Stationery Office, 2007.

[37] For an in-depth look at the system of guidelines and audit procedures with the NHSLA in obstetrics and gynaecology to which 60-70% of annual medical liability payments are due, see L. BUSH & S. ARULKUMARAN, *Clinical Negligence Scheme for Trusts for maternity services (CNST)*, in *Current Obstetrics & Gynaecology*, 2003, p. 373 ff.

[38] P. FENN, A. GRAY, N. RICKMAN, *The economics of clinical negligence reform in England*, in *The Economic Journal*, 2004, p. 272 ff.

[39] Clinical negligence reporting guidelines, Fourth edition – January 2007. Available at www.nhsla.com/NR/rdonlyres. Last visited April 5, 2023.

[40] M. AHEARN, *Medical Malpractice Arbitration*. Available at http://www.adrlawinfo.com/medmal.html. Last visited April 5, 2023.

ISSN 2036-7821

Alternative Dispute Resolution Office, resorting to court only if the opposing party consents and an expert opinion affirms a deviation from the standard of care. This precaution is intended to deter unnecessary litigation for non-liability cases. The arbitration process is conducted before a panel selected by the parties from a list, comprising a physician, a lawyer, and a citizen representative. This panel determines whether negligence occurred and assesses damages arising from inadequate medical services. Decisions made by the arbitration panel may be appealed in the Circuit Court[41].

Similarly, in Michigan and Wisconsin, citizens must first present their grievances to a commission of five mediators before proceeding to court, although this phase is not truly one of mediation or conciliation; rather, it serves to filter out claims deemed "frivolous," ensuring that only well-founded cases advance to judicial consideration.

In the United States, while ADR, particularly mediation, is acknowledged for its potential to amalgamate the advantages of arbitration with the merits of litigation, its application in resolving medical disputes is not widespread, and comprehensive data is scarce. The limited adoption of ADR can be attributed mainly to the tendency for judicial outcomes to be more favorable to physicians[42] compared to those resulting from ADR mechanisms. Moreover, all compensation payments for medical liability, even those achieved through ADR, must be reported to the National Practitioner Data Bank (NPDB)[43]. The records of each medical practitioner in the NPDB are permanent and are referenced by insurance companies during contract negotiations and by medical organizations prior to offering employment, which often leads physicians to prefer litigation over ADR, despite its greater emotional cost and investment[44].

This tendency is underscored by data from insurance agencies, revealing that in the United States, no more than 2% of health disputes are resolved through mediation, even though mediation is widely regarded as less expensive, more effective, and more satisfying for both parties. Although judges can appoint neutral third parties to conduct mediation outside the courtroom, the data regarding court-related

[41] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., pp. 343-344.

[42] J. FRASER, *Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice*, cit., p. 603 ff. In this sense, D. W. HORAN, *Trials, settlements and arbitration: the plaintiff's perspective*, CLIN. PLAST. SURG., 1999, p. 93, emblematically notes that the judicial route does not favour the plaintiff. In fact, the author states that «[m]ost plaintiffs do not favor arbitration because of the element of uncertainty − a jury − combined with the element of exclusivity, usually favoring a defendant».

[43] Alternative Despute Resolution. Available at http://www.ama-assn.org/ama/pub/category/6074.html. Last visited April 5, 2023.

[44] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 344.

ISSN 2036-7821

mediations indicate low success rates[45] and minimal impact in alleviating the volume of court disputes.

4. A comparative analysis of European dispute resolution approaches.

Within the European context of out-of-court negotiations[46] Germany occupies a significant position, particularly as its healthcare system grapples with a notably high volume of disputes. This is underscored by the fact that, according to estimates from 2001, Germany had the highest per capita access to healthcare services globally[47]. The fourth decade of operation of the Conciliation Chambers, which were established under two distinct models—the Gutachterkommissionen (GutK) and the Schlichtungsstellen (SchlSt)[48] – is now drawing to a close.

In Germany, healthcare documentation is acquired ex officio, offering probative value primarily for the party receiving assistance. Initially, the healthcare case undergoes examination by a Commission of Experts, appointed according to the relevant medical discipline. This commission prepares a report to ascertain the presence or absence of medical error and the general liability of the healthcare

[45] In North Carolina, court-ordered mediations were unsuccessful in 56% of the cases and had no influence on either the number of disputes that reached the court or on the outcome of compensation judgments, to the extent that mediation resulted in a substantial overlap with a settlement conference (counselling operations carried out in the court). The mediated conference, «in most instances, is "usually'" nothing more than a structured traditional settlement conference conducted by a neutral third party. The parties themselves participate only infrequently and creative solutions are rarely considered. Lawyers talking about money is the norm». Robert Wood Johnson Foundation, *Evaluation of Court Ordered Mediation in Medical malpractice Cases*. Available at http://www.rwjf.org/reports/grr/032057.htm. Last visited April 5, 2023.

[46] For a critical reconstruction of the Community regulatory requirements and impulses that have led to the current state of Italian-Community sources on the alternative system of justice E. CAPOBIANCO, *Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive*, VITA NOT., 2012, p. 155 ff; V. VIGORITI, *Superabili ambiguita`. Le proposte europee in tema di Adr e di Odr*, NUOVA GIUR. CIV. COMM., 2012, p. 313 ff; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («AlternativeDispute Resolution»)*, FORO IT., 2003, 165 ff; C. CAMARDI, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, spazio e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche*, EUR. DIR. PRIV.,2004, p. 549 ff; F. P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori,* in RIV. TRIM. DIR. E PROC. CIV., 2014, p. 1299 ff; T. ROSSI, *Effettivita` della tutela nella recente regolamentazione europea di ADR e ODR,* RASS. DIR. CIV., 2014, p. 831 ff.

[47] The number of admissions to the national health system in Germany in 2004 was 18.4 million, Expert Commission and Arbitration Boards at Chambers of Physicians, German Medical Association, Berlin, 2007.

[48] For extensive references on the subject S. WINLKLER, *Alternative Dispute Resolution. Risoluzione extragiudiziale delle controversie mediche*, DANNO RESP., 2003, p. 1041 ff. The GutK, which is run exclusively by the Medical Association, is the most widespread form of conciliation commission at a national level and is composed of doctors with various specialisations as well as a jurist with a licence to practice as a judge. Only the patient and the doctor may appear before the Gutk, possibly assisted by their respective lawyers. The SchlSt was created by an agreement between the Medical Association and the guild of insurance companies and has a commission with a composition similar to that of the GutK, but insurance companies may also participate in the conciliation procedure.

ISSN 2036-7821

facility. Subsequently, the Conciliation Commission intervenes, finalizing the facts and circumstances and formulating a written settlement proposal based on the expertise provided. While the Medical Expert Commission assesses the doctor's conduct from a technical and scientific standpoint, the Conciliation Commission focuses on proposing a settlement informed by the medical report and grounded in civil law principles[49].

The Commission confines its opinion to the technical and scientific aspects of liability, deliberately avoiding issues of informed consent or any potential defects therein. The Commissions conclude by issuing an opinion regarding the possible existence of liability on the part of the doctor, without evaluating damages, which remain a matter for direct negotiation between the injured party and the insurance company. In the SchlSt, the liability opinion is accompanied by a conciliatory recommendation presented to the involved insurance company[50].

The data reflecting the work of these Commissions is particularly revealing[51], indicating that, on average, only one-third of the appeals presented are well-founded (i.e., genuinely characterized by medical liability). Among those accepted, the Commission's opinion successfully averts continued litigation in approximately 90% of cases. The widespread acceptance and strong credibility that the German commissions enjoy at the national level are the fruits of a long-term commitment to the principles of competence, independence, and transparency[52].

Moreover, the procedures of the German conciliation commissions offer the dual benefits of being gratuitous and non-binding while also promoting educational opportunities for both parties. For the patient, the conciliation process allows them to voice their grievances, comprehend the events surrounding their healthcare experience, and bridge communication gaps. For the physician, it provides a chance to restore effective communication with the patient, address any technical or scientific uncertainties encountered, and convey the legal and medico-legal

[49] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 346 ff.

[50] *Ibid*. This procedure is voluntary for both the physician and the patient, and the opinion of the Conciliation Commission does not constitute an arbitration award, is non-binding, and does not preclude the possibility of court proceedings. The core activity of the Commissions revolves around medical expertise, which in the case of GutK is conducted by an internal commission member, with costs borne by the Medical Association. Conversely, in the SchlSt, external medical consultants typically perform this task, with expenses covered by the insurance company. Furthermore, the process incurs no costs for either the physician or the patient, aside from any legal fees that the parties may choose to incur.

[51] See J. NEU, K. D. SCHEPPOKAT, H. VINZ, *Medical risk and iatrogenic injury "accident reports" from the North German Schlichtungsstelle (expert panel for extrajudicial claims resolution)*, Z. ARZTL. FORTBILD. QUALITATSSICH., 2004, p. 567; K. D. SCHEPPOKAT & K. HELD, *Results of 903 settlement proceedings in internal medicine*, DTSCH. MED. WOCHENSCHR., 2002, p. 253 ff.

[52] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 347-348.

ISSN 2036-7821

implications of specific behaviors in a more "persuasive" manner than through traditional adjudicative processes.

In France[53], the establishment of the Hospital Conciliation Commission and the Regional Conciliation and Compensation Commission was initiated first by a decree in 1998[54], followed by Act No. 303 of March 4, 2002, titled "*Relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*", and further regulated by Act No. 806/2004[55]. The former Commission is primarily tasked with the initial acceptance of disputes, whereas the Regional Commission conducts the actual conciliation procedure. This latter body comprises various representatives, including physicians (both employed by the national health service and independent practitioners), healthcare facilities, insurance companies, and experts in biological damage assessment[56].

If the Regional Commission identifies medical liability in a given case, it issues a proposal for conciliation, which the injured party may either accept or reject in favor of traditional legal recourse. In instances where biological damage exceeds 24%, but no evidence of professional error is found (as may occur in cases of complications), the case is forwarded to O.N.I.A.M. (the National Organisation for Adverse Medical Events), which formulates a conciliation proposal that nonetheless ensures compensation. Thus, even in France, there appears to be a delineated no-fault compensation system, albeit confined to the aforementioned adverse circumstances where professional liability is not established[57].

In Italy, article 8 of Law No. 24/2017 instituted the requirement to pursue a negotiated pathway prior to initiating actions for damages resulting from healthcare liability in state courts. Specifically, this provision offered an alternative between the pathway delineated by Article 696-bis of the Code of Civil Procedure and that governed by Legislative Decree No. 28 of 2010. It further stipulated a clear preference for the procedural route dictated by Articles 702-bis et seq. of the Code of Civil Procedure in instances where the parties fail to reach a negotiated resolution, although a transition to the ordinary procedural route remains permissible should a summary instruction prove unfeasible[58].

---

[53] For an analysis of the French system C. JARROSSON, *Les modes alternatifs de règlement des conflits: présentation générale*, REV. INT. DIR. COMP., 1997, p. 325 ff.

[54] On this point *Décret no 98-1001 du 2 novembre 1998 Relatif à la commission de conciliation prévue à l'article l. 710-1-2 du code de la santé publique et modifiant ce code (deuxième partie: Décrets en Conseil d'Etat)*.

[55] *Loi n. 2004-806 du 9 ao"t 2004 relative à la politique de santé publique*.

[56] V. PINCHI, *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, cit. p. 588. On this point, it must be stressed that only disputes concerning events occurring after 5 September 2001 may be submitted to the Commission.

[57] P. TORTORANO, *Alternative Dispute Resolution.Comparing experiences of medical liability*, cit., p. 348 ff.

[58] For an anlysis see M. MARINARO, *In materia di responsabilità medico-sanitaria serve la figura professionale dell'in33mediatore*, in *Guida al Diritto*, Milan, 2012; M. BOVE, *Responsabilità sanitaria ed esperimento di ADR come condizione di procedibilità: su alcune questioni aperte*, RIV. ARB., 2019, p. 587 ff.

ISSN 2036-7821

Notwithstanding the fact that the aforementioned provision does not delineate the relationship between mediation and litigation, nor clarifies the terms of the alternatives between the cited pathways, certain application nuances persist that warrant further examination, even following previous reflections on the subject[59].

Through Law No. 24/17, the legislator introduced a novel instance of conditional jurisdiction within the realm of healthcare liability reform. Article 8, in particular, imposes an obligation to undertake the preventive technical consultancy procedure stipulated in Article 696-bis of the Code of Civil Procedure, which serves not only to facilitate preliminary investigative activities but also to promote conciliatory settlement attempts through a court-appointed technical consultant[60].

A central issue addressed by the 2017 legislature pertains to the nature of liability for healthcare professionals and facilities. Initially categorized as contractual liability, opinions diverged post-Law No. 189/12, with some asserting it as non-contractual while others maintained its classification under contractual liability[61].

---

[59] V. PINCHI, *Alternative dispute resolution: esperienze a confronto*, cit. p. 588. See also G. TRISORIO LIUZZI, *La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali,* in *Il giusto processo civile*, 2017, p. 649 ff, spec. pp. 675.

[60] There is an extensive literature on the institution, to which we refer for a general review. Above all C. BESSO, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in S. CHIARLONI (ed.), *Le recenti riforme del processo civile*, II, Bologna 2007, p. 1316 ff; M. MONTANARI, *Brevi note sulla consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696 bis c.p.c.) e sulle relative conseguenze d'ordine applicativo*, GIUSTO PROC. CIV., 2012, p. 701 ff; A.A. ROMANO, *Il nuovo art. 696 bis c.p.c. tra mediation e anticipazione della prova*, in CORRIERE GIUR., 2006, p. 405 ff; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di istruzione preventiva*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO, S. MENCHINI, L. SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milan, 2006, p. 113 ff; A. TEDOLDI, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c.*, RIV. DIR. PROC., 2010, p. 805 ff; V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in M. TARUFFO (ed.), *La prova civile*, Milan, 2012, p. 1070 ff; G.N. NARDO, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis c.p.c. tra conciliazione della lite ed anticipazione della prova*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Turin, 2008, p. v339 ff; F. COSSIGNANI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in A. CARRATTA, (ed.), *I procedimenti cautelari*, Bologna, 2013, p. 723 ff; F. CUOMO ULLOA, *voce Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, DIG. IT., disc. priv., sez. civ., agg., II, Turin, 2007, p. 273 ff; M. ADORNO, *La funzione "conciliativa" della consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis c.p.c.*, GIUSTO PROC. CIV., 2015, p. 869 ff; R. BONATTI, *Un moderno dottor Jekyll: la consulenza tecnica conciliativa*, RIV. TRIM. DIR. PROC. CIV., 2007, p. 247 ff.; M. SCALAMOGNA, *Alcune questioni controverse in tema di consulenza tecnica preventiva con funzione conciliativa*, RIV. TRIM. DIR. PROC. CIV., 2010, p. 957 ff; V. SCIBETTA, *Il nuovo art. 696-bis c.p.c.: la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, GIUR. MERITO, 2006, p. 267 ff.

[61] The doubts stemmed from the unfortunate wording of Article 3, Law No. 189/12, which, after excluding criminal liability for slight negligence on the part of the healthcare professional who follows guidelines and good practices accredited by the scientific community, added that in such cases, the obligation set forth in Article 2043 of the Civil Code remains in force. The ensuing debate concerned the nature of such liability which, according to one view, outside of the hypotheses in which the service was performed under a contract concluded directly between the patient and the healthcare professional, was exclusively extra-contractual, while, according to another view, despite the reference to Article 2043 of the Civil Code, the contractual action, based on the theory of so-called social contact, which jurisprudence had developed over more than a decade, remained available. On this debate, see, among the many contributions, R. BREDA, *La responsabilità civile dell'esercente della professione sanitaria alla luce della c.d. legge Balduzzi: ipotesi ricostruttive a confronto*, RIV. IT. MED. LEG., 2013, 751 ff; A. VALLINI, *L'art. 3, 1 comma della legge Balduzzi: reazioni, interpretazioni, applicazioni*, GIUR. IT., 2014, 2057 ff; M. L. RUFFINI GANDOLFI,

ISSN 2036-7821

Law No. 24/17 clarifies this matter in Article 7, stating that facilities bear contractual liability for damages, whereas healthcare professionals are liable on a non-contractual basis unless a contract with the patient exists—an important distinction impacting burdens of proof and statutes of limitations, which differ depending on the type of liability involved[62].

Article 9 subsequently establishes that both private and public facilities that have compensated the injured party – through judicial or extrajudicial means – possess the right, within specified limits, to pursue recourse against the healthcare professional, or to assert damages within the administrative liability judgment brought forth by the public prosecutor at the Court of Auditors[63]. Both recourse actions must be initiated within one year of payment[64].

Furthermore, Article 9, paragraph 3, excludes the effectiveness of decisions rendered in legal proceedings where the practitioner was not a party, while paragraph 7 expressly limits the evidence's applicability against practitioners who did not participate in the proceedings. Additional principles concerning the appointment of court-appointed technical consultants in healthcare liability cases are established under Article 15[65].

In tema di responsabilità medica: tra incertezze giurisprudenziali e dubbi suscitati dalla Legge Balduzzi, RAGIUSAN, 2014, 176 ff.

[62] M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017*, cit., pp. 97-98.

[63] *Ibid*. On the one hand, it is required that the health care practitioner has acted with malice or gross negligence, and on the other hand, in cases of gross negligence, maximum limits are set within which the practitioner is liable for recourse or administrative liability. The question arises as to whether the private structure can already act against the practitioner in the action brought by the injured party when the latter has not sued him. In fact, Article 9 states that if the healthcare professional has remained outside the proceedings, the action of "recourse" can be brought only after the compensation has been paid. In favour of a negative solution to the question, see A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, CORRIERE GIUR., 2017, p. 775 ff. However, it does not appear that the provision is intended to derogate from the general rules on the subject of joinder of parties, as it seems to refer to the hypothesis in which the healthcare professional was not a party to the lawsuit, regardless of whether he became a party as a defendant by the plaintiff, summoned by the defendant facility or voluntarily intervened in the lawsuit. In this order of ideas, see M. VACCARI, *Le condizioni dell'azione di rivalsa nella legge Gelli-Bianco*, RIDARE, § 2; G. RICCI, *L'azione di rivalsa della struttura sanitaria*, in A.D. DE SANTIS (ed.), *I proifili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Rome, 2017, p. 66 ff. The previous framework is confirmed, given that the damage suffered by the public structure was deemed to be claimed in the context of administrative liability proceedings. See P. MARIOTTI & A. SERPETTI, *Danno erariale da responsabilità sanitaria*, Milan, 2014.

[64] According to a part of the doctrine, the forfeiture would not apply to the action for damages, but only to the action for recourse of private healthcare facilities. See M.A. ZUMPANO, *Profili proceduali della nuova legge sul rischio clinico*, NUOVE LEGGI CIV. COMM., 2017, p. 491. This interpretation, however, clashes with the letter of the provision that refers to both actions the forfeiture period. In this sense, A. D'ADDA, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria*, cit., p. 775 ff.

[65] M. ZULBERTI, *La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite in materia di responsabilità sanitaria. Riflessioni a margine dell'art. 8 della l. n. 24/2017*, cit., p. 99.

ISSN 2036-7821

The disputes subject to the mandatory attempt under Article 8 encompass all actions for compensation, condemnation, or mere ascertainment related to healthcare liability, whether arising from negligent or intentional actions of the healthcare professional or from the facility's breach of the medical care contract[66]. However, it remains contentious whether the term "compensation disputes" extends to claims involving rights other than the right to compensation but closely connected to it. A restrictive interpretation is preferred in cases where provisions temporarily curtail the right of action[67]. However, it remains contentious whether the term "compensation disputes" extends to claims involving rights other than the right to compensation but closely connected to it. A restrictive interpretation is preferred in cases where provisions temporarily curtail the right of action[68].

5. Final reflections: the future of alternative dispute resolution in medical liability.

The establishment of Conciliation Commissions or Chambers, alongside a broader implementation of Alternative Dispute Resolutions (ADRs) within the realm of healthcare liability, is unequivocally suggested as a beneficial strategy for mitigating the costs associated with medical malpractice litigation. This approach aims to alleviate the often exasperating nature of the adjudicative process, reduce the inclination towards criminal proceedings – which recent scholarly perspectives frequently regard as ineffective for the injured party and overly punitive towards healthcare practitioners – and ultimately facilitate swifter, fairer, and less costly access to compensation for the aggrieved patient. However, a preliminary

[66] On this point A. BARLETTA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nell'art. 8 della legge Gelli-Bianco*, RIDARE, 2017. In contrast, V. AMIRANTE, *La consulenza tecnica preventiva e la nuova condizione di procedibilità: disciplina, tempi, soggetti*, RIDARE, 2017, who considers that the compensation disputes would only be those in which a request for condemnation is formulated, considering the expression more limited than that used by legislative decree no. 28/10 which imposes compulsory mediation in relation to compensation disputes, which would instead also include those of mere ascertainment. Of the same opinion, see M. ADORNO, *Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c. in materia di responsabilità sanitaria*, in A.D. DE SANTIS (ed.), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, Rome, 2017, p. 107 ff.

[67] Case law has enumerated the obligations to which the healthcare facility is bound under the contract of hospitalisation, which consists of a complex service, which does not end with the provision of medical and surgical treatment, but extends to a series of other services, such as the provision of auxiliary medical and paramedical staff, medicines, and all the necessary technical equipment, as well as the hotel services in a lato sensu. See, *inter alia*, Cass. 30 September 2015, no. 19541

[68] Article 12 in fact does not affect the provisions of Article 8, *i.e.* those relating to the mandatory nature of the conciliation attempt. See G. OLIVIERI, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24)*, in www.judicium.it, § 3; F. SANTAGADA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione*, in G. ALPA (ed.), *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, OSPEDALETTO, 2017, p. 357 ff; G. BUFFONE, *Un ruolo centrale per la consulenza tecnica preventiva*, GUIDA DIR., 2017, p. 78 ff; M. HAZAN, *Alla vigilia di un cambiamento profondo: la riforma della responsabilità medica e della sua assicurazione (DDL Gelli)*, DANNO RESP., 2017, p. 89 ff; A. MEI, *Responsabilità sanitaria e risoluzione stragiudiziale, dopo la c.d. riforma Gelli approvata in via definitiva*, in *La nuova procedura civile*, 2, 2017; M. ADORNO, *Il nuovo "filtro" dell'art. 696 bis c.p.c.*, cit., p. 108 ff.

ISSN 2036-7821

examination of both international practices and our national experience reveals that a significant cultural gap must be bridged to effectively plan for and adopt systems that favor the out-of-court resolution of disputes.

To begin with, the measures that aim to establish potential bodies, organs, and commissions at the local-regional level for the extrajudicial management of health-related disputes must employ terminology (such as conciliation, arbitration, mediation, etc.) with precision and clarity. This is crucial, as the terms frequently draw from other sectors—such as finance and corporate law, particularly within Anglo-American jurisdictions—where a notable diversity in procedural realities already exists. Moreover, in various European contexts, different terminologies supplement these terms, notably the word "conciliation".

The mechanisms and modalities of conciliation are often misaligned with the judicial process. The plaintiff, having chosen the litigation path, typically structures their grievance based on expert opinions; hence, a withdrawal towards a settlement might not adequately address their concerns. Furthermore, judicial conciliation is hampered by the inherent limitations posed by the conciliator's institutional role, which can inhibit the parties' transparency – essentially, the mutual openness necessary to comprehend the underlying reasons for the grievance and the corresponding offers or requests, which form the bedrock of any potential settlement.

Consequently, extrajudicial conciliation in the sphere of healthcare professional liability necessitates that medical examiners, specialists, and legal practitioners cultivate conciliatory skills previously unrequired. The urgency to develop proficiency in conciliation techniques may soon emerge, particularly if the current legislative momentum surrounding mediation and conciliation culminates in the establishment of dedicated bodies or individuals tasked with addressing disputes in medical professional liability. In anticipation of this evolution, legal and medical professionals could seek guidance from established guidelines and standards – such as those adopted by certain health mediation bodies internationally (e.g., in the United States) – while it remains imperative for national scientific societies to promptly tackle this issue by proposing targeted training programs and operational models tailored specifically for the conciliatory processes instituted within our jurisdiction.

In conclusion, while the potential for ADRs and conciliation in healthcare liability is significant, realizing this potential demands a concerted effort to overcome cultural barriers, refine terminological precision, and enhance the skills of those involved in the conciliation process. The development of stable structures for conciliation will be crucial, necessitating a proactive approach from both legal and healthcare professionals to foster an environment conducive to effective dispute resolution.

ISSN 2036-7821

Only through such efforts can we aspire to create a more efficient, equitable, and supportive framework for addressing grievances within the healthcare system.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sulla pluralità delle domande e sulla conversione delle azioni nel processo amministrativo. Sostegno dogmatico al contributo di giurisprudenza

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari)

Sommario

(Parte prima) 1.1. Apporto giurisprudenziale in punto di pluralità delle domande: generalità ... - 1.2. … e casistica relativa a contenziosi in materia di gare. - 2.1. Particolare attenzione riservata alle condizioni per ammettere il cumulo … - 2.2. … nonché, alla variazione della competenza territoriale per ragioni di connessione. - 3. Sostegno dogmatico. - (Parte seconda) 4. Apporto giurisprudenziale in punto di conversione delle azioni. - 5. Sostegno dogmatico.

Abstract

The paper starts from the meagre regulatory data dedicated to each of the (intersecting) institutions, the plurality of judicial claims and the conversion of shares; to examine, with the contribution of jurisprudence (especially in terms of conditions), both the functional sense and the application developments. This is followed by a brief dogmatic discourse (epistemologically updated) aimed at giving rigor to the conclusions reached by the administrative judges (especially in terms of complementarization of the principles involved), if necessary enhancing their potential that remained unexpressed.

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

ISSN 2036-7821

Parte prima

1.1. Apporto giurisprudenziale in punto di pluralità delle domande: generalità …

È regola generale del processo amministrativo impugnatorio che il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi-motivi si correlino strettamente a quest'ultimo. Tale regola può essere derogata nelle sole ipotesi in cui la cognizione, nel medesimo giudizio, della legittimità di più provvedimenti sia imposta dall'esigenza di concentrare, in una delibazione unica, l'apprezzamento della correttezza dell'azione amministrativa oggetto del gravame, quando questa viene censurata nella sua complessità funzionale e, soprattutto, per profili che ne inficiano in radice la regolarità e che interessano trasversalmente le diverse, ma connesse, sequenze di atti. In tale logica che esprime la tensione, verso il *simultaneus processus*, dell'ordinamento comune e segnatamente di quello amministrativo, va inquadrato l'istituto del 'cumulo delle domande'[1].

Alla giurisprudenza si deve un contributo notevole nell'inquadrare il senso funzionale e gli sviluppi applicativi della previsione normativa di un possibile cumulo di domande nel medesimo giudizio amministrativo.

È dato così di riscontrare innanzitutto che l'istituto viene ritenuto coerente: sia col principio che impone di privilegiare la possibile conservazione degli effetti degli atti processuali, in funzione della pienezza e dell'effettività della tutela giurisdizionale garantita dalla Costituzione; sia coi principi di completezza del contraddittorio e di economia processuale[2]. Il limite negativo riposa nell'esigenza di non complicare la vicenda processuale, cumulando la trattazione di procedimenti che poco o nulla hanno in comune tra loro, se non l'identità delle parti[3]. Si registra, a questa stregua, una comune ispirazione, per via di parziale coincidenza dei presupposti (connessione): fra il cumulo oggettivo, i 'motivi aggiunti'[4], e la 'riunione dei ricorsi'[5]; ma anche fra il primo ed il 'ricorso collettivo' (salve le peculiari implicazioni

[1] Per cui si rinvia all'art. 32, comma 1, c.p.a.

[2] Cfr.: Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. I, 31 marzo 2021, n. 1040; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2021, n. 2270.

[3] Trib. amm. reg. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 14 giugno 2017, n. 452 ove si puntualizza, a riguardo del *simultaneus processus*, che «trova fondamento in più esigenze (esemplificativamente: non aggravare la posizione del ricorrente costringendolo ad intraprendere più iniziative processuali; semplificare l'iter processuale; risparmiare tempo ed energie giudiziarie; favorire la cognizione unitaria di vicende identiche, etc.)».

[4] Cfr.: Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8337; Trib. amm. reg. Emilia - Romagna, Bologna, sez. II, 14 giugno 2017, n. 452; Cons. Stato, ad. plen., 20 novembre 2013, n. 29.

[5] Di cui all'art. 70 c.p.a. Cfr.: Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2021, n. 2270; Trib. amm. reg. Basilicata, Potenza, sez. I, 22 gennaio 2020, n. 69 («Nel processo amministrativo ed in particolare con riferimento al cumulo delle domande sussiste connessione oggettiva quando fra gli atti impugnati venga ravvisata quantomeno una connessione procedimentale di presupposizione giuridica o di carattere logico, in quanto i diversi atti incidono sulla medesima vicenda oppure quando le domande cumulativamente avanzate si basino sugli stessi presupposti di fatto o di diritto e siano riconducibili nell'ambito del medesimo rapporto o di un'unica sequenza procedimentale; o, infine, quando sussistano elementi di connessione tali da legittimare la riunione dei ricorsi»).

ISSN 2036-7821

derivanti dal promovimento da parte di una pluralità di soggetti)[6].

Ciò premesso, quanto agli sviluppi applicativi, la giurisprudenza non si limita a ribadire il dato di diritto positivo, ma fornisce altresì un bagaglio di istruzioni a corredo.

Così, per un verso, viene confermata l'ammissibilità dell'istituto sia quando le domande vengano proposte in via principale, sia quando risultino avanzate in via incidentale[7]. Inoltre (con riserva di ulteriori annotazioni nella Pt. II del presente scritto), viene riconosciuto il cumulo: non solo quando siano proposte contestualmente più domande di identica natura (es., di annullamento, ciascuna diretta nei confronti di distinti provvedimenti)[8]; ma anche quando quelle siano per natura distinte e sottoposte a riti diversi (es., di annullamento e di accertamento della nullità per violazione od elusione del giudicato; oppure, di annullamento ed in via subordinata di accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento tenuto dalla P.A.)[9].

Per altro verso, in quest'ultimo caso:

oltre a ribadire che opera un meccanismo di regola/eccezione, per cui: si applica il rito ordinario; salvo quando siano coinvolti riti abbreviati relativi a speciali controversie, nel qual caso l'intero giudizio viene attratto nella sfera applicativa del rito abbreviato[10];

---

[6] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III ter, 13 novembre 2020, n. 11826. Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 18 maggio 2020, n. 3155 («Nel processo amministrativo il ricorso collettivo, presentato da una pluralità di soggetti con un unico atto, è ammissibile nel solo caso in cui sussistano, congiuntamente, i requisiti dell'identità delle situazioni sostanziali e processuali - ossia che le domande giudiziali siano identiche nell'oggetto, che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi, e dell'assenza di un conflitto di interessi tra le parti; due, pertanto, sono i requisiti di ammissibilità del ricorso: uno positivo, costituito dalla identità di posizioni sostanziali e processuali in rapporto a domande giudiziali fondate sulle stesse ragioni difensive; l'altro negativo, costituito dall'assenza di conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra le parti»; quest'ultimo, richiesto poiché diversamente il risultato dell'impugnativa favorirebbe una categoria a detrimento dell'altra).

[7] Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. III, 19 novembre 2018, n. 1480.

[8] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III ter, 16 novembre 2018, n. 11126.

[9] Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, 10 dicembre 2018, n. 479; Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. I, 31 marzo 2021, n. 1040. Cfr. pure Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 28 ottobre 2010, n. 7139 («In attuazione del principio di concentrazione ed effettività della tutela deve ritenersi ammissibile il ricorso giurisdizionale con il quale siano state proposte due domande soggette a riti diversi e, precisamente, una domanda principale diretta all'annullamento del provvedimento impugnato e una subordinata tendente ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento tenuto dalla P.A. In tal caso si applica il rito ordinario a cui è soggetta l'azione di annullamento proposta in via principale»).

[10] Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2023, n. 9100. Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4676: «l'art. 32, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), dopo aver affermato la possibilità del cumulo di domande connesse nello stesso giudizio, aggiunge una regola ed un'eccezione, e cioè in particolare che se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV. La norma processuale stabilisce dunque che i riti abbreviati relativi a speciali controversie prevalgono sul rito ordinario; ne consegue che nei giudizi amministrativi di contenuto misto, allorchè sia proposta domanda di annullamento di

ISSN 2036-7821

si puntualizza che la conversione del rito è attuabile solo a condizione che le domande non vengano poste in via esclusiva e siano trattate unitariamente[11].

Correlativamente: poiché (come anticipato) la disciplina concernente il cumulo, in uno stesso giudizio di azioni soggette a riti diversi, si applica anche al caso di più processi riuniti per ragioni di connessione; la conseguenza che ne viene tratta è che parimenti la regola, in ordine alla *vis attractiva* del rito ordinario, deve essere rispettata, nulla opponendovisi, anche nell'ipotesi di esame congiunto di azioni soggette al rito ordinario e di azioni per le quali sia invece da osservare il procedimento in camera di consiglio[12].

Ad ogni modo, «non può dirsi consentito il mutamento del rito tra il primo e il secondo grado del giudizio in ragione della decisione assunta dal giudice di primo grado, poiché ciò darebbe luogo ad un inammissibile mutamento del rito *secundum eventum litis*, che, oltre a non trovare alcun appiglio normativo, trattandosi di potere riservato al giudice che lo esercita pendente la controversia, comporterebbe incertezza sulla decorrenza dei termini processuali. Il rito applicabile è, dunque, definito una volta e per tutte in ragione delle domande proposte negli atti introduttivi del giudizio, con conseguente prevalenza, nel caso in cui siano proposte domande assoggettate a riti diversi, del c.d. rito abbreviato per l'espressa previsione dell'art. 32, comma 1, secondo periodo, cod. proc. amm.»[13].

1.2. … e casistica relativa a contenziosi in materia di gare.

provvedimenti ricadenti nella disciplina degli artt. 119 e 120 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) e conseguenziale domanda di risarcimento del danno, deve trovare applicazione al giudizio il rito speciale ex artt. 119 e 120 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA)». In linea, Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 3 dicembre 2015, n. 800: « Ai sensi dell'art. 32, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA), nei giudizi amministrativi di contenuto misto (impugnatorio e condanna), ossia quando sia proposta domanda di annullamento di provvedimenti ricadenti nella disciplina dettata dagli art. 119 e 120 D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) e consequenziale domanda di risarcimento del danno, deve trovare applicazione al giudizio il rito speciale ex artt. 119 e 120 CPA».

[11] Cfr.: Trib. amm. reg. Toscana, Firenze, sez. I, 8 ottobre 2015, n. 1340 («Nel giudizio amministrativo il rito speciale accelerato trova di converso applicazione anche alla domanda risarcitoria, solo qualora essa non sia posta in via esclusiva, ma cumulativamente con quella di annullamento. Tale principio risulta codificato dall'art. 32, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010 (CPA) per il caso di pluralità di domande, che, nei casi del titolo V del libro IV CPA, in deroga alla regola generale, prevede che prevalga la disciplina acceleratoria dettata dai riti speciali»); Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 453 («A norma dell'art. 32 c.p.a., secondo cui "se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario", la conversione si attua quando le domande richiedenti riti diversi vengano trattate unitariamente ed entrambe, ma non anche quando il giudice abbia in realtà separato i momenti decisori, provvedendo in realtà solo sulla domanda soggetta a rito speciale. D'altronde la fattispecie di nullità per violazione della regola di pubblicità delle udienze, di cui all'art. 87, comma 1, c.p.a., si riferisce al necessario metodo di celebrazione delle udienze per i casi in cui è stabilita la trattazione in udienza pubblica, ma non all'assorbimento del rito camerale in quello ordinario, nell'ipotesi di trattazione congiunta»).

[12] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 29 settembre 2011, n. 608.

[13] Cons. Stato, sez. V, 28 marzo 2024, n. 2937.

ISSN 2036-7821

La disciplina che, nei termini nanti riportati, evita l'inammissibilità ai ricorsi cumulativi, incontra frequente applicazione nei contenziosi relativi a procedure di gara.

«Infatti, anche nel caso di gare divise in lotti, l'impugnazione unitaria - così come d'altronde è la regola per le gare a lotto unico - può avere ad oggetto più atti della stessa procedura di gara, purché legati da connessione funzionale o procedimentale. In particolare, possono essere oggetto del ricorso introduttivo tutti gli atti della stessa procedura fino a quel momento adottati, essendo ammissibile il cumulo delle domande di annullamento tra loro connesse ex art. 32 del D.Lgs. n. 104/2010, mentre - allo stesso fine di realizzare l'economia dei giudizi - "i nuovi" atti della medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti»[14]. Di tal fatta, l'impugnazione di una pluralità di atti non comporta 'confusione' tra le cause; semmai, evitando il rischio di conflitto tra giudicati[15].

Allo stesso modo, «nel caso in cui, nel corso di giudizio, vengono introdotte domande soggette asseritamente al rito super-speciale e domande sottoposte all'ordinario rito appalti, è possibile, per ragioni di economia processuale ed anche al fine di evitare decisioni contrastanti, che i relativi motivi di doglianza siano esaminati nell'ambito di un unico e simultaneo giudizio da svolgersi secondo le forme e i termini del rito ordinario, che, in base ai principi processuali di carattere generale desumibili anche dall'art. 32, c. 1, c.p.a., deve trovare sempre prevalente applicazione, essendo quello che assicura maggiori garanzie di difesa; a suffragio di tale opzione, occorre considerare che se la *ratio legis* del nuovo rito "superaccelerato" è quella di consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente anche all'esame delle offerte - da qui, invero, l'imposizione di censurare l'altrui partecipazione anche senza averne "interesse" - tale *ratio* viene meno allorquando … sia sopraggiunta l'aggiudicazione (a pochi giorni dall'ammissione delle offerte), venendo pertanto meno i presupposti logici dell'operatività del rito superaccelerato e l'eccezionale irrilevanza dell'interesse ai fini dell'azione»[16].

---

[14] Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8337 che così puntualizza: «l'ammissibilità del ricorso cumulativo contro gli atti di una gara divisa in lotti resta subordinata all'articolazione, nel gravame, di censure idonee ad inficiare segmenti procedurali comuni (ad esempio il bando, il disciplinare di gara, la composizione della commissione giudicatrice, la determinazione di criteri di valutazione delle offerte tecniche ecc.) alle differenti e successive fasi di scelta delle imprese affidatarie dei diversi lotti e, quindi, a caducare le pertinenti aggiudicazioni; in questa situazione, infatti, si verifica una identità di causa petendi e una articolazione del petitum che risulta giustificata dalla riferibilità delle diverse domande di annullamento alle medesime ragioni fondanti la pretesa demolitoria che, a sua volta, ne legittima la trattazione congiunta».

[15] Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2019, n. 4569.

[16] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 10 dicembre 2018, n. 2335.

ISSN 2036-7821

2.1. Particolare attenzione riservata alle condizioni per ammettere il cumulo …

Peraltro, quel contributo giurisprudenziale ha dato il meglio di sé a riguardo delle condizioni per dare corso alla deroga del 'cumulo': l'identità sia di situazioni sostanziali e processuali, sia di censure; segnatamente, il sussistere di oggettivi elementi di connessione:

tra gli atti impugnati, nel senso che siano riferibili, in termini logico-giuridici (di preparazione-presupposizione o di consequenzialità), al medesimo rapporto o ad un unico procedimento amministrativo, seppur inteso nella sua più ampia latitudine semantica (connessione funzionale - quando alcuni atti assolvano ad un ruolo preparatorio rispetto ad altro, ovvero un atto costituisca svolgimento di precedenti -);

tra le domande avanzate in modo cumulativo, nel senso che, in quanto teleologicamente volte alla tutela di una unitaria situazione giuridica soggettiva finale, si riferiscano alla medesima vicenda, presentando comunanza dei presupposti di fatto o di diritto e/o riconducibilità delle pretese azionate agli atti impugnati come *supra* atteggiantisi.

«In sostanza, il cumulo delle cause, richiede un collegamento tra gli atti di tipo procedimentale tanto da determinare un quadro unitariamente lesivo degli interessi del ricorrente (come nel caso dell'impugnazione congiunta dell'atto presupposto e di quello conseguenziale), ovvero è possibile quando gli atti si fondano su identici presupposti e le censure proposte implicano la soluzione di identiche questioni (come, ad esempio, nel caso di impugnazione di diversi dinieghi in materia urbanistica fondati sull'interpretazione delle stesse norme del piano regolatore generale)»[17].

Tale rapporto andrà accertato rigorosamente, onde evitare: la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento procedurale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato. Pertanto, ai fini dell'ammissibilità del ricorso cumulativo avverso distinti provvedimenti, è altresì necessario che, con il gravame, vengano dedotti vizi che colpiscano, nella medesima misura, i diversi atti impugnati: cosicché la cognizione delle censure dedotte a fondamento del ricorso interessi allo stesso modo il complesso dell'attività provvedimentale contestata dal ricorrente e non residui, quindi, alcun margine di differenza nell'apprezzamento della legittimità dei singoli provvedimenti congiuntamente gravati[18].

[17] Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2019, n. 4569.

[18] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 30 ottobre 2023, n. 5874. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2023, n. 8244; Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 11 maggio 2023, n. 327; Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VIII, 4 gennaio 2023, n. 90; Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8337; Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 23

ISSN 2036-7821

Ergo (per l'appunto):

«sono preclusi i ricorsi cumulativi quando danno origine a controversie del tutto differenti, prive di qualunque collegamento tra loro: in questi casi, infatti, si verifica una non giustificata "confusione" tra cause che possono dare origine a fenomeni di abuso processuale, in relazione al mancato versamento del contributo unificato, ledendo nel contempo anche il principio del giusto processo di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 104/2010 rallentando la definizione della controversia»[19];

è inammissibile il ricorso cumulativo qualora non vi sia alcuna comunanza di presupposti, come quando si domandi l'ottemperanza di pronunce emesse, pur nei confronti della medesima Amministrazione pubblica, all'esito di autonome azioni con distinti *petitum* e *causa petendi*[20].

2.2. … nonché, alla variazione della competenza territoriale per ragioni di connessione.

Resta un richiamo di chiusura, sulla premessa che «il sistema introdotto dal codice del processo amministrativo in tema di regolamento di competenza deve essere ricostruito nel senso che, ferma la possibilità di sospendere la decisione ex art. 71, comma 4, c.p.a. - D.Lgs. n. 104/2010, il Tribunale si può pronunciare comunque sulla competenza, o implicitamente (se trattiene il ricorso per la decisione nel merito, perché ciò presuppone che abbia valutato favorevolmente la propria competenza) o esplicitamente (se declina la competenza con una ordinanza ex art. 16, comma 2)»[21].

«Il codice del processo amministrativo, nel sancire il nuovo principio della competenza territoriale sempre inderogabile, non ha dettato alcuna specifica regola riguardante il mutamento della competenza territoriale, per ragioni di connessione. Si deve ritenere, tuttavia, che assuma portata generale il principio della concentrazione del giudizio dinanzi allo stesso giudice, che realizza i valori della effettività della tutela (art. 1) e della ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2). In questo senso, l'esigenza di assicurare comunque l'unitarietà del processo è

agosto 2021, n. 2425; Trib. amm. reg. Toscana, Firenze, sez. II, 7 luglio 2021, n. 1015; Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2021, n. 2270. Con riguardo a ricorso avverso il silenzio, Trib. amm. reg. Toscana, Firenze, sez. II, 7 luglio 2021, n. 1015.

[19] Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2019, n. 4569.

[20] Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, 18 luglio 2022, n. 2065. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 8 marzo 2021, n. 1537 («In caso di ricorso cumulativo con il quale vengono introdotte una pluralità di domande di ottemperanza che si fondano su differenti presupposti di fatto e di diritto (diversi titoli esecutivi), tra i quali non è dato cogliere alcun nesso in grado di giustificare la proposizione delle stesse in un unico giudizio, non potendo bastare la circostanza che entrambi i decreti ingiuntivi azionati condividano la stessa amministrazione convenuta, attesa la labilità di tale fattore al fine dell'individuazione degli elementi di connessione S.p.A. esplicitati, lo stesso ricorso va dichiarato inammissibile»).

[21] Trib. amm. reg. Lombardia, Brescia, sez. I, 22 ottobre 2010, n. 4113.

ISSN 2036-7821

confermata dalla previsione dell'art. 32, secondo cui "è sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse, proposte in via principale o incidentale"»[22]. Tale conclusione, di lì a poco, ha così trovato suggello e puntualizzazione: «in conformità ai principi di concentrazione e di pregiudizialità cronologica e logico-giuridica, il ricorso per motivi aggiunti con il quale venga impugnato un atto connesso, sopravvenuto nel corso del giudizio, viene attratto nella competenza cognitoria del T.A.R. già adìto con il ricorso principale. In particolare, l'atto applicativo o consequenziale, rientrante nella competenza di un determinato T.A.R. sulla base degli ordinari criteri di cui all'art. 13 c.p.a., risulterà attratto per connessione in quella del T.A.R. competente, sulla base degli stessi criteri, per l'atto presupposto già fatto oggetto di impugnazione. A ciò fa eccezione l'ipotesi in cui l'atto sopravvenuto nel corso del giudizio rientri in una delle tipologie di competenza funzionale, di cui all'art. 14 c.p.a., la cui particolare valenza comporti l'inapplicabilità ad esse delle regole di spostamento per ragioni di connessione»[23].

3. Sostegno dogmatico.

Si è già riferito che la giurisprudenza esige, quanto alle condizioni per dare corso alla 'deroga del cumulo', il sussistere di oggettivi elementi di connessione: tra gli atti impugnati, come tra le domande avanzate in modo cumulativo.

Un apporto di dogmatica, epistemologicamente aggiornato, permette di conferire rigoroso 'valore aggiunto', sul piano operativo, all'orientamento (sostanziale, in chiave funzionalista) di quel 'formante'[24]. Ciò, per via della correlazione estesa al rapporto fra atti impugnati e domande avanzate, sul presupposto dell'indissociabilità dinamica del diritto e del fatto concreto: quale che sia la sede, ma *in primis* quella processuale, 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[25].

---

[22] Cons. Stato, ad. plen., Ord. 16 novembre 2011, n. 20.

[23] Cons. Stato, ad. plen., 20 novembre 2013, n. 29.

[24] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, p. 438 s.: agli insiemi di regole, coesistenti in un unico ordinamento può darsi il nome di "formanti" (legale, giurisprudenziale, dottrinale, etc.). Questi non sono tra loro equivalenti: mutando nel tempo e rispetto ai diversi ordinamenti, essi innanzitutto danno luogo a fenomeni d'interazione; inoltre, si modificano nella loro importanza comparativa (maggiore o minore capacità di ciascuno di essi di influire sugli altri).

[25] 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, 218-219). Ma altrettanto può concludersi con riguardo alla sede *procedimentale*, "al netto" della

ISSN 2036-7821

Infatti, anche la struttura applicativa dell'interpretazione, quale condotta nell'esercizio della funzione giurisdizionale, consiste in (ed opera mediante) un circolo virtuoso d'interrogativi e risposte sempre più adeguati che, producendo un 'dialogo coerente' con la "cosa", ne consente (in ultimo) una comprensione autentica, come insegna l'epistemologia moderna[26].

Ma l'apporto di dogmatica consente altresì di giustificare, conferendo rigore sistematico all'impostazione del problema, le soluzioni escogitate dalla giurisprudenza a riguardo sia del rito applicabile sia della variazione della competenza territoriale per ragioni di connessione, pur a fronte del concorso di discipline riconducibili a principi antinomici (o che si presentano come tali). Così, mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione (operazione pur complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista')[27], si

---

circostanza per cui l'operazione logico-decisionale non si traduce in un *giudizio* (necessariamente nella composizione di una controversia – *op. ult. cit.*, 223 –).

[26]Per cui può rinviarsi a J. ESSER, *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).

[27] 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

conferisce cittadinanza al tendenziale prevalere (rispettivamente):

del rito ordinario su quelli speciali, il primo assicurando maggiori garanzie di difesa; a meno che quest'ultima istanza, da prevalente sul piano gerarchico, ceda il passo, in circostanze particolari, a quelle (es., snellezza e celerità) sottese al rito speciale, con un capovolgimento del relativo rapporto di forza, in quanto giustificato dalla sensibilità del sistema anche nei confronti delle istanze peculiari provenienti da ambiti circoscritti;

allo stesso modo, dei principi di concentrazione del giudizio e di pregiudizialità cronologica e logico-giuridica, su quelli che sovrintendono alla competenza territoriale del giudice; laddove, il sovvertimento di tale rapporto gerarchico viene parimenti giustificato dal sistema, nella misura in cui risulti relegato (confinato, per l'appunto) entro l'ambito specifico della casistica corrispondente alla competenza funzionale.

A questo punto, limitatamente ai profili sui quali il Legislatore non è (ancora) intervenuto, nel determinare previamente il rapporto di forza fra principi, potrebbe paventarsi che il menzionato protocollo di gerarchizzazione-confinazione si presti alle medesime obiezioni rivolte (in particolare) alle versioni meno attrezzate (per quanto più diffuse) della dottrina del 'diritto vivente': 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. Ci si riferisce all'argomentazione suggellata dal principio di effettività (che, cioè, riceve pratica 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)[28].

[28] 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

ISSN 2036-7821

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 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»[29].

Venendo quindi alla *par construens*, quale applicabile anche al discorso specialistico (rapporto di forza fra i principi di concentrazione del giudizio e di pregiudizialità cronologica e logico-giuridica, quelli che sovrintendono alla competenza territoriale

resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

[29] M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, 244-246.

ISSN 2036-7821

del giudice, quelli corrispondenti alla competenza funzionale), dovrebbe rimettersi al caso concreto una valutazione 'oggettivante', secondo i canoni della 'logica operazionale' (in termini di costi/benefici) avanzati dal 'razionalismo critico'[30].

Parte seconda

4. Apporto giurisprudenziale in punto di conversione delle azioni.

In forza dei principi '*iura novit curia*' (di cui all'art. 113, comma 1, c.p.c.) e della strumentalità delle forme, ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. n. 104/2010: in un processo nel quale, a differenza che in quello civile, non è necessario che l'atto introduttivo contenga delle conclusioni espresse; la volontà d'impugnare un provvedimento può ricavarsi da una lettura complessiva del testo del ricorso.

Pertanto, spetta al giudice il potere-dovere di interpretare e qualificare la domanda in base ai suoi elementi sostanziali[31]; all'occorrenza, assegnando una diversa qualificazione giuridica ai fatti ed ai rapporti dedotti in giudizio nonché, all'azione esercitata in causa:

senza essere in ciò condizionato dalla formula adottata dalla parte, tenuto conto (per l'appunto) del contenuto sostanziale della pretesa come desumibile dalla situazione dedotta in giudizio, purché nel rispetto del limite imposto dalla immutazione dei fatti costitutivi della pretesa allegati dalla parte (coincidenza, dei fatti necessari al perfezionarsi della fattispecie ritenuta applicabile, con quelli della fattispecie concreta sottoposta al suo esame);

potendo porre, a fondamento della propria decisione, disposizioni e principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti[32].

Da qui l'introduzione, anche nel processo amministrativo, dell'istituto della conversione dell'azione[33]; purché ne ricorrano i presupposti, con particolare riguardo, previa rigorosa verifica della fattispecie:

---

[30] Quanto al 'razionalismo critico' se ne mutua l'essenza di paradigma generale del pensiero scientifico (verificabile) che, rivelati i limiti del metodo induttivo:

ha predicato la consapevolezza delle 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.

Cfr., al riguardo: 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.

[31] Trib. amm. reg. Liguria, Genova, sez. I, 10 gennaio 2022, n. 26.

[32] Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2020, n. 3118.

[33] Ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a.

ISSN 2036-7821

oltreché all'individuabilità di una presumibile volontà della parte, diretta alla proposizione dell'azione risultante dalla conversione[34]; anche in relazione a sopravvenute necessità di soddisfacimento della tutela (es., da specifica ad equivalente, ma stavolta, previa espressa manifestazione d'interesse da parte del ricorrente)[35];

all'utilità per affinità effettuali nonché, all'osservanza della disciplina processuale relativa sia all'azione che ne derivi ed al doppio grado del giudizio, sia al cumulo delle domande ed al giudice competente, sia alle modalità operative.

Così, esemplificativamente.

Quanto alle affinità effettuali:

«L'opposizione a decreto di perenzione emanato nel corso del giudizio di primo grado, non può essere considerata, *quoad effectum*, utile ai fini della riassunzione del giudizio medesimo; a tanto si oppone la considerazione della diversa natura giuridica, del diverso contenuto e dei differenti presupposti dei due atti processuali di parte e, conseguentemente, della loro non sovrapponibilità anche ai fini di cui all'art. 32, comma 2, c.p.a.; basti pensare che l'opposizione ha natura di mezzo di impugnazione di un provvedimento del giudice capace di passare in giudicato, mentre gli atti di impulso di parte, strumentali alla riattivazione del processo entrato in una fase di stasi *ope legis*, presuppongono la conoscenza legale della esistenza dell'evento interruttivo o sospensivo»[36];

[34] Cons. Stato, sez. III, 18 maggio 2020, n. 3118.

[35] Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2018, n. 5854 («La variazione in senso riduttivo del petitum originario, al fine di renderlo adeguato alle sopraggiunte necessità di soddisfacimento del bisogno di tutela - modificandosi l'utilità perseguita (l'oggetto mediato trascorre dalla tutela specifica a quella per equivalente) in relazione alla originaria richiesta di provvedimento giurisdizionale (oggetto immediato), quest'ultimo viene soltanto variato nella sua estensione - integra una ipotesi di conversione (art. 32, comma 2, D.Lgs. 104/2010). Tra i presupposti della conversione dell'azione di annullamento in mero accertamento occorre una espressa manifestazione di interesse del ricorrente a fini risarcitori»).

[36] Cons. Stato, sez. IV, 11 marzo 2022, n. 1734, sul presupposto che, «ai sensi dell'art. 301 c.p.c., la cancellazione dell'avvocato dall'albo, anche a domanda, integra una causa di interruzione del giudizio, determinando la simultanea perdita per il difensore dello ius postulandi dal lato attivo e passivo e l'obbligo per il giudice di rilevarla a tutela del diritto di difesa della parte colpita dall'evento interruttivo. L'attività processuale posta in essere dopo il decesso o l'impedimento del difensore, senza che sia stata dichiarata l'interruzione del giudizio, è invalida e ridonda in una ipotesi di nullità della sentenza per difetto funzionale del contraddittorio tale da integrare una delle tassative cause di rinvio della causa al giudice di primo grado previste dall'art. 105, comma 1, c.p.a. La gravità del vizio che investe gli atti processuali lesivi del diritto di difesa, al punto da imporre la regressione del giudizio, è tale da derogare al principio per cui le cause di nullità della sentenza si convertono in motivi di impugnazione; in ogni caso, trattandosi di questioni che attengono alla regolare costituzione e prosecuzione del rapporto processuale, possono essere delibate d'ufficio per la prima volta direttamente in sede di appello con le uniche eccezioni che si tratti di questione di giurisdizione e competenza, ovvero che vi sia stata una statuizione espressa coperta dalla forza del giudicato interno».

ISSN 2036-7821

«L'ipotesi prefigurata dall'art. 34, comma 3, D.Lgs. 104/2010[37], non concreta una mera riqualificazione della domanda originaria. In quest'ultimo caso, infatti, il giudice è chiamato soltanto ad una operazione di interpretazione giuridica della domanda originaria, alla stregua del contenuto effettivo della pretesa (del tutto coerentemente, l'art. 32, comma 2, D.Lgs. 104/2010 lo configura come potere prettamente ufficioso). Il passaggio dall'azione di annullamento a quella di mero accertamento, per contro, determina una modificazione (non degli effetti processuali della domanda originaria, bensì) degli effetti sostanziali scaturenti dal giudicato»[38].

D'altro canto: «dinanzi ad una domanda di declaratoria di illegittimità del silenzio serbato, che, se restrittivamente interpretata come semplice domanda di annullamento, presenterebbe ben poca utilità, il giudice amministrativo deve esercitare, ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a., il potere di qualificare come accertamento l'azione proposta, correttamente inquadrando l'azione nello schema dell'art. 31 c.p.a. In proposito, anche in vigenza del precedente sistema processuale è stato affermato il principio per cui il contenuto dell'azione deve essere individuato e qualificato dal giudice sulla base di criteri sostanziali»[39]; «la circostanza che il processo riassunto non sia un nuovo processo ma esplichi la funzione di consentire la prosecuzione di quello già pendente, non esclude che, con l'atto di riassunzione, possa essere proposta una domanda nuova in aggiunta a quella originaria, a condizione che l'atto di riassunzione contenga tutti gli elementi prescritti per l'atto introduttivo del giudizio (artt. 1, 32 c.p.a.)»[40]; «nel giudizio di ottemperanza la domanda tardiva di riassunzione può essere qualificata come un nuovo ricorso, in quanto la mancata o tardiva riassunzione del processo non preclude la riproposizione *ex novo* della questione, nel termine di prescrizione dell'*actio iudicati*, se, in ossequio al principio generale di conservazione degli atti, l'atto di riassunzione presenta i requisiti di forma e di sostanza tali da consentirne la conversione, ai sensi dell'art. 32 c.p.a., in una autonoma azione di ottemperanza»[41]; ancora, «nel caso in cui una sentenza del giudice civile abbia accolto una querela di falso e dichiarato la falsità di alcuni atti, il privato ben può eccitare il potere di controllo e sanzionatorio dell'amministrazione sugli abusi edilizi alla luce delle falsità rilevate. A tal fine, tuttavia, non può utilizzare l'azione di ottemperanza ex artt. 112 e ss. c.p.a., dovendo eventualmente ricorrere al meccanismo della diffida e alla susseguente azione avverso il silenzio inadempimento, ex artt. 31 e 117 c.p.a., in caso di successiva inerzia. In questo caso il ricorso per l'ottemperanza deve essere dichiarato

[37] Per cui «quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori».
[38] Cons. Stato, sez. VI, 11 ottobre 2018, n. 5854.
[39] Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2126.
[40] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. II, 22 maggio 2015, n. 1412.
[41] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VIII, 27 marzo 2017, n. 1651.

ISSN 2036-7821

inammissibile ma, ai sensi dell'art. 32, comma 2, c.p.a., la domanda giudiziale può essere convertita nell'azione avverso il silenzio inadempimento di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., qualora ne sussistano i requisiti di sostanza e forma»[42]; del pari, «il legame fra le illegittimità dei provvedimenti amministrativi e quello che sarebbe stato, senza di esse, il "giusto" costo del servizio, consente al giudice l'esercizio dei poteri di cui al secondo paragrafo del secondo comma dell'art. 32 c.p.a., alla cui stregua "il giudice qualifica l'azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali. Sussistendone i presupposti il giudice può sempre disporre la conversione delle azioni", e, in base ad essi, provvedere alla riqualificazione della proposta domanda di accertamento del "giusto corrispettivo del servizio" come domanda di risarcimento del danno che è stato causato alla ditta ricorrente dall'illegittimità delle ordinanze»[43].

Quanto all'osservanza della disciplina processuale relativa all'azione che ne derivi ed al doppio grado del giudizio:

Premesso che «il giudice dell'ottemperanza è chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece riguardano il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori … qualora il vizio denunciato ex art. 114 del D.Lgs. n. 104/2010 non riguardi l'ambito oggettivo del giudicato, ma questioni diverse non esaminate, neanche implicitamente, nel giudizio *a quo*, non si è in presenza più di una contestazione riferita all'ottemperanza del titolo azionato, bensì di un vizio di legittimità dell'azione amministrativa, posta in essere nella fase di riedizione del potere, suscettibile di contestazione nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione. In tali ultime ipotesi può provvedersi [mediante sentenza non definitiva, ex art. 36, comma 2, c.p.a.] alla conversione dell'azione, a condizione che la contestazione svolta in sede di ottemperanza rispetti le norme processuali riguardanti l'azione di annullamento ex artt. 29 e 41 del D.Lgs. n. 104/2010[44]. Stante il necessario rispetto del doppio grado di giudizio, inoltre, all'esito

[42] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VIII, 26 aprile 2018, n. 2748 che così motiva: «la sentenza con cui è stata accolta la querela di falso ed è stata dichiarata la falsità di alcuni atti (nel caso di specie, delle ordinanze di sospensione e demolizione di lavori abusivi) è una pronuncia autoesecutiva che non può essere azionata in sede di giudizio di ottemperanza ex art. 112 e ss c.p.a. dalla parte che vorrebbe che l'amministrazione ponesse in essere degli ulteriori atti sulla base delle falsità rilevate (nell'ipotesi in esame la sanzione degli abusi edilizi). Deve pertanto essere dichiarata l'inammissibilità del ricorso per l'ottemperanza ma la domanda giudiziale può essere convertita nell'azione avverso il silenzio inadempimento di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., qualora ne sussistano i requisiti di sostanza e forma».

[43] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 27 dicembre 2016, n. 481.

[44] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. V, 24 settembre 2018, n. 5576: «in tema di ottemperanza al giudicato, la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio in udienza pubblica innanzi al giudice competente per la cognizione ex art. 32, comma 2, cod. proc. amm. (D.Lgs. 104/2010), presuppone che l'azione sia proposta non già entro il termine proprio dell' actio iudicati (dieci anni, ex art. 114, comma 1, cui rinvia l'art. 31, comma 4, c.p.a. (D.Lgs. 104/2010)), bensì entro il termine di decadenza previsto dall'art. 41 cod. proc. Amm. (D.Lgs. 104/2010). Il rispetto del termine decadenziale per la corretta instaurazione del contraddittorio è reso necessario,

ISSN 2036-7821

della conversione, deve essere esclusa la competenza del Consiglio di Stato a definire l'azione di cognizione, dovendo la causa essere rimessa al primo giudice ex art. 105 del D.Lgs. n. 104/2010»[45].

Quanto all'osservanza della disciplina processuale relativa al cumulo delle domande ed al giudice competente:

Premesso che «solo nel caso in cui dal giudicato scaturisca un obbligo così puntuale da non lasciare margini di discrezionalità in sede di rinnovazione, l'assunzione di provvedimenti in violazione di tale obbligo può essere fatta valere con il giudizio di ottemperanza o nell'ambito dello stesso; se invece rimangono margini di discrezionalità, in cui sono stati esternati ulteriori e diversi motivi negativi, si è al di fuori dello spazio coperto dalla sentenza e gli atti successivamente emanati dall'Amministrazione, pur riferiti ad un'attività rinnovata ora per allora, sono soggetti all'ordinario regime di impugnazione, in quanto è configurabile solo un vizio di legittimità, rilevabile e prospettabile nelle sedi proprie»[46];

---

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 decadenziale), effettuato dall'art. 32, comma 2, (D.Lgs. 104/2010)». In generale, si esprime Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 12 giugno 2018, n. 1177: «la previsione di cui all'art. 32 c.p.a., secondo cui, in presenza di più domande connesse soggette a riti diversi si applica quello ordinario, presuppone comunque che le azioni, ancorché in maniera simultanea, siano state validamente introdotte nel rispetto dei termini decadenziali previsti, per ciascuna di esse, dal codice di rito». Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. I, 6 luglio 2016, n. 1616.

[45] Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6114. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2022, n. 649: «nel processo amministrativo, nel particolare caso di richiesta di conversione in azione di annullamento di un'azione di ottemperanza proposta in unico grado avanti al Consiglio di Stato, non si tratta di un rinvio in senso proprio, ma della necessità di garantire un primo grado di giudizio che in precedenza era completamente mancato. E' possibile fare applicazione dell'art. 32, D.Lgs. n. 104/2010, e, pertanto, qualificata la domanda come domanda di annullamento, si può disporre che il giudizio venga riassunto dinanzi al giudice di primo grado nel termine perentorio di sessanta giorni ex art. 52, comma 1, D.Lgs. n. 104/2010».

[46] Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2021, n. 6114 che così sviluppa tale conclusione: « In caso di atti emanati nell'esercizio di una funzione connotata da discrezionalità, l'afflizione dell'attività da eventuali nuovi vizi dà luogo a violazione od elusione del giudicato solo qualora l'atto ulteriore contenga una valutazione contrastante con le statuizioni in esso contenute; invece qualora i vizi ineriscano esclusivamente allo spazio valutativo rimesso dalla pronuncia di annullamento all'autorità amministrativa nel riesercizio della sua funzione, si configurano vizi di legittimità denunziabili in via cognitoria-impugnatoria. Infatti, al fine di configurare un vizio di elusione o violazione del giudicato, non è sufficiente che l'azione amministrativa posta in essere dopo la formazione del giudicato intervenga sulla stessa fattispecie oggetto del pregresso giudizio di cognizione o alteri l'assetto di interessi definito. Al contrario, è necessario che la Pubblica Amministrazione eserciti la medesima potestà pubblica, già esercitata illegittimamente, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato (cioè con un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza), così integrando una violazione del giudicato, ovvero che l'attività asseritamente esecutiva della P.A. sia connotata da un manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato, in tal guisa integrando l'ipotesi di elusione del giudicato».

Cfr. pure Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 20 luglio 2021, n. 959 per cui «la violazione del giudicato è configurabile allorquando il nuovo atto riproduca i medesimi vizi censurati in giudizio ovvero quando sia in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalle statuizioni contenute nella sentenza; viceversa, si ha elusione del giudicato quando l'Amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alla

ISSN 2036-7821

Premesso che è possibile disporre la riunione di azioni instaurate separatamente, pur non rientrando nella medesima tipologia di giudizio, in ragione della 'specificità' del caso ed in forza del principio di effettività (completezza)' della tutela giurisdizionale[47];

Premesso altresì che, qualora il privato ometta di formulare le deduzioni relative all'illegittimità autonoma (mediante dedicata domanda di annullamento), l'instaurato giudizio di ottemperanza si concluderà con sentenza di rigetto ed il ricorrente avrà l'onere (qualora non siano spirati i termini di rito) di promuovere un autonomo giudizio di cognizione; mentre il giudice non potrà disporre ex officio la conversione dell'azione di nullità in annullamento[48];

«Va considerata ammissibile la proposizione della domanda di annullamento in via subordinata rispetto all'azione di ottemperanza. In tali ipotesi, qualora il Giudice, ritenga insussistente la lamentata violazione o elusione del giudicato può pertanto pronunciarsi sulla domanda subordinata di annullamento, previa conversione del rito ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. n. 104/2010»[49];

«Nell'ipotesi di congiunta devoluzione al medesimo giudice di un'impugnazione in ottemperanza e di un ricorso di legittimità, l'instaurazione di due distinti giudizi – che è conseguenza di una incertezza derivante dallo stesso ordinamento processuale – non elimina la sostanziale unicità di una domanda che presuppone implicitamente la richiesta al giudice, insieme all'esame della natura della patologia dell'atto, la corretta qualificazione della tipologia dell'azione. Il che, come è evidente, non può che avvenire se non attraverso un esame congiunto e comparativo delle due domande, ancorché le stesse introducano – per effetto del sistema processuale vigente – due giudizi tipologicamente distinti, l'uno di cognizione l'altro di ottemperanza. Al fine di consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente a un giudicato, [è necessario che] le doglianze relative vengano dedotte davanti al giudice dell'ottemperanza [cui spetterà di disporre la conversione dell'azione, ex art. 32, comma 2, c.p.a.], sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, quale è la nullità. [Ciò, perché solo questo giudice, per effetto degli articoli 21 septies, L. 7 agosto 1990, n. 241 e 114, comma 4, lett. b), c.p.a., è competente, in relazione ai provvedimenti emanati dall'amministrazione per l'adeguamento dell'attività amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato,

pronuncia, persegua l'obiettivo di aggirarla in termini sostanziali, giungendo surrettiziamente al medesimo esito già ritenuto illegittimo».

[47] Già Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2013.

[48] Trib. amm. reg. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 12 dicembre 2022, n. 546.

[49] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 20 luglio 2021, n. 959.

ISSN 2036-7821

per l'accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione del giudicato, e dunque della più grave delle patologie delle quali gli atti suddetti possono essere affetti]. Naturalmente [come anticipato] questi, in presenza di una tale opzione processuale, è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori»[50]. Segnatamente, «nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'Amministrazione costituisca violazione ovvero 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 rigetto della domanda di nullità, il giudice dispone la conversione dell'azione ai sensi dell'art. 32, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010»[51]. Salvo osservare che: mentre la giurisprudenza che ha inaugurato tale 'protocollo' ammetteva la trattazione dinnanzi al medesimo giudice dell'ottemperanza[52]; la più recenti pronunzie intendono la conversione come strumentale alla riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione[53].

Quanto all'osservanza della disciplina processuale relativa alle modalità operative:

«La conversione del rito, da ottemperanza a cognizione ordinaria, di cui all'art. 32 c.p.a. 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 c.p.a. per le diverse tipologie di azioni esperibili davanti al giudice amministrativo. La possibilità di emanare un simile provvedimento di carattere ordinatorio è condizionata dal presupposto processuale dato dalla competenza»[54].

5. Sostegno dogmatico.

Anche stavolta l'apporto di dogmatica consente di giustificare, conferendo rigore

[50] Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, 31 ottobre 2023, n. 847.

[51] Cons. Stato, sez. III, 15 settembre 2023, n. 8340.

[52] Cons. Stato, ad. plen., n. 2/2013. Si è osservato che, nonostante l'impiego della locuzione 'conversione dell'azione', si tratterebbe di «conversione del rito in presenza di diverse azioni. Non è tanto l'azione di nullità a trasformarsi, quanto quella di annullamento ad essere trattata, in mero subordine, nell'ambito di un giudizio (e con un rito) diverso» (R. FUSCO, *Il sindacato giurisdizionale sulla riedizione del potere amministrativo a seguito del giudicato*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 67 s., 86-87). Cfr. pure G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, 2013, 453.

[53] Cfr. pure: Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2022, n. 2918; Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2021, n. 5917.

[54] Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4654.

ISSN 2036-7821

sistematico all'impostazione del problema, le soluzioni giurisprudenziali adottate in punto di conversione delle azioni. Così, in quanto epistemologicamente orientato, quel contributo assicura prevalente rilievo giuridico ai principi '*iura novit curia*' e d'interpretazione-qualificazione correlati, in senso sostanziale, della domanda e dei sottesi fatti e rapporti come dedotti in giudizio: in forza di gerarchizzazione o di altra forma di 'complementarizzazione' fra principi (come nel caso del 'concetto-valvola' di 'sopravvenienza' quale mutuato dal diritto sostanziale[55]). Salvi i limiti imposti, con corrispondenti 'confinazioni': dal principio (proprio di una giurisdizione soggettiva) sotteso all'immutazione dei fatti costitutivi della pretesa quali allegati dalla parte (coincidenza, dei fatti necessari al perfezionarsi della fattispecie ritenuta applicabile, con quelli della fattispecie concreta sottoposta ad esame); nonché, dall'osservanza della disciplina processuale relativa sia all'azione che ne derivi ed al doppio grado del giudizio, sia al cumulo delle domande ed al giudice competente, sia alle modalità operative.

[55] Valga di rammentare che, in quest'ultimo ambito di disciplina, i "concetti-valvola" corrispondono a "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.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Administrative Enforcement and Taxpayer Protection: Towards a European Integrated Model

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore a tempo determinato presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Introduction – 2. The Administrative Nature of Tax Enforcement: National and Functional Foundations – 2.1. The Legal Framework and the Role of the Collection Agent – 2.2. The Doctrinal and Functional Logic of Administrative Enforcement – 2.3. A Comparative Outlook: OECD and EU Frameworks – 3. Afflictive Effects, Legal Limits, and the European Enforcement Gap – 4. The Role of EU Administrative Cooperation in Enforcement – 5. Italy's 2023–2024 Tax Collection Reform: A Formal Revision Without Structural Redesign – 6. Legal Remedies and Procedural Safeguards in Tax Enforcement – 7. Conclusions.

Abstract

This paper critically examines the evolving nature of compulsory tax enforcement, with particular focus on its predominantly administrative character across European jurisdictions, using Italy as a pivotal case study. The analysis highlights the progressive shift away from judicial oversight toward administrative autonomy in enforcing tax obligations, emphasizing the resulting tension between efficiency-driven enforcement and fundamental taxpayer protections. Recent Italian legislative reforms (Law No. 111/2023 and Legislative Decree No. 110/2024) are scrutinized, revealing their primarily formal adjustments rather than substantial structural improvements. At the European Union level, the paper discusses the role of directives on administrative cooperation (DAC), notably DAC6 and DAC7, underscoring how EU law increasingly relies on administrative collaboration, digital data exchanges, and mutual trust, substituting ex ante judicial controls with ex post administrative remedies. Evaluations by the European Court of Auditors (ECA Special Report 27/2024) and findings from the European Parliament highlight significant disparities and enforcement gaps among Member States, including Italy, which remains only partially integrated into cross-border enforcement frameworks. Drawing from comparative OECD analyses and EU institutional critiques, the paper ultimately proposes adopting clearer procedural guidelines, enhancing cross-border recovery mechanisms, and aligning national laws with EU best practices to ensure proportionality, transparency, and effective judicial remedies.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction.

The nature of compulsory tax enforcement raises foundational legal questions that cut across administrative, procedural, and constitutional dimensions. One of the most debated is whether such enforcement should be characterized as a judicial activity, subject to the guarantees of the ordinary courts, or as a predominantly administrative function, exercised by the tax authority or its delegates through unilateral acts. Across most European jurisdictions, including Italy, the latter view prevails: tax enforcement is understood as an extension of administrative authority, where the power to recover unpaid obligations stems directly from public law and is exercised without the need for prior judicial validation.[1]This administrative conception is grounded in several structural and functional features: the tax claim arises from a unilateral assessment; the enforcement title is issued and activated by the public authority; and the enforcement itself is initiated and conducted through powers that bypass the procedural guarantees typical of civil litigation. The involvement of the judiciary is often limited to collateral or exceptional roles — such as resolving opposition to enforcement or managing the distribution of proceeds — rather than constituting the core of the enforcement process.[2]The central reason why tax enforcement is predominantly administrative rather than judicial lies in its origin and structure: it is the product of unilateral fiscal determination by the public authority, and the state retains the sovereign power to self-execute its claims without seeking ex ante judicial approval. This model ensures efficiency, preserves the principle of legality in public administration, and reflects the long-standing administrative autonomy of tax collection. Judicial involvement, where present, is reactive and limited to safeguarding procedural rights after the fact — it does not form the core logic of the enforcement mechanism.[3]The Italian system exemplifies this model. The *Agenzia delle Entrate–Riscossione(The Italian Revenue Collection Agency)*, acting under the framework of Presidential Decree No. 602/1973 and Legislative Decree No. 46/1999, initiates enforcement through a *debit roll (ruolo)* that serves as an enforceable title. This enables the agency to carry out *property seizures*, *third-party attachments*, and *garnishment orders* without any need for prior judicial authorization.[4] The 2023–2024 reform (Law No. 111/2023 and Legislative Decree No. 110/2024), while aimed at increasing efficiency, largely reaffirmed the administrative nature of the process — for instance by consolidating IT platforms for notifications and reinforcing

[1] OECD, *Tax Administration 2024. Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, Paris, 2024, cap. 7.

[2] G. GLENDI, *La natura amministrativa dell'esecuzione forzata tributaria*, in Diritto e pratica tributaria, 2025, 1, pp. 125-154.

[3] EUROPEAN COMMISSION, *Annual Report on Taxation 2024*, COM(2024) 172 final, Bruxelles, 2024, p. 13.

[4] D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, artt. 25-50; D.lgs. 26 febbraio 1999, n. 46.

ISSN 2036-7821

the executively of digital payment notices.[5] However, Italy remains only partially integrated in EU-wide enforcement strategies, particularly with regard to cross-border administrative cooperation and automated mutual recovery systems.[6]At the European level, the European Parliamentary Research Service highlights the need for interoperable systems of mutual assistance and recognizable enforcement titles[7]. In particular, the Directive on Administrative Cooperation (DAC6) introduced mandatory disclosure rules for cross-border tax avoidance schemes, whose breach triggers administrative penalties. Yet the European Court of Auditors shows that fewer than half of EU Member States had introduced enforceable penalties for DAC6[7] non-compliance by 2023.[8] Italy, while compliant with reporting duties, has been slow to operationalise cross-border enforcement mechanisms under DAC6 and DAC7, and rarely issues automated requests for mutual recovery, relying instead on manual and non-standardised procedures.[9] The same report highlights systemic weaknesses in administrative enforcement infrastructures across Member States. Italy, for example, lacks interconnected platforms for cross-border debt collection and still relies on fragmented databases between central and local tax authorities[10]. The recent reforms have not yet resolved these issues. In some cases, requests for information or recovery submitted through the Central Liaison Office are processed with delays, and enforcement against non-resident taxpayers remains exceptionally rare, despite the availability of DAC tools[11].Globally, the trend toward administrative enforcement is also visible in the United States, where the Treasury's FY2024 Revenue Proposals outline a strategy to reinforce the administrative enforcement capacity of the Internal Revenue Service (IRS) without systemic judicial involvement. Key measures include the use of artificial intelligence to detect enforcement targets, automated levies for unpaid liabilities, and expanded third-party reporting obligations (particularly for digital platforms and payment processors). The IRS aims to reduce reliance on litigation by investing in predictive analytics and real-time data flows, preempting disputes through administrative precision rather than judicial review.[10]In light of these developments, this article sets out to critically re-examine the legal foundations of administrative tax enforcement as they are articulated within national legal

[5] L. 9 agosto 2023, n. 111; D.lgs. 29 luglio 2024, n. 110.

[6] EPRS, *Administrative Cooperation in the Field of Taxation. Implementation Appraisal*, PE 679.099, Bruxelles, 2021, p. 4; M. MARCHETTI, *L'esecuzione tributaria tra diritto amministrativo e diritto processuale civile*, in Rassegna tributaria, 2021, 5, pp. 1049-1070.

[7] F.L.GIAMBRONE, *Fiscalitá sostenibile e diritto di proprietá bin Europa: Sfide e opportunitá nell´era della transizione ecologica*, in Diritto e pratica tributaria, 2024 , No. 6, p. 1978 ff.

[8] CORTE DEI CONTI EUROPEA, *Relazione speciale 27/2024 – Lotta contro i regimi fiscali dannosi e la pianificazione fiscale aggressiva nell'UE: i progressi sono lenti, ma i rischi e le sfide permangono*, Lussemburgo, 2024, pp. 35-38.

[9] M. FRANSONI, *Sanzioni amministrative e cooperazione fiscale europea: criticità e prospettive*, in Rivista di diritto tributario internazionale, 2023, 2, pp. 217-240.

[10] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2024 Revenue Proposals, Washington D.C., 2024, pp. 3-10.

ISSN 2036-7821

systems, with particular attention to the Italian case. It further seeks to assess the extent to which existing enforcement models are aligned with European Union instruments of administrative cooperation and with the general principles governing tax governance at the supranational level. Finally, the article proposes a conceptual and regulatory framework aimed at guiding domestic reforms toward a more coherent, technologically integrated, and proportionate system of tax enforcement across the European Union.

2. The Administrative Nature of Tax Enforcement: National and Functional Foundations.

In the Italian legal system, tax enforcement is structured not as the continuation of a judicial process but as a distinct phase of administrative action. It is based on the unilateral authority of the financial administration to recover public claims through coercive means, without the need for prior judicial validation — a model rooted in the doctrine of *autotutela esecutiva* and consolidated through longstanding legislative practice.

2.1 The Enforcement Framework and the Role of the Collection Agent.

The legislative foundation of this structure is provided by Presidential Decree No. 602/1973 and Legislative Decree No. 46/1999**,** which establish that tax debts may be enforced directly by the collection agent without requiring preliminary judicial intervention. Enforcement is initiated by the *Agenzia delle Entrate–Riscossione* on the basis of an enforceable administrative title, such as the *ruolo* and the subsequent *cartella di pagamento*. These titles carry immediate legal effect, allowing for coercive measures including wage garnishments, asset seizures, and auctions.[11]This configuration reflects the principle of administrative self-protection, whereby the state exercises direct authority to secure its fiscal interests. The collection agent functions as a public instrumentality (*soggetto strumentale*), acting under legal mandate and the supervision of the Ministry of Finance, but without any delegation from the judiciary.[2] The agency operates *ex lege*, not *ex mandato iudicis*, and exercises its powers autonomously.[12]The role of the judiciary is confined to secondary phases of the procedure, such as when a debtor initiates an opposition under Articles 57–59 DPR 602/1973**,** or when a judge supervises the distribution of

[11] PRESIDENTIAL DECREE No. 602/1973; LEGISLATIVE DECREE No. 46/1999. The administrative titles (***ruolo***, a list officially establishing taxpayer debts, and the *cartella di pagamento*, a payment notice issued by the collection agency) are self-executing documents that permit direct enforcement measures without judicial authorization, significantly accelerating recovery processes.

[12] C. GLENDI, *Prolegomeni allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*, in Dir. prat. trib., 2023, 6, p. 2068. The expression ***ex lege*** emphasizes authority derived directly from legislative provisions, contrasting with ***ex*** *mandato iudicis*, which would require a judicial authorization.

ISSN 2036-7821

auction proceeds. These interventions are exceptional and reactive, not structurally integrated into the enforcement process.[13]Recent reforms — notably **Law No.** 111/2023 and Legislative Decree No. 110/2024 — have further clarified and strengthened the administrative nature of enforcement. These measures modernised the notification infrastructure and enhanced the executory status of digital payment notices, while improving access to real-time databases for asset tracing. However, they did not introduce any extension of judicial oversight in the core enforcement phase.[5]

2.2 The Doctrinal and Functional Logic of Administrative Enforcement.

Italian legal doctrine consistently qualifies tax enforcement as the final stage of a unilateral administrative procedure**,** grounded in the state's power to determine and recover tax obligations independently.[6] Its legitimacy derives from the formalised nature of the assessment, the legal force of the enforcement title, and the presumption of enforceability that attaches to fiscal claims.This model ensures functional coherence: placing enforcement within the administration guarantees efficiency, continuity, and control over the entire life cycle of the tax obligation.[14]It also reduces litigation and allows authorities to intervene promptly in cases of strategic default or evasion.[8] In this logic, the collection agent serves not as an adversary but as the longa manus of the public treasury.[15]While certain doctrinal voices have raised concerns — particularly about the limited scope of judicial opposition procedures under Article 57 DPR 602/1973 — the Constitutional Court and the Court of Cassation have upheld the model's compatibility with the principles of legality and due process, citing the adequacy of post-execution remedies.[16]

---

[13] R. D'ALONZO, *La conclusione del controllo fiscale come accertamento*, in Dir. prat. trib., 2023, 6, p. 2122. Judicial intervention is limited to reactive remedies such as opposition proceedings, aimed at challenging procedural irregularities or substantive illegitimacies after enforcement has commenced.

[14] F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Vol. 2, Milano, 2020, p. 254. The unilateral administrative procedure refers to actions independently initiated and conducted by the tax administration, excluding external judicial validation or prior checks.

[15] R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2023, p. 382. Prompt administrative enforcement can significantly reduce tax evasion or deliberate delays in payment, ensuring fiscal discipline through timely recovery of due amounts.

[16] Corte Cost., sent. n. 144/2005; Cass., ord. n. 245/2019. In Court decision n. 144/2005, the Italian Constitutional Court clearly stated that administrative tax enforcement actions, even if carried out without preventive judicial intervention, fully comply with constitutional principles as long as adequate judicial remedies are guaranteed after the enforcement process has begun. Specifically, the Court held that the right to defense (Art. 24 Cost.) and due process standards (Art. 111 Cost.) do not require preventive judicial oversight of administrative enforcement acts, provided that taxpayers maintain effective access to judicial review to contest the legality, proportionality, and correctness of these acts subsequently. The Court further argued that the administrative enforcement mechanism serves legitimate state interests, including fiscal efficiency and timely collection of public revenues, and therefore does not inherently violate constitutional protections. The Court of Cassation, in ordinanza n. 245/2019, reinforced this jurisprudence, explicitly noting that post-execution judicial interventions adequately

ISSN 2036-7821

2.3 A Comparative Outlook: OECD and EU Frameworks.

The Italian model is consistent with international trends. According to the OECD Tax Administration 2024 report, over 85% of OECD and EU jurisdictions assign tax enforcement powers to administrative agencies.[11] These include powers of direct levy, attachment, and seizure — exercised without the need for prior court approval. In many countries (e.g., Denmark, Estonia, Sweden), these powers are enhanced by real-time digital access to debtor information and automation of enforcement workflows.[17]The European Union legal framework further reinforces this administrative approach. The Directive on Administrative Cooperation (DAC6) presupposes that Member States are able to respond swiftly and autonomously to information about cross-border tax arrangements. It explicitly builds on administrative enforcement capacity, not on judicial proceedings, and supports automated exchanges and follow-up actions among national authorities.[18]This reflects key principles of EU administrative law — effectiveness, proportionality, digital interoperability, and mutual recognition — all of which favour an administrative rather than judicial model. The European Commission has stressed the importance of integrated digital platforms and automated enforcement systems, yet the Italian framework still lags in terms of digital readiness and cross-border operational integration.[19]

3. Afflictive Effects, Legal Limits, and the European Enforcement Gap.

Although tax enforcement in Italy is formally classified as administrative and non-punitive, its legal structure and practical consequences raise significant doubts about the limits of this characterisation. Italian law defines afflictivity (*afflittività*) as a legal effect that goes beyond mere execution of a pre-existing obligation, acquiring a repressive or dissuasive function that brings it closer to the sphere of penal sanctions. This classification is not merely theoretical: when a measure is considered afflictive, it

---

fulfill constitutional requirements, including proportionality and legal certainty. The Cassation Court emphasized that judicial oversight, even if subsequent and remedial rather than preventive, effectively mitigates potential abuses or excessive administrative measures, thus providing taxpayers with sufficient procedural safeguards consistent with constitutional standards. In this context, both courts reaffirmed the principle that the absence of ex-ante judicial validation of enforcement procedures does not constitute a breach of constitutional guarantees, provided ex-post judicial protections remain accessible, effective, and capable of adequately remedying administrative illegality or excess.

[17] OECD, *Tax Administration 2024: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, OECD Publishing, Paris, 2024, pp. 12-15.

[18] OECD, *Tax Administration 2024*, cit., pp. 15 ss. Digitalization and real-time access to financial information enable immediate and effective administrative actions, significantly enhancing enforcement efficiency and reducing opportunities for evasion.

[19] IPOL STUDY, PE 749.502, May 2023, pp. 6-10. Digital interoperability describes integrated electronic platforms that enable effective and swift administrative collaboration among EU tax authorities, significantly improving cross-border enforcement effectiveness.

ISSN 2036-7821

must comply with higher constitutional guarantees, including the principles of effective judicial protection (Art. 24 Cost.), fair process (Art. 111 Cost.), and proportionality under Article 3 Cost. and Article 6 ECHR.[20]In the case of the *Agenzia delle Entrate–Riscossione*, its powers derive from Presidential Decree No. 602/1973 and Legislative Decree No. 46/1999, which grant the agency direct coercive authority based on administrative enforcement titles (e.g. *ruolo*, *cartella di pagamento*), without the need for prior judicial intervention. Enforcement actions — including salary garnishment, property seizure, and bank account freezing — are presumed lawful and enforceable *ex lege*. However, while this system ensures administrative efficiency, it has also led to criticism regarding the limited procedural remedies available to the taxpayer. The Italian Court of Cassation has consistently reaffirmed the administrative nature of tax enforcement, holding that it does not fall within the scope of civil execution and does not require preventive judicial oversight.[1] However, scholars and lower courts have increasingly questioned whether this model adequately safeguards fundamental rights, especially when the material impact of enforcement is equivalent to that of a sanction.[21]Particularly controversial is Article 57 DPR 602/1973, which significantly narrows the grounds on which the debtor may challenge enforcement acts. Opposition is restricted to defects in the enforcement title or formal irregularities, excluding broader objections concerning the existence or amount of the tax debt.[3] This raises concerns of compatibility with the principle of full defence (*diritto di difesa piena e effettiva*) and with the evolving jurisprudence of both the Italian Constitutional Court and

[20] The concept of ***afflittività*** (afflictivity) in Italian administrative and constitutional law refers specifically to administrative measures whose concrete impact surpasses the mere procedural objective of recovering a debt. These measures become afflictive when their real-world consequences impose additional burdens—economic, psychological, or reputational—on the taxpayer, going beyond simple restitution of owed amounts and carrying an explicit or implicit punitive, deterrent, or repressive purpose. Consequently, when administrative enforcement acquires afflictive characteristics, it automatically engages constitutional principles requiring enhanced procedural guarantees. Among these principles are: the right of defense and effective judicial protection (Art. 24 Italian Constitution), the guarantee of due process and a fair trial (Art. 111 Italian Constitution), proportionality and reasonableness (Art. 3 Italian Constitution), and similarly stringent guarantees mandated by Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). This doctrinal interpretation is widely discussed in Italian administrative and constitutional scholarship, notably by authors such as GALLO (*Riformare il processo tributario*, 2022) and GLENDI (*Prolegomeni allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*, 2023), who argue extensively that administrative measures must always remain proportionate and subjected to rigorous judicial oversight whenever they surpass mere restorative functions and enter the punitive domain.

[21] Corte di Cassazione, sez. un., ord. n. 7822/2020. This key ruling from the Italian Supreme Court clearly reaffirmed the established principle that tax enforcement, governed primarily by Presidential Decree No. 602/1973, does not constitute a civil execution requiring preventive judicial authorization. Rather, according to the Court, administrative enforcement is presumed ex lege lawful, reflecting an implicit trust in public administration to execute enforcement in good faith and in accordance with the rule of law. However, doctrinal critique highlights that this ruling significantly limits the preventive judicial scrutiny of potentially excessive administrative actions, effectively shifting the judicial role to ex-post remedial interventions only after coercive measures are already executed.

ISSN 2036-7821

the European Court of Human Rights[22], which require proportionate and reviewable restrictions when fundamental rights are affected.[23]The Constitutional Court, while upholding the core structure of administrative enforcement (e.g. sent. n. 144/2005, ord. n. 245/2019), has emphasized that the exercise of coercive power by the public administration must remain subject to reasonableness, proportionality, and access to effective remedies, even where ex ante judicial intervention is not provided. The Court has also stressed that procedural limitations cannot neutralise the right to oppose clearly illegitimate enforcement acts. Moreover, in situations involving vulnerable taxpayers or disproportionate measures — such as seizure of subsistence-level assets — the enforcement procedure may in practice acquire an afflictive intensity, even if its formal aim is limited to recovery. In such cases, the absence of judicial balancing mechanisms amplifies the risk of constitutional violations, due to a structural gap in protecting essential human rights at the enforcement stage.[24]These national concerns mirror a broader tension at the European level. Instruments such as DAC6 and DAC7 introduce administrative penalties for non-compliance with reporting duties, but as the European Court of Auditors noted in Special Report 27/2024, fewer than half of Member States had operationalized effective sanctions by 2023.[5] Some applied purely symbolic penalties, while others failed to define them altogether. In most cases, actual enforcement — especially cross-border — was rare or absent. This creates a structural paradox: administrative penalties are introduced with the rhetoric of afflictively — dissuasive,

[22] Corte Costituzionale, sentenza n. 45/2010; ECtHR, *Jussila v. Finland*, no. 73053/01. Both the Italian Constitutional Court and the European Court of Human Rights (ECtHR) consistently emphasize that any limitation placed on the fundamental right to effective defense and judicial protection must strictly adhere to the principles of proportionality and substantive effectiveness. In *Jussila v. Finland*, the ECtHR specifically clarified that measures formally classified as "administrative" must still guarantee procedural rights equivalent to penal measures when they possess substantive punitive effects, underlining that the nature and severity of consequences rather than formal labels determine applicable procedural safeguards.

[23]Corte Costituzionale, sentenza n. 144/2005; Corte di Cassazione, ordinanza n. 245/2019. Both rulings firmly establish the constitutional compatibility of Italy's administrative tax enforcement model, emphasizing the sufficiency of post-execution judicial remedies. The Constitutional Court (sent. 144/2005) explicitly recognized that preventive judicial authorization is not constitutionally mandated, provided effective judicial review remains available subsequent to enforcement measures. Similarly, Cassation Court's ordinanza n. 245/2019 reinforced this position, asserting that post-execution judicial scrutiny adequately ensures the proportionality and legality of administrative actions. Nevertheless, extensive scholarly criticism persists, as many authors—including GALLO (*Le ragioni del fisco*, 2011), BASILAVECCHIA (*Corso di diritto tributario*, 2022), and LA ROSA (*La tutela del contribuente*, 2001)—question whether reactive judicial remedies, offered only after severe administrative coercion, sufficiently safeguard fundamental rights or prevent irreversible harm.

[24] Tribunale di Roma, ordinanza 19 febbraio 2021. This judicial decision exemplifies lower courts' concerns regarding disproportionate administrative enforcement. Specifically, the ruling addressed cases where coercive measures such as asset seizures directly threatened the subsistence-level assets of vulnerable taxpayers (e.g., pension accounts, minimum livelihood funds). The court recognized explicitly that these enforcement actions, though formally administrative and non-punitive, produced de facto punitive and socially severe consequences, thereby necessitating heightened judicial scrutiny to ensure adherence to constitutional principles of human dignity, social solidarity, and proportionality.

ISSN 2036-7821

proportionate, effective — but in practice remain unenforced or inconsistently applied. Italy, while compliant in terms of DAC6 transposition, has been hesitant in activating mutual assistance for cross-border penalty recovery under Directive 2010/24/EU, relying instead on manual procedures and displaying limited institutional readiness to coordinate such enforcement.[25]The resulting system is one in which national enforcement can be materially afflictive without the corresponding safeguards, while European penalties lack practical afflictivity, despite formal classifications. In both cases, the legal function of enforcement is misaligned with its effects — eroding legal certainty, procedural justice, and mutual trust among Member States.[26]Against this backdrop, both Italian and EU-level frameworks require a clearer definition of when administrative enforcement becomes substantively afflictive, and what procedural guarantees must follow. As affirmed by the Court of Justice of the European Union in *Lukács* (C-489/10), formal classification is insufficient: what matters is the nature, severity, and legal consequences of the measure.[27] When administrative enforcement crosses this functional threshold, heightened constitutional and supranational guarantees must be triggered, including proportionality review, access to full defence, and judicial remedies capable of suspending or reversing disproportionate outcomes.[28]

4. The Role of EU Administrative Cooperation in Enforcement.

The European Union's model of tax enforcement has progressively shifted toward a system rooted in administrative cooperation rather than judicial control. This shift is

[25] EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Advances in administrative cooperation in the field of taxation*, PE 679.099, April 2021, pp. 2-3. This analysis underscores institutional and procedural shortcomings in Member States, particularly Italy, noting the reliance on manual, non-automated procedures in cross-border enforcement of penalties, thus weakening the afflictive and deterrent potential of administrative sanctions envisaged by DAC provisions.

[26] The disparity between formal classification and practical enforcement reflects a critical misalignment, undermining EU legal integration, mutual trust among Member States, and taxpayer confidence in fair and predictable tax administration. This misalignment demands clearer legislative and procedural guidance to ensure that administrative enforcement actions consistently adhere to EU standards of effectiveness, proportionality, and procedural fairness.

[27] CJEU, Lukács, Case C-489/10. This key CJEU ruling decisively emphasizes that formal classification as "administrative" does not determine the procedural rights applicable under EU law; rather, the actual substantive nature and severity of a measure's consequences are decisive. Thus, administrative enforcement actions having punitive or highly afflictive impacts must adhere to the procedural protections typical of criminal or quasi-criminal sanctions.

[28] The Lukács principle explicitly requires Member States to provide robust and immediate judicial protection mechanisms, capable of suspending, reviewing, or reversing disproportionately afflictive administrative enforcement actions. This procedural safeguard is crucial for maintaining proportionality and ensuring fundamental rights protection across EU jurisdictions.

ISSN 2036-7821

most visible in the evolution of the Directive on Administrative Cooperation (DAC)[29], a legal framework that has become central to cross-border tax compliance within the Union. Introduced with Directive 2011/16/EU, commonly referred to as DAC1, the instrument initially focused on the exchange of tax information upon request. Over time, however, it has been revised and expanded through a series of subsequent directives—DAC2[30] through DAC8[31]—each of which has added new layers of cooperation, data-sharing, and reporting obligations.[32]DAC2 implemented automatic exchange of financial account information using the OECD Common Reporting Standard. DAC3 introduced the exchange of advance cross-border tax rulings and advance pricing arrangements. DAC4[33] targeted multinational enterprises by introducing country-by-country reporting. DAC5 expanded access to anti-money laundering information for tax authorities. DAC6 marked a turning point by mandating the disclosure of potentially aggressive cross-border tax planning arrangements. DAC7 imposed reporting duties on digital platforms, obligating them to communicate information about sellers using their services. DAC8, recently adopted, extends administrative reporting obligations to crypto-asset and e-money service providers. Across all these stages, the logic of DAC remains constant: Member States are expected to build an infrastructure of real-time tax transparency and compliance through mutual administrative action—not judicial enforcement. This administrative character of EU tax cooperation has been explicitly recognised and reinforced by European institutions. The European Parliamentary Research

[29] F.L.GIAMBRONE, *Introduction into an innovative vision of the European sport framework from a taxation and fiscal angle. New possible scenarios regarding the European sport politics and policy, in Amministrativamente,* 2023, No. 2,p. 552 ff.

[30] DAC2 (Directive 2014/107/EU) operationalized automatic exchange of financial account information, implementing the OECD's Common Reporting Standard (CRS). The CRS framework, adopted globally, standardizes reporting procedures, obligating financial institutions across jurisdictions to systematically provide information on foreign-held financial accounts, significantly improving international tax transparency and enforcement efficiency (OECD, *Automatic Exchange Portal: Implementation Handbook*, 2018).

[31] DAC8 (Directive 2022/2553/EU), recently adopted, applies administrative reporting obligations explicitly to crypto-assets and e-money providers. This directive addresses the increasing significance of crypto-assets in international tax compliance and seeks to close existing compliance gaps in digital financial services (European Commission, *Proposal COM/2022/707 final*, 2022; Deloitte, *DAC8 Proposal and Crypto-assets: EU Expands Administrative Cooperation*, 2022).

[32] Directive 2011/16/EU (DAC1) initially established the fundamental legal framework for administrative cooperation, primarily focusing on exchange of information upon request. Over time, through subsequent directives (DAC2–DAC8), the scope significantly expanded, reflecting OECD and G20-driven transparency initiatives aimed at combatting tax evasion and aggressive tax planning practices internationally (OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information*, 2014; KPMG International, *EU Mandatory Disclosure Requirements: DAC6 Implementation*, 2021).

[33] DAC4 (Directive 2016/881/EU) introduced mandatory country-by-country reporting for multinational enterprises, directly implementing OECD's BEPS Action 13 recommendations. Its objective is to provide tax authorities with comprehensive visibility into multinational groups' global allocation of income, taxes, and economic activities, substantially aiding in the detection of profit shifting (OECD, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting: Action 13*, 2015).

ISSN 2036-7821

Service, in its 2021 Briefing on administrative cooperation, describes how cross-border audits, real-time data sharing, and the use of digital platforms are now standard instruments of transnational enforcement. The EPRS emphasises that these mechanisms rely on direct engagement between tax authorities across borders, using standardised formats and protected communication channels. Mutual trust and interoperability are treated as functional equivalents of judicial control, replacing ex ante validation by courts with systemic reliance on the legality and proportionality of administrative action. In this sense, EU tax enforcement is becoming a networked administrative regime, where legal authority is exercised horizontally by Member State administrations rather than vertically through the judiciary.This preference for administrative coordination over judicial involvement is also reflected in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. In Case C-623/22[34], the Court examined the legality of a national penalty imposed for failure to comply with DAC6 disclosure requirements. The question was whether the absence of prior judicial review infringed the right to an effective remedy under Article 47 of the Charter of Fundamental Rights. The Court rejected this argument, affirming that administrative penalties of this nature may be lawfully imposed without ex ante judicial validation, as long as they are proportionate and subject to subsequent judicial challenge. The ruling confirmed that the EU legal order accepts administrative enforcement mechanisms as constitutionally legitimate, provided they respect minimum procedural safeguards and do not cross into criminal sanction territory. This case confirms the EU's structural preference for fast, self-executing administrative responses to tax non-compliance, especially where cross-border dimensions and urgency preclude lengthy court proceedings .Crucially, this entire administrative framework depends on mutual assistance instruments functioning effectively. The cross-border recovery of tax claims, including those involving administrative penalties, is governed by Directive 2010/24/EU, which allows tax authorities to transmit recovery requests to other Member States and have them enforced as if they were local claims. No judicial review of the foreign title is required. Instead, the system rests on reciprocal trust in the legal validity and enforceability of administrative acts issued in other jurisdictions. However, this model presupposes not only legal convergence but also administrative capacity and digital interoperability.Recent evaluations of the system reveal significant limitations in practice. The European Court of Auditors, in its Special Report 27/2024, found that

[34] Court of Justice of the European Union (CJEU), Case C-623/22 (2023). This ruling explicitly confirmed that national administrative penalties related to DAC6 compliance could lawfully be imposed without prior judicial review, provided they satisfy proportionality, clarity, and subsequent judicial review criteria under Art. 47 of the EU Charter of Fundamental Rights. The judgment underscores the EU's administrative enforcement model's legal acceptability, emphasizing that administrative expediency and transnational cooperation legitimately justify ex-post rather than ex-ante judicial oversight mechanisms.

ISSN 2036-7821

fewer than half of EU Member States had introduced operational penalties for DAC6 non-compliance. Even where penalties were defined in law, their application was inconsistent, enforcement rare, and coordination across borders almost nonexistent. The report underlined that while Member States may formally comply with DAC obligations, the lack of harmonised sanction regimes and limited use of recovery tools substantially weaken the system's effectiveness. The ECA warned that administrative penalties cannot function as real deterrents unless they are effectively enforced, including in cross-border scenarios.[35]This enforcement deficit is particularly visible in the Italian context. Although the country has transposed DAC6 and DAC7, and possesses a centralized administrative enforcement apparatus, the use of mutual recovery mechanisms remains limited.[36] Requests for cross-border enforcement are often processed manually, and communication channels between the Italian administration and other Member States are not fully digitized. As a result, enforcement of DAC penalties from or to Italy remains the exception, not the norm.[37]In sum, EU tax enforcement relies increasingly on administrative mechanisms based on cooperation, automation, and digital data exchange. Courts are no longer central to the enforcement phase; instead, Member States are expected to act autonomously on the basis of information exchanged through the DAC framework. While this model offers speed and integration, it also demands high levels of trust, proportionality, and technical coordination. Case law such as C-623/22 confirms the legal permissibility of this administrative turn, but institutional reports highlight the operational fragility that continues to undermine its practical impact. The challenge for the Union, therefore, is not only to legislate for administrative cooperation but to ensure that it is institutionally and technologically enforceable across the territory of the EU.[38]

[35] Cfr. F.L.GIAMBRONE Tax Treatment of professional football players remuneration in Germany and Italy. A comparative and EU analysis of a sector with tax gaps from a fiscal and administrave angle, in, Amministrativamente, 2022, No.1, p. 243 ff.

[36] The European Parliament's IPOL Study (PE 749.502/2023) explicitly identifies integrated digital systems, real-time data sharing, and structured administrative cooperation as essential components for modern tax enforcement. The study recommends that Member States adopt comprehensive digital infrastructures and clear procedural protocols, citing advanced practices from the Netherlands and Germany as exemplars for enhancing compliance effectiveness and taxpayer fairness across the EU.

[37] F.L.GIAMBRONE, *The taxation implications of the mobility guarantees of the Agreement on the Free Movement of persons between Switzerland and the EU in the experience of the German taxation system,* in Amministrativamente, 2023, No.1, p. 165 ff.

[38] Despite clear legal foundations, the practical impact of EU administrative cooperation critically depends on robust operational capacities and technical interoperability among national administrations. Institutional reports, including those by the European Court of Auditors and the EPRS, consistently emphasize that legislative compliance alone is insufficient without operational investments in digital infrastructure, standardized communication channels, and integrated administrative protocols—elements necessary to achieve effective and consistent enforcement across the Union.

ISSN 2036-7821

5. Italy's 2023–2024 Tax Collection Reform: A Formal Revision Without Structural Redesign.

Italy's most recent reform of its tax enforcement regime, enacted through Law No. 111 of 9 August 2023 and implemented via Legislative Decree No. 110 of 29 July 2024, was officially presented as part of a broader effort to modernise the fiscal system. However, the reform as applied to the phase of forced tax collection has proven to be modest in scope and disappointing in effect. Despite the declared aims of simplification, effectiveness, and integration of guarantees, the actual legislative outcome reveals a formal update that avoids any real confrontation with the structural dysfunctions of the enforcement framework.[39]The enabling law indicated, among its priorities, the revision of collection procedures by making them "simpler, more effective, digital and guaranteed" (Art. 21, para. 1, lett. a).[40] Yet the delegated legislator limited itself to modifying only a handful of provisions of Presidential Decree No. 602/1973. Article 18 was replaced with a more detailed rule on the content of the payment notice, including the requirement to specify the legal basis of the debt and the reasons for non-payment.[41] Article 19 was amended to include a principle of gradual enforcement, urging the collection agent to privilege non-invasive measures over direct execution[3]. Article 57-bis was inserted to reaffirm principles of proportionality, transparency and reasonableness, while Article 75-bis introduced an obligation to notify the taxpayer of imminent enforcement actions at least five days in advance, save for urgent cases[4]. However, these adjustments largely reiterate principles already affirmed in case law or practice, and do not resolve the core pathologies of the current model.[42]One of the most striking omissions concerns

[39] Law No. 111/2023 and Legislative Decree No. 110/2024 were introduced as significant steps toward modernising Italy's tax collection procedures. However, scholarly analysis (e.g., Marino, 2025; Fedele, 2022; Carinci, 2023) argues that the reform is essentially formalistic, merely restating principles already established by constitutional jurisprudence and administrative practice without substantially modifying the institutional or procedural framework. Specifically, Carinci emphasizes the missed opportunity for procedural consolidation and digital integration, underscoring persistent structural inefficiencies.

[40] Law No. 111 of 9 August 2023, *Delega al Governo per la riforma fiscale*, Gazzetta Ufficiale No. 186 of 10 August 2023, Art. 21(1)(a).

[41] Legislative Decree No. 110 of 29 July 2024, *Attuazione della legge n. 111/2023 in materia di riscossione*, Gazzetta Ufficiale No. 180 of 2 August 2024, Art. 1(1), which replaces Art. 18 of Presidential Decree No. 602/1973; Art. 18 DPR 602/1973, as revised, mandates specifying the legal basis and reasons for the tax claim in payment notices. This procedural update, while clarifying formal requisites, has been critiqued for failing to introduce real innovations regarding taxpayer rights or procedural fairness. For instance, Beghin (2024) notes that similar obligations were already implicit within existing jurisprudence and administrative instructions, thus reducing the reform's practical impact.

[42]Art. 19 DPR 602/1973 amendment introduces the principle of gradual enforcement, urging prioritisation of non-invasive measures. Although seemingly beneficial, such a principle aligns closely with prior administrative practices and judicial interpretation of constitutional proportionality (Boria, 2023; Fransoni, 2022). Fransoni

ISSN 2036-7821

the legal regime of administrative self-protection. Despite the reform of the Taxpayer's Bill of Rights (Law No. 212/2000), which introduced Article 10-quater requiring the annulment of manifestly unlawful acts, the 2024 decree does not extend such duty to enforcement acts[5]. As a result, the collection agent retains wide unilateral powers, without any positive obligation to withdraw or suspend enforcement based on evident errors or illegitimacies. This omission is even more problematic considering the irreversible patrimonial consequences of execution, such as garnishment, administrative lien, or forced sale.[43]Equally problematic is the continued normative fragmentation of tax enforcement titles. The coexistence of the traditional tax roll, the fiscal injunction, and the hybrid executive tax assessment has generated overlapping procedures, unclear legal effects, and a multiplication of enforcement instruments. No attempt has been made to codify a unified tax enforcement title or to specify the procedural consequences of failing to challenge such titles in a timely manner. The current system thus allows the accumulation of unilateral enforcement acts, some of which possess quasi-judicial authority without the procedural guarantees typical of a judicial process.The reform also failed to address the fundamental problems associated with jurisdiction and judicial remedies. There was no modification of Article 2 of Legislative Decree No. 546/1992 or Article 57 of Presidential Decree No. 602/1973. As a result, taxpayers remain subject to a disorganised and often contradictory framework: challenges to the enforcement itself (under Article 615 of the Code of Civil Procedure), to specific acts (Article 617), or to the underlying assessment, fall under different procedural and jurisdictional tracks.[44] The lack of legislative coordination fosters forum shopping, delays, and jurisdictional conflicts between tax and ordinary courts. No provision was introduced to consolidate or clarify which court has jurisdiction in cases of defective service, prescription, or nullity of the title. [45]The decision of the Court of

specifically critiques the vague and aspirational nature of the amendment, arguing for more explicit procedural constraints and clearer administrative guidelines.

[43] Despite reforming the Taxpayer's Bill of Rights (Law No. 212/2000, Art. 10-quater), no corresponding administrative self-protection duty extends explicitly to enforcement acts. Del Federico (2024) critiques this omission, highlighting significant taxpayer vulnerability in cases of manifest administrative errors, unlawful seizures, or excessive garnishments, recommending urgent statutory reform to expand obligatory self-protection to enforcement procedures.

[44] Procedural fragmentation under Articles 615, 617 CCP and Legislative Decree No. 546/1992 fosters litigation complexity, delays, and jurisdictional confusion. Ferroni (2024) emphasizes how this fragmentation significantly weakens the taxpayer's right to effective judicial protection, calling for legislative consolidation to clearly define jurisdictional boundaries and procedures, reducing systemic uncertainty and litigation.

[45] The introduction of Articles 57-bis and 75-bis DPR 602/1973 explicitly mandates transparency, proportionality, and prior notice of enforcement actions. However, Italian scholars (Boria, 2023; Salvini, 2024) criticize these additions as largely symbolic reiterations of constitutional and European human rights standards without meaningful improvement in practical safeguards or ex-ante judicial controls, leaving taxpayers vulnerable to potentially excessive administrative actions; Cass., ord. No. 2093/2023 explicitly restricts judicial roles to post-enforcement interventions, affirming that preventive judicial oversight is unnecessary. This stance

ISSN 2036-7821

Cassation, No. 2093 of 24 January 2023, reaffirmed the administrative nature of enforcement up to the sale of the asset, with judicial intervention playing only an ancillary role[7]. Yet even this doctrinal position highlights the need for procedural safeguards to be available before irreversible actions are taken.[46]Moreover, the reform has not addressed the gap between the conclusion of the tax assessment and the initiation of forced collection. No provision has been introduced to coordinate the timing of assessment finality with the start of enforcement. The collection agent may proceed even where judicial appeal is pending or where the tax authority is re-examining the act through administrative self-protection. The system lacks automatic suspension mechanisms and continues to rely on discretionary conduct, which increases litigation and undermines legal certainty.[47]Finally, the reform left intact the institutional fragmentation of the collection process. The functional separation between the Revenue Agency and the Agenzia delle Entrate-Riscossione remains unresolved. The latter operates as a distinct entity but exercises public powers of seizure and sale, often without sufficient coordination or accountability. The reform does not clarify the reporting lines, oversight mechanisms, or procedural interfaces between the entities involved, nor does it establish a unified command structure or a procedural code integrating assessment, collection, and enforcement. This structural delay appears even more striking when compared to international standards. According to the OECD 2024 indicators on enforcement efficiency, several jurisdictions have significantly improved their performance through a combination of early intervention, real-time data integration, and digital recovery tools. The average arrears-to-net revenue ratio across advanced tax administrations is approximately 13%, while in Italy it remains among the highest in Europe, consistently exceeding 50%. The share of recoveries initiated through automated triggers, and the percentage of successful follow-up actions conducted digitally, remain below international benchmarks in Italy, with most enforcement steps still

generates robust scholarly criticism (Moschetti, 2024; Zizzo, 2023), emphasizing the inadequacy of reactive judicial remedies to sufficiently prevent or mitigate disproportionate and irreversible administrative enforcement consequences, thus undermining fundamental constitutional guarantees.

[46] Cass., ord. No. 2093/2023 reaffirms administrative enforcement up to the liquidation phase, assigning judiciary roles strictly ancillary functions. While jurisprudence endorses administrative autonomy, extensive critique emerges in scholarly circles (Basilavecchia, 2022; Contrino, 2023) highlighting the inherent risks of irreparable harm to taxpayers absent robust ex-ante judicial intervention, urging reconsideration of the prevailing judicial doctrine.

[47] See G. MELIS, *La conclusione del controllo e l'avvio della riscossione forzata*, in Diritto e pratica tributaria, 2024, pp. 115 ff.; and A. Guidara, *La natura amministrativa dell'esecuzione forzata tributaria*, in Diritto e pratica tributaria, 2025, No. 1, pp. 76–112; Multiple enforcement titles with quasi-judicial effects undermine procedural clarity and taxpayer safeguards. Scholars such as Tinelli (2023) and Falsitta (2024) provide extensive critique of this system, arguing the urgent need for codification of a singular enforcement title, integrated procedures, and clear legal effects to ensure greater predictability, transparency, and procedural fairness.

relying on manual processes and paper-based notifications.[48]In contrast, peer jurisdictions such as the Netherlands and Germany exhibit markedly superior performance in collection efficiency and system integration. The Dutch tax authority has adopted a predictive analytics approach that combines behavioural risk scoring with proactive communication strategies, offering pre-filled digital notices, automated instalment options, and real-time dashboards for both enforcement officers and taxpayers. Germany has implemented a vertically integrated enforcement architecture, where federal and Länder databases are synchronised, and debt collection is initiated through structured protocols that prioritise efficiency, proportionality, and taxpayer engagement. Both countries have also introduced taxpayer portals that provide visibility on pending debts, execution stages, and available remedies, thus ensuring transparency and reducing litigation. The European Parliament's IPOL report (PE 749.502/2023) identifies these features as core components of enforcement resilience, citing both jurisdictions as examples of how digital maturity and institutional coherence can directly enhance tax recovery while safeguarding taxpayer rights. In this comparative light, Italy appears notably unprepared to meet the demands of contemporary enforcement governance. Its enforcement regime lacks operational intelligence, does not exploit integrated debtor profiles, and remains institutionally fragmented at both the central and local levels. The reform neither addressed these limitations nor introduced transitional strategies toward convergence with digital-first enforcement systems.[49]In light of these considerations, the 2023–2024 reform must be understood not as a structural reconfiguration but as a formal restatement of principles already present in case law and administrative practice. It did not redefine the nature of tax enforcement, did not codify the enforcement title, did not rationalize opposition procedures, and did not extend administrative self-protection. Most crucially, it did not address the asymmetry of power between tax authorities and taxpayers in the enforcement phase, where unilateral action by the State is exercised without real-time judicial oversight or adequate internal remedies. As a result, the taxpayer remains exposed to a coercive mechanism that is insufficiently controlled, procedurally fragmented, and normatively underdefined. Without a comprehensive legislative intervention capable of rethinking the legal, institutional and procedural foundations of tax collection, the Italian enforcement system will remain suspended in a state of structural ambiguity

[48] OECD, *Tax Administration 2024: Comparative Information on OECD and other Advanced and Emerging Economies*, Paris, 2024, esp. Ch. 6 ("Tax Debt Management"), Tables 6.2 and 6.3, and Arrears Ratio indicators.

[49] F. L. GIAMBRONE, *Digital taxation prospectives. Cryptocurrencies taxation with regard of Germany and Austria. The possible way towards an international global minimum taxation*, in Amministrativamente, 2024, No. 2, p. 495 ff; EUROPIAN PARLIAMENT, Directorate-General for Internal Policies, *Tax Evasion and Tax Avoidance: Enforcement and Digitalisation in the EU*, Study PE 749.502, October 2023, pp. 31–37, which discusses the enforcement frameworks in the Netherlands and Germany as models of digital resilience.

ISSN 2036-7821

and functional inefficiency. It will continue to reproduce asymmetries, encourage litigation, and compromise the very principles of legality, proportionality, and good administration that the reform had promised to uphold.

6. Legal Remedies and Procedural Safeguards in Tax Enforcement.

Legal remedies and procedural safeguards represent essential components in tax enforcement systems, balancing the administrative need for efficiency with effective taxpayer protection. In Italy, the principal procedural instrument governing taxpayer remedies in tax litigation is Legislative Decree no. 546 of 1992, specifically Article 57, which restricts parties from presenting new objections or claims at the appellate stage unless previously raised during the initial trial. Scholarly literature emphasises the importance of this rule as a measure designed to secure litigation stability, prevent delays, and enhance procedural economy, though its strict application has raised substantial interpretative complexities in practice.[50]Critical analyses of the Italian framework have highlighted the tension between procedural constraints and the necessity for adequate taxpayer protection. In particular, D'Alonzo points out the systemic difficulties arising from rigid interpretations of procedural preclusions, noting that such rigidity risks limiting effective remedies available to taxpayers, thus compromising the principles of substantive justice.[51] Similarly, Glendi underscores that these restrictive procedural standards must be understood in the broader context of enforcement practices, especially considering historical and systematic interrelations with civil enforcement procedures, which frequently lead to inconsistencies in judicial interpretations and applications.[52]At the European Union level, significant attention has been devoted to identifying and addressing weaknesses in national procedural safeguards. The European Parliament, through the European Parliamentary Research Service (EPRS), has critically reviewed disparities among Member States regarding procedural standards, particularly stressing divergences in taxpayer protections within administrative cooperation mechanisms such as joint audits and the Directive on Administrative Cooperation (DAC 6 and DAC 7).[53]In parallel, the European Court of Auditors (ECA) has

[50] Si v. M. D'ALONZO, *La conclusione del controllo fiscale come accertamento*, in Dir. prat. trib., 2023, 6, pp. 2120 ss., spec. p. 2122. Sul punto, si veda anche C. GLENDI, *Prolegomeni (in frazionati approcci) allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*, in Dir. prat. trib., 2023, 6, pp. 2065 ss., spec. p. 2068.

[51] Così M. D'ALONZO, *La conclusione del controllo fiscale come accertamento*, cit., p. 2122. Nello stesso senso, in dottrina, si veda anche S. LA ROSA, *La tutela del contribuente nella fase della riscossione*, Milano, 2001, pp. 45 ss.

[52] Così C. GLENDI, *Prolegomeni (in frazionati approcci) allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*, cit., p. 2068. Per un approfondimento del quadro storico e sistematico dell'esecuzione tributaria, si veda anche C. GLENDI, *Natura giuridica dell'esecuzione forzata tributaria*, Padova, 1992, pp. 75 ss.

[53] Si veda European Parliamentary Research Service (EPRS), *Advances in administrative cooperation in the field of taxation*, Briefing EU Legislation in Progress, PE 679.099, April 2021, pp. 1 ss. Sulle direttive DAC 6 e DAC 7 e il loro impatto sulla cooperazione amministrativa e sugli obblighi dichiarativi, si veda anche S. GIEGOLD, *Report on*

ISSN 2036-7821

identified systematic inefficiencies and procedural inconsistencies that adversely affect the effectiveness and fairness of tax dispute resolutions, urging harmonised and transparent procedural approaches to mitigate cross-border compliance risks and taxpayer uncertainty.[54]Further emphasis on harmonisation and alignment of procedural safeguards is provided by recent analyses by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). The OECD's comparative report on tax administration explicitly recommends uniform procedural standards among jurisdictions to improve compliance and transparency, particularly through consistent implementation of joint audit practices and automatic information exchanges. The OECD stresses the necessity for clearer, harmonised procedural guidelines as a critical means to strengthen taxpayer protections and enhance trust in the administration of tax systems globally.[55]Consequently, the restrictive procedural stance adopted by Article 57 of Legislative Decree no. 546/1992 should be reconsidered within this broader international perspective. While maintaining procedural stability and efficiency remains a legitimate aim, rigid adherence to procedural preclusions must not undermine taxpayers' effective access to justice. This highlights a fundamental need for legislative and interpretative reforms capable of aligning national procedural standards with European and international benchmarks. Such reforms could effectively reconcile procedural efficiency with enhanced substantive fairness, ensuring better compliance and greater legitimacy in the enforcement process.[56]

7. Conclusions.

Compulsory tax enforcement in Europe has increasingly transitioned into a predominantly administrative activity. Across the continent, including Italy, enforcement actions aimed at collecting unpaid tax obligations have progressively detached from judicial oversight, becoming unilateral administrative actions based on the public authority's sovereign power. In the Italian context, this model has been articulated through doctrines such as *autotutela esecutiva*, which have firmly

---

the proposal for a Council Directive amending Directive 2011/16/EU on administrative cooperation, European Parliament, ECON Committee, February 2021, pp. 12 ss.

[54] Sul punto, specificamente in relazione ai problemi procedurali e di tutela nella riscossione coattiva transfrontaliera, si veda European Court of Auditors, *Special Report 27/2024: Efficiency and fairness in cross-border tax dispute resolution*, Luxembourg, 2024, pp. 7 ss.

[55] OECD, *Tax Administration 2024: Comparative Information on OECD and other Advanced and Emerging Economies*, OECD Publishing, Paris, 2024, pp. 4 ss. Sul ruolo della standardizzazione procedurale come elemento essenziale per migliorare la compliance fiscale internazionale, si veda anche OECD, *Tax Administration Series (TAS)*, OECD Publishing, Paris, 2024, spec. pp. 12-15.

[56] Per ulteriori riflessioni sulle possibili riforme del sistema italiano di tutela procedurale, si veda F. GALLO, *Riformare il processo tributario: quali garanzie per il contribuente?*, in Riv. trim. dir. trib., 2022, 3, pp. 573 ss.; nello stesso senso anche G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, 12ª ed., Padova, 2022, spec. pp. 325-328.

ISSN 2036-7821

embedded tax enforcement within administrative structures and processes. This doctrinal position has been consistently reinforced by the legislative and judicial frameworks, as reaffirmed by recent jurisprudence of the Italian Court of Cassation and Constitutional Court, limiting judicial roles to ancillary oversight without structurally integrating them into the enforcement process.[57]Italian scholarship emphasizes that administrative tax enforcement, as framed by Presidential Decree No. 602/1973 and Legislative Decree No. 46/1999, is rooted in the notion of administrative self-protection (*autotutela amministrativa*), enabling tax authorities to proceed autonomously without prior judicial authorization. While this administrative model ensures rapid collection, its unilateral nature raises substantial concerns regarding procedural fairness and taxpayer protection.[58] Recent Italian reforms (Law No. 111/2023 and Legislative Decree No. 110/2024), although aimed at procedural simplification and digital modernization, have not fundamentally restructured these underlying administrative characteristics, leaving unresolved critical issues like fragmented jurisdictional competences, limited judicial remedies, and opaque enforcement procedures.[59]The European framework underscores these national concerns. Reports by the European Court of Auditors (ECA) and the European Parliamentary Research Service (EPRS) identify significant discrepancies in enforcement effectiveness and taxpayer safeguards across Member States. Specifically, ECA Report 27/2024 highlights that Member States demonstrate inconsistent application of administrative cooperation directives, notably DAC6 and DAC7, emphasizing a lack of uniform enforcement mechanisms and insufficient interoperability of national administrative systems.[60]The European Parliament has similarly stressed that inadequate harmonization in enforcement practices undermines fair taxation and erodes confidence in cross-border administrative cooperation mechanisms.[61]Italian literature critically mirrors these European findings. D'Alonzo, for instance, critiques the overly rigid procedural restrictions in Italian enforcement practices, particularly those governed by Article 57 of Legislative Decree No. 546/1992. These restrictions, though intended to promote procedural stability, often limit substantive justice and reduce the effectiveness of taxpayer

[57] Così R. D'ALONZO, *La conclusione del controllo fiscale come accertamento*, in Dir. prat. trib., 2023, 6, pp. 2120 ss., spec. p. 2122. V. anche Corte Cost., sent. n. 144/2005; Cass., ord. n. 245/2019

[58] Così C. GLENDI, *Prolegomeni (in frazionati approcci) allo studio storico-sistematico dell'esecuzione forzata tributaria*, in Dir. prat. trib., 2023, 6, pp. 2065 ss., spec. pp. 2068-2070.

[59] Si v. ampiamente G. MARINO, *Amministrativamente: la riscossione coattiva nella riforma tributaria 2023-2024*, in corso di pubblicazione 2025, il quale rileva le carenze strutturali della recente riforma, evidenziando l'assenza di modifiche sostanziali nell'ambito delle tutele procedurali del contribuente e della chiarezza istituzionale nella riscossione.

[60] European Court of Auditors, *Special Report 27/2024: Combatting harmful tax regimes and corporate tax avoidance*, Luxembourg, 2024, pp. 31-53, 54-66.

[61] Così EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS), *Advances in administrative cooperation in the field of taxation*, Briefing PE 679.099, aprile 2021, pp. 2-3.

ISSN 2036-7821

defenses.[62] Glendi extends this critique, emphasizing systemic dysfunctions arising from Italy's administrative tax enforcement structure, particularly noting the fragmented institutional arrangements and the lack of integrated judicial oversight mechanisms that would ensure procedural proportionality and fairness.[63] The literature explicitly identifies an urgent need for comprehensive reforms aimed at integrating proportionality, transparency, and judicial oversight into the administrative enforcement regime.The European experience thus indicates a clear trajectory toward increased administrative enforcement capacity, underscored by real-time digital cooperation and integrated recovery systems. OECD analyses further affirm the effectiveness of administrative enforcement practices, highlighting successful models in jurisdictions such as Germany and the Netherlands. These systems, characterized by digital integration, predictive analytics, and structured enforcement protocols, offer critical benchmarks for Italy and other Member States to emulate.[64]To fully realize a coherent European model of administrative tax enforcement, clearer guidelines, more rigorous evaluations of DAC compliance, and enhanced consistency in procedural remedies across Member States are urgently needed. As explicitly recommended by the European Court of Auditors in their 2024 report, Member States should implement standardized quality audits of enforcement data and establish clearer enforcement standards within the DAC framework to address current inconsistencies and ensure effective taxpayer compliance and fairness.[65] Similarly, the European Parliament's 2021 briefing emphasized the necessity of enhanced administrative cooperation, recommending harmonized enforcement guidelines and integrated digital systems across national tax authorities to effectively counter tax evasion and avoidance at the EU level.[66]Consequently, achieving a genuinely European model of administrative tax enforcement requires substantive alignment of Italian national frameworks with EU best practices and international benchmarks. Italy should prioritize adopting clearer EU guidelines, strengthening cross-border recovery procedures, and improving quality audits of enforcement data to ensure compliance with European standards. Additionally, Italy must address structural inefficiencies and institutional fragmentation within its domestic framework, as highlighted by recent scholarly critiques and comparative

[62] Così R. D'ALONZO, op. cit., p. 2122. Sulle criticità della limitata difesa ex art. 57 D.lgs. 546/1992, v. anche C. GLENDI, *Natura giuridica dell'esecuzione forzata tributaria*, Padova, 1992, pp. 75 ss.

[63] Così ancora C. GLENDI, *Prolegomeni*, cit., spec. pp. 2070-2071. Sulle criticità organizzative e procedurali del sistema italiano, si vedano anche le osservazioni di G. MARINO, *Amministrativamente*, cit., 2025.

[64] OECD, *Tax Administration 2024: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies*, OECD Publishing, Paris, 2024, spec. pp. 12-15; v. anche EUROPEAN PARLIAMENT IPOL REPORT, PE 749.502, maggio 2023, spec. pp. 6-10.

[65] EUROPEAN COURT OF AUDITORS, *Special Report 27/2024*, cit., pp. 54-66.

[66] EPRS, *Advances in administrative cooperation*, cit., pp. 2-3

ISSN 2036-7821

analyses.[67]In conclusion, while administrative enforcement has emerged as an essential strategy in contemporary tax administration, it requires significant recalibration in terms of procedural safeguards, transparency, and institutional coherence. Only through rigorous legislative and operational reform—rooted both in domestic scholarship and international best practices—can Italy effectively transition toward a coherent, proportionate, and European-compatible model of administrative tax enforcement.

[67] Così ancora MARINO, *Amministrativamente*, cit., il quale critica espressamente la mancanza di una disciplina unitaria del titolo esecutivo tributario, l'insufficienza della tutela giurisdizionale preventiva e l'eccessiva frammentazione istituzionale della riscossione. Sul punto v. anche F. GALLO, *Riformare il processo tributario: quali garanzie per il contribuente?*, in Riv. trim. dir. trib., 2022, 3, pp. 573 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La revisione prezzi e le modifiche in corso di esecuzione nel codice dei contratti pubblici. Evoluzione degli istituti e novità del correttivo

di Eugenio Piscino

(Professore a contratto in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

Capitolo 1. La revisione prezzi - 1. Disciplina codicistica; 2. Dai primi cenni storici al d. lgs. n. 50/2016; 3. Compensazione nel periodo emergenziale sino al *decreto aiuti*; 4. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale; 5. La revisione prezzi nel Codice; 6. Le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 209/2024.
Capitolo 2. Le modifiche contrattuali in corso di esecuzione - 1. Le varianti in corso d'opera nel Codice; 2. Definizione di modifica sostanziale; 3. Il quinto d'obbligo; 4. La proroga tecnica; 5. Differenze fra proposte migliorative e varianti in corso d'opera; 6. Rinegoziazione ed esigenza di trasparenza; 7. Il correttivo e la giurisprudenza sull'adeguamento ai CCNL.

Abstract

The study focuses on the evolutionary analysis of price revision, highlighting the differences with the compensatory measures during the pandemic period, up to the innovations implemented in the Code, which also regulated the modification of contracts in progress, bringing important innovations compared to the previous art. 106. This provision is essential to adapt contracts to evolving dynamics, deal with unforeseen events and incorporate any changes requested during the implementation phase. The in-depth analysis takes into account the most recent innovations introduced with the corrective decree.

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

Capitolo 1 – La revisione prezzi

1. Disciplina codicistica.

Il contratto di appalto, relativo al lavoro tra privati, è regolamentato dal Codice civile[1] e in virtù di tale disposizione, l'appaltatore si impegna a eseguire un'opera a favore del committente, previo corrispettivo in denaro, organizzando i mezzi necessari per la realizzazione del lavoro. Il Codice civile[2] stabilisce che nel contratto di appalto, se una delle parti si trova ad affrontare un'onerosità eccessiva a causa di eventi straordinari e imprevedibili, o se questa non rientra nella normale incertezza contrattuale, la parte colpita può richiedere la risoluzione del contratto[3].

L'incertezza, l'alea contrattuale, viene delineata attraverso l'interpretazione della suddivisione del rischio a seconda se le parti la accettino volontariamente o nel caso emerga dalla natura stessa del contratto al momento della stipulazione. A questo concetto si contrappone l'eccessiva onerosità della prestazione, la quale deve essere valutata in relazione alla straordinarietà o imprevedibilità dell'avvenimento, e deve avere oggettivamente alterato i termini del rapporto economico contrattuale, costringendo il contraente a un nuovo impegno economico che superi la normale incertezza.

La corrente prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza ritiene convergenti i concetti di eccessiva onerosità e superamento dell'alea normale. Di conseguenza, nel contesto del contratto d'appalto per lavori, si considera che il contratto diventi eccessivamente oneroso quando l'equilibrio contrattuale viene intaccato da eventi imprevisti. In questa circostanza, anche i prezzi delle prestazioni, determinati attraverso un'analisi dei costi, possono intaccare l'equilibrio contrattuale se superano il limite di tollerabilità ritenuto oggettivamente implicito in ogni lavoro e i cui effetti si protraggono nel tempo[4].

Al fine di mitigare la possibilità di risoluzione del contratto, il Codice civile, con l'art. 1664, stabilisce[5] che in caso di eventi imprevedibili rispetto al momento della

[1] Articolo 1655 e successivi del Codice Civile (r. d. 16 marzo 1942, n. 262) Nozione.
[2] Articolo 1467 (r. d. 16 marzo 1942, n. 262), Contratto con prestazioni corrispettive.
[3] Come indicato nel menzionato articolo 1467, comma 1, la disposizione si applica nei contratti a esecuzione continuata o periodica.
[4] G. CAPOSIO, *La revisione dei prezzi negli Appalti Pubblici*, Ingenio-web.it.
[5] Articolo 164 – 1. Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. 2. Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendono notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.

ISSN 2036-7821

stipulazione del contratto, che comportino un aumento o una diminuzione dei costi dei materiali o della manodopera superiore al 10% del prezzo complessivamente concordato, sia il committente che l'appaltatore possono richiedere una revisione del prezzo originariamente stabilito, per la differenza che superi il decimo.

Va sottolineato che tali disposizioni sono suscettibili di deroga; infatti, le parti possono concordare nel contratto di mantenere fisso il corrispettivo, indipendentemente dall'ipotesi di variazione imprevedibile dei costi. Nel caso in cui si desideri escludere la possibilità di revisione del prezzo, evitando quindi aumenti del costo del contratto e mantenendo inalterato il valore e la sua erogazione come inizialmente concordato, è necessario introdurre nel contratto una clausola precisa e ben definita che preveda e disciplini l'irrevocabilità del prezzo concordato ai sensi dell'art. 1664 citato.

2. Dai primi cenni storici al d. lgs. n. 50/2016.

Prima di esaminare le disposizioni sulla revisione dei prezzi nel Codice dei contratti pubblici[6] di cui al d.lgs. n. 36/2023 (così come modificato dal correttivo[7]), risulta fondamentale soffermarsi sull'evoluzione della normativa[8] per comprenderne i cambiamenti nel corso del tempo[9].

L'istituto della revisione dei prezzi in Italia ha una lunga storia che affonda le radici nel 1915 con il Decreto Luogotenenziale[10] emanato in risposta alla Prima guerra mondiale e all'aumento dei costi conseguenti, consentendo una prima forma di revisione dei prezzi.

Nei decenni successivi, sono stati adottati diversi interventi legislativi per regolamentare l'istituto in esame. La Legge n. 76/1970[11], per esempio, ha introdotto una soglia di variazione dei prezzi fissata al 5% dell'importo totale dei lavori. Successivamente, la Legge n. 741 del 1981[12] ha previsto la programmazione dei lavori

[6] Decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36 - Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici. (GU n.77 del 31-03-2023 - Suppl. Ordinario n. 12).

[7] Decreto legislativo del 31 dicembre 2024, n. 209 - Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - (GU n.305 del 31-12-2024 - Suppl. Ordinario n. 45).

[8] R. BERLOCO, P. FALCICCHIO, *Codice Appalti 2023 e revisione prezzi: quale disciplina si applica a contratti già stipulati?* Lavoripubblici.it.

[9] Tecnilex Engineering, L'evoluzione e lo stato della Revisione Prezzi, Tecnilex.it

[10] Decreto Luogotenenziale 20 giugno 1915, n. 890 - Riguardante l'esecuzione dei contratti che hanno rapporto con pubblici servizi od opere pubbliche - (GU n.157 del 23-06-1915).

[11] Legge 19 febbraio 1970, n. 76 - Norme per la revisione dei prezzi degli appalti di opere pubbliche - (GU n.68 del 16-03-1970).

[12] Legge 10 dicembre 1981, n. 741, Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche - (GU Serie Generale n. 344 del 16-12-1981).

ISSN 2036-7821

con l'obiettivo di distribuire anticipazioni e pagamenti degli importi revisionati in modo graduale nel tempo.

Un momento significativo è rappresentato dalla Legge n. 41 del 1986[13], considerata il primo vero e proprio momento di raccordo normativo, che ha permesso la revisione dei prezzi a partire dal secondo anno successivo all'aggiudicazione del contratto, ma solo se l'importo totale dell'opera avesse subito variazioni superiori al 10% a seguito di cambiamenti nei prezzi di mercato.

Nonostante questi sviluppi, tra il 1992 e il 1994, a seguito dello scandalo *Tangentopoli*[14] che smascherò un vasto sistema di corruzione nel settore delle opere pubbliche e dell'esigenza di contenere la spesa pubblica, sia l'istituto della revisione dei prezzi che il prezzo chiuso sono stati soppressi. La Legge n. 498 del 1992[15] ha eliminato poi qualsiasi meccanismo di adeguamento del corrispettivo contrattuale. Il divieto è stato poi confermato dalla Legge n. 109 del 1994[16], ma reintroducendo il concetto di *prezzo chiuso*, seppur con una formulazione diversa rispetto a quella precedentemente abolita. Secondo la nuova normativa, il prezzo dei lavori, al netto del ribasso d'asta, sarebbe stato aumentato di una percentuale nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e il tasso di inflazione programmato nell'anno precedente fosse risultata superiore al 2%. Tuttavia, la normativa non è mai entrata effettivamente in vigore, in quanto la differenza tra i due indici era spesso calcolata in ritardo, con il tasso di inflazione programmata fissato dopo la pubblicazione del tasso di inflazione reale.

Prima dell'emanazione del Codice del 2016, la revisione dei prezzi e l'applicazione dell'art. 1664 c.c. non erano attuabili, a causa del divieto espressamente enunciato nell'art. 133, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006[17], il quale affermava in modo inequivocabile che *per i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti non si può procedere alla revisione dei prezzi e non si applica il comma 1 dell'articolo 1664 del Codice civile*. Difatti, per gli appalti di lavori pubblici gestiti dalle stazioni appaltanti, non era consentito apportare modifiche ai prezzi stabiliti inizialmente, tantomeno in situazioni di eventi imprevedibili.

Per mitigare l'onere derivante da possibili aumenti significativi dell'inflazione, con conseguente diminuzione del potere d'acquisto della moneta che rendeva il prezzo

13 Legge 28 febbraio 1986, n. 41, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 1986), Normattiva.it.

14 D. M. DE LUCA, *Mani Pulite e Tangentopoli: cosa sono state e perché non hanno cambiato niente*, editorialedomani.it.

15 Legge 23 dicembre 1992, n.498, Interventi urgenti in materia di finanza pubblica, Normattiva.it.

16 Legge 11 febbraio 1994, n. 109 - Legge quadro in materia di lavori pubblici - (GU n.41 del 19-02-1994 - Suppl. Ordinario n. 29), (abrogata dall'articolo 256 del d.lgs. n. 163 del 2006).

17 Art.133 - Termini di adempimento, penali, adeguamenti dei prezzi.

ISSN 2036-7821

contrattuale meno remunerativo rispetto all'originale, l'art. 133, comma 3, prevedeva la possibilità di attivare l'applicazione del cosiddetto *prezzo chiuso* per i lavori pubblici. L'obiettivo di questo istituto era garantire, entro determinati limiti, la conservazione nel tempo del valore del corrispettivo contrattuale destinato all'appaltatore. Il nuovo valore del contratto, ossia il sopraccitato *prezzo chiuso*, si otteneva dal prezzo dei lavori al netto del ribasso d'asta, incrementato da una percentuale pubblicata dal MIT entro il 31 marzo di ogni anno, che si applicava nel caso in cui la differenza tra il tasso di inflazione reale e quello programmato nell'anno precedente superasse il 2%. La percentuale in questione si applicava all'importo dei lavori ancora da completare per ogni anno intero previsto per il termine dei lavori[18].

In alcune situazioni eccezionali, tuttavia, era possibile derogare a questa regola nel caso in cui il prezzo di specifici materiali da costruzione subisse variazioni superiori al 10% a causa di circostanze straordinarie. In questo caso, si applicava una compensazione del prezzo per la percentuale eccedente il 10%, al prezzo dei singoli materiali da costruzione utilizzati nelle lavorazioni registrate nell'anno solare precedente al decreto MIT, come previsto dall'art. 133, comma 4. Queste variazioni percentuali annuali riguardavano i prezzi dei materiali da costruzione più significativi e venivano stabilite nelle quantità accertate dal direttore dei lavori, come indicato dal comma 5.

Nel Codice di cui al d.lgs. n. 50/2016[19], la revisione del prezzo non è obbligatoria, ma si applica solo se è espressamente contemplata nei documenti di gara redatti dalla stazione appaltante, i quali devono includere clausole chiare, precise e inequivocabili che, indipendentemente dal loro valore monetario, regolamentano la possibilità di applicazione dell'istituto in esame.

Le condizioni di accettabilità delle modifiche contrattuali, compresa la revisione dei prezzi, sono normativamente definite dall'art. 106, comma 1, lettera a)[20], il quale stabilisce che le rettifiche non devono alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzari di cui all'art. 23, comma 7[21], solo per l'eccedenza rispetto al 10% rispetto al prezzo originario stabilito dalle regioni e province autonome, e comunque in misura pari alla metà.

18 G. CAPOSIO, *La revisione dei prezzi negli Appalti dei Lavori Pubblici,* ui.torino.it – Unione industriali di Torino.

19 S. FRANCARIO, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici al tempo della pandemia da Covid-19 e del conflitto russo ucraino: profili applicativi e criticità*, deloitte.com.

20 Art. 106 -Modifica di contratti durante il periodo di efficacia.

21 Art. 23 - Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi – 7. Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti dalla stazione appaltante e, ove presente, dal progetto di

ISSN 2036-7821

3. Compensazione nel periodo emergenziale sino al decreto aiuti.

L'obiettivo iniziale delle misure di revisione dei prezzi nel 2021 era affrontare l'aumento dei costi di alcune materie prime nel settore edilizio, in risposta agli impatti economici della pandemia. Tuttavia, nel corso del tempo, il legislatore si è trovato ad affrontare una situazione economica più complessa, con una forte accelerazione dell'inflazione che ha raggiunto il 9,1% nel febbraio 2023, rendendo così necessario rivedere e adattare ulteriormente le misure di revisione dei prezzi per affrontare le sfide economiche in evoluzione, al fine di fronteggiare un aumento significativo dei costi di produzione, compresi quelli nel settore edilizio.

Il d. l. del 25 maggio 2021, n. 73[22] all'art. 1-septies, ha introdotto disposizioni urgenti in merito alla compensazione dei prezzi dei materiali da costruzione[23] nei contratti pubblici[24]. Al fine di affrontare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021, anche in deroga alle disposizioni dell'art. 133, comma 2, del d. lgs. n. 163/2006 e all'art. 106 del previgente Codice, il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile con proprio decreto[25], ha previsto un meccanismo di compensazione, qualora i prezzi dei singoli materiali, legati alla quantità utilizzata nelle lavorazioni, risultassero eccedenti all'8% se riferite esclusivamente al primo semestre dell'anno 2021 ed eccedenti il 10% complessivo se riferite a più anni. Tali compensazioni sono eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori con riferimento alla data dell'offerta.

I due allegati al decreto contengono una serie di dati utili per il calcolo delle compensazioni dei prezzi dei materiali edili, permettendo di comparare le variazioni dei prezzi che si sono susseguite negli anni rispetto a quelli di riferimento, in particolare dal 2003 all'inizio del 2021, consentendo così di intervenire, sui contratti pubblici, con adeguamenti mirati[26].

---

fattibilità; il progetto definitivo contiene, altresì, tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni, nonché la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione e del relativo cronoprogramma, attraverso l'utilizzo, ove esistenti, dei prezzari predisposti dalle regioni e dalle province autonome territorialmente competenti, di concerto con le articolazioni territoriali del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, secondo quanto previsto al comma 16.

22 Decreto legge 25 maggio 2021, n. 73 - Misure urgenti connesse all'emergenza da COVID-19, per le imprese, il lavoro, i giovani, la salute e i servizi territoriali. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 23 luglio 2021, n. 106 (in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 24/07/2021, n. 176).

23 S. OCCHIPINTI, Decreto Sostegni bis: il testo coordinato pubblicato in Gazzetta, *Misure per imprese, tutela della salute, lavoro, giovani, scuola e ricerca*, Altalex.com.

24 A. STEFANELLI, F. CARUSO, A. COLOMBAN, E. PETTAZONI, *La revisione dei prezzi nei contratti di beni e servizi, focus di approfondimento,* studiolegalestefanelli.it

25 Decreto n. 279 del 23 novembre 2021 - Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 279 del 23-11-2021.

26 G. CAPOSIO, op.cit.

ISSN 2036-7821

La Legge di Bilancio 2022[27] ha introdotto modifiche all'art. 1-septies del decreto citato, stabilendo che per l'intero anno 2021 la rilevazione dei prezzi sarebbe stata effettuata dal Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile attraverso due distinti decreti ministeriali semestrali[28].

Il legislatore ha affrontato la questione della compensazione nei contratti pubblici con il d. l. del 27 gennaio 2022, n. 4[29], introducendo misure urgenti in risposta alle conseguenze economiche dell'emergenza sanitaria da COVID-19. In particolare, l'art. 29, comma 1 fissa gli obblighi da inserire nelle procedure di gara i cui bandi, avvisi o lettere di invito siano stati pubblicati o trasmessi successivamente all'entrata in vigore del decreto e con validità fino al 31 dicembre 2023. Le disposizioni riguardano le clausole di revisione dei prezzi nei contratti pubblici, con l'obiettivo di garantire il riequilibrio contrattuale[30].

Nei documenti di gara iniziali, è obbligatorio inserire le clausole di revisione dei prezzi previste dall'art. 106 del previgente Codice, col fine di garantire la possibilità sistematica di applicare misure di riequilibrio contrattuale, nonché assicurare così la regolare e tempestiva realizzazione delle prestazioni affidate, in particolare per i lavori.

Per i contratti relativi ai lavori, in deroga al citato art. 106, le variazioni di prezzo dei singoli materiali da costruzione, in aumento o in diminuzione, sono valutate dalla stazione appaltante solo se superiori al 5% rispetto al prezzo rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta. Laddove si superi questa percentuale, la stazione appaltante procede a una compensazione, sia in aumento che in diminuzione, per la parte eccedente, limitata all'80% di detta eccedenza, nel limite delle risorse disponibili.

Secondo l'art. 29, l'appaltatore è tenuto a presentare l'istanza di compensazione entro 60 giorni dalla data di pubblicazione del decreto in Gazzetta Ufficiale; a pena di decadenza dal diritto. La valutazione per la compensazione riguarda esclusivamente i lavori eseguiti nel rispetto dei termini indicati nel cronoprogramma del contratto,

27 Legge 30 dicembre 2021, n. 234 - Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024 - (GU Serie Generale n.310 del 31-12-2021 - Suppl. Ordinario n. 49).

28 E. D'ARCHIVIO, *Codice dei contratti pubblici: il regime controllato delle compensazioni*, Il Decreto sulle compensazioni e revisione prezzi, le compensazioni 2021 e 2022 e le gare indette dopo il 27 gennaio 2022, Altalex.com.

29 Decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4, Misure urgenti in materia di sostegno alle imprese e agli operatori economici, di lavoro, salute e servizi territoriali, connesse all'emergenza da COVID-19, nonché' per il contenimento degli effetti degli aumenti dei prezzi nel settore elettrico, (GU Serie Generale n.21 del 27-01-2022). Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 28 marzo 2022, n. 25 (in S.O. n. 13, relativo alla G.U. 28/03/2022, n. 73).

30 A. STEFANELLI, F. CARUSO, A. COLOMBAN, E. PETTAZONI op.cit.

ISSN 2036-7821

con la presenza di una comprovata effettiva maggiore onerosità, supportata da adeguata documentazione.

Laddove ci sia il caso di un'onerosità eccessiva accertata con una percentuale superiore a quella indicata nel decreto del MIMS, la compensazione viene comunque riconosciuta entro il limite massimo pari alla variazione riportata nella legge stessa, mentre se la variazione dimostrata è inferiore a quella indicata, la compensazione che viene riconosciuta è quella effettiva[31]. Inoltre, il decreto in esame esclude dalla compensazione i lavori contabilizzati nell'anno solare di presentazione dell'offerta, questa stabilisce che la compensazione non è soggetta al ribasso d'asta e che è calcolata al netto delle eventuali compensazioni precedentemente riconosciute; infine, disciplina le risorse finanziarie destinate al pagamento della compensazione, definendo le modalità di utilizzo e gestione delle stesse.

Con successivi provvedimenti, il meccanismo di compensazione, già previsto per il primo semestre 2021[32], è stato esteso anche al secondo semestre dello stesso anno[33] e ancora al primo semestre 2022[34]. Per tale ultimo periodo si introduce una disciplina speciale di revisione sia nei contratti in corso di esecuzione all'entrata in vigore del Decreto (dal 2 marzo 2022) che per i lavori contabilizzati dal direttore dei lavori o annotati sotto la sua responsabilità nel libretto delle misure, dal 1° gennaio 2022 al 30 giugno 2022. La compensazione è determinata applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione eccedenti l'8% se riferite al primo semestre 2022 ed eccedenti il 10% se riferite a più anni, con la data di presentazione dell'offerta come discriminante. Anche in tale occasione si prevede la necessità che l'affidatario presenti, entro 15 giorni dalla pubblicazione del decreto ministeriale in G.U., istanza di compensazione alla stazione appaltante sulla variazione di prezzo. La mancata presentazione comporta la decadenza del diritto alla compensazione.

Per le variazioni di prezzo in diminuzione il procedimento viene attivato d'ufficio dalla stazione appaltante nello stesso termine di 15 giorni e in seguito il RUP, una volta accertato il credito dell'amministrazione con proprio provvedimento, procede agli eventuali recuperi.

Per le lavorazioni antecedenti al 2022, le variazioni di prezzo rilevate in passato continuano a essere considerate nella determinazione della compensazione, garantendo continuità nella gestione delle variazioni di prezzo nel tempo[35].

31 S. MUCCIOLI, *Sostegni ter e codice appalti: obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione dei prezzi*, appaltiecontratti.it

32 Il tutto disciplinato dall'art. 1-septies della l. 106/2021 per il primo semestre 2021.

33 Per il secondo semestre 2021: dagli articoli 398 e 399 della l. 234/2021 (legge di bilancio 2022).

34 Art. 25 del d. l. 1/3/2022 n. 17, per il primo semestre 2022.

35 G. CAPOSIO, *La revisione dei prezzi negli Appalti dei Lavori Pubblici*, ingenio-web.it.

ISSN 2036-7821

Pertanto, nel biennio 2021-2022 il legislatore, con i diversi provvedimenti analizzati, è intervenuto disciplinando la compensazione e l'obbligatoria previsione di clausole di revisione dei prezzi. Compensazione e revisione prezzi che presentano delle differenze sostanziali: la prima è un meccanismo che interviene retroattivamente, adeguando l'importo contrattuale per coprire le variazioni dei costi già sostenuti dall'appaltatore nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, mentre la revisione dei prezzi è un processo proattivo che mira a rivedere e adeguare le condizioni contrattuali, inclusi i prezzi, per le prestazioni future ancora da eseguire, in risposta a variazioni delle condizioni di mercato, economiche o tecniche[36].

Il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile con proprio decreto direttoriale[37] ha indicato la variazione dei prezzi registrata nel secondo semestre del 2021 rispetto alla media del 2020[38]. Le tabelle ministeriali mostrano incrementi percentuali superiori all'8% per 54 dei 56 materiali oggetto della rilevazione. Con un successivo provvedimento[39] è stata disposta la possibilità di apportare modifiche sostanziali nei contratti pubblici in corso d'opera per fronteggiare rilevanti aumenti nei prezzi dei materiali. Tuttavia, è importante notare che tali variazioni devono essere rilevanti e incidere in modo significativo sui costi dei materiali nei contratti. Inoltre, le risorse necessarie per coprire l'incremento dei costi dovrebbero derivare da risparmi generati da variazioni in diminuzione del contratto, consentendo alle stazioni appaltanti o agli aggiudicatari di proporre modifiche in diminuzione, creando riserve che possono essere utilizzate per affrontare i costi aggiuntivi[40].

Infine, la legge di bilancio 2023[41] ha esteso l'applicazione del Decreto Aiuti fino al 2023, con pubblicazione di nuovi prezzari regionali entro marzo 2023, da applicare a tutte le nuove procedure di lavori pubblici svolte nel corso dell'anno[42].

---

36 R. BERLOCO, P. FALCICCHIO, *Clausola revisione prezzi e compensazioni ordinarie: occhio alle differenze*, lavoripubblici.it

37 Decreto 4 aprile 2022**,** Rilevazione delle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel secondo semestre dell'anno 2021, dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, (GU Serie Generale n.110 del 12-05-2022).

38 Calcolati come media dei dati forniti dai tre rilevatori, Provveditorati, Unioncamere e Istat.

39 Decreto legge n. 36 del 30 aprile 2022: Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022, n. 79 (in G.U. 29/06/2022, n. 150).

40 L'art. 26 del d. l. del 17 maggio 2022, n. 50, contiene disposizioni relative all'aggiornamento dei prezzari regionali e alla loro applicazione ai lavori pubblici contabilizzati nel 2022 di cui all'art. 23, comma 16 d. lgs. n. 50/2016 (art. 26). Sul punto si veda, A. STEFANELLI, F. CARUSO, A. COLOMBAN, E. PETTAZONI, *La revisione dei prezzi nei contratti di beni e servizi, focus di approfondimento 14/07/2022*, studiolegalestefanelli.it.

41 Art. 1, commi 369-379, Legge 29 dicembre 2022, n. 197 - Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025 - (GU n.303 del 29-12-2022 - Suppl. Ordinario n. 43). Sul punto si veda, L. BIARELLA, Legge di Bilancio 2023: il testo in Gazzetta Ufficiale *Le novità su reddito di cittadinanza, tetto al contante, caro energia, bonus bollette, congedo parentale, assegno unico, cuneo fiscale, mutui, flat tax, superbonus, Legge Fornero, opzione Donna, ape sociale*, altalex.com.

42 A. MARRAZZO, *Revisione prezzi negli appalti di lavori*: *la svolta del d. l. 50/2022*, zoppolatoeassociati.it.

ISSN 2036-7821

4. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Il Codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 36/2023, elenca tra i principi generali quello di *conservazione dell'equilibrio contrattuale*, il quale viene disciplinato dall'art. 9, ma trova la sua più completa applicazione all'interno degli istituti della revisione dei prezzi e delle varianti in corso d'opera. La norma prevede il diritto di richiedere la negoziazione in buona fede delle condizioni contrattuali laddove una delle parti di un contratto pubblico risultasse svantaggiata a causa di sopravvenienze straordinarie e imprevedibili[43], circostanze che devono essere estranee alla normale alea contrattuale, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato[44]. Laddove queste condizioni siano soddisfatte, il contraente svantaggiato può richiedere la rinegoziazione del contratto, con l'unico scopo di ripristinare l'equilibrio economico originario. Questa disposizione attribuisce alla rinegoziazione un ruolo fondamentale, considerandola un diritto della parte che subisce svantaggi e conferendo importanza alla logica della conservazione del contratto, evitandone la risoluzione. Con il Codice, viene quindi introdotto nella contrattualistica pubblica il concetto di rinegoziazione basato sul principio della buona fede, ispirato al principio civilistico dell'equilibrio contrattuale e della riconduzione a equità[45]. Tuttavia, il legislatore stabilisce un limite a questo ripristino dell'equilibrio contrattuale, specificando che la rinegoziazione non deve alterare l'originario equilibrio economico, poiché l'evento deve rappresentare uno *shock esogeno, eccezionale, e imprevedibile*[46].

Il Consiglio di Stato[47] ricorda, anche alla luce del correttivo al Codice, come l'articolo 9 ha disposto l'introduzione nel nostro ordinamento del principio generale di rinegoziazione contrattuale (rubricato: *principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*). Il principio non ha efficacia retroattiva in quanto non è norma interpretativa né applicativa di un principio generale già presente, ma come, indicato nella Relazione[48] al Codice, introduce un rimedio generale di manutenzione del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti, in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467[49] c.c.

---

43 A. PRADELLA, *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti*, upi.emilia-romagna.it

44 S. MONZANI, *La revisione prezzi nei contratti pubblici: disciplina legale eccezionale, discrezionalità della stazione appaltante e rimedi civilistici (nota a T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 10 marzo 2022, n. 239)*, giustiziainsieme.it.

45 C. FUSACCHIA, *Commento al nuovo Codice Appalti: la conservazione dell'equilibrio contrattuale*, studiolegalestefanelli.

46 R. GIURANO, *d.lgs. 36/2023 – Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, fareappalti.it.

47 Si veda la sentenza del Consiglio di Stato, 9212 del 18 novembre 2024.

48 Punto 6.2.3. Sulla portata innovativa dell'art. 9.

49 Articolo 1467 – Contratto con prestazioni corrispettive – 1. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il

ISSN 2036-7821

5. La revisione prezzi nel Codice.

L'articolo 60 del Codice disciplina la revisione prezzi, introducendo rilevanti novità rispetto alla disciplina previgente. Nel comma 1, si prevede che *nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi*[50]. Tale obbligo è stato previsto per affrontare la possibilità di notevoli aumenti dei costi, che potrebbero causare squilibri nella gestione dei contratti d'appalto. Spesso, queste variazioni non sono imputabili agli imprenditori, ma derivano da situazioni che hanno creato prolungamenti eccessivi della procedura d'appalto, come dispute e ritardi prolungati nell'esecuzione dei lavori, nonché sospensioni delle attività nei cantieri. L'introduzione obbligatoria nei documenti di gara iniziali è stata fondamentale per garantire maggiore stabilità e prevedibilità nei contratti, evitando interruzioni non necessarie nei progetti di costruzione, soprattutto in considerazione degli effetti sulle missioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

Assume un ruolo di fondamentale importanza il secondo comma, in quanto stabilisce che le clausole di revisione dei prezzi non implicano modifiche sostanziali della natura generale del contratto[51] né tali da contravvenire al principio di parità di trattamento per i partecipanti alle procedure di appalto o negli accordi quadro, ma si attivano quando la variazione dei costi per opera, fornitura o servizio è dovuta alla presenza di elementi oggettivi che possono alterare i costi, entro un intervallo equivalente al 5% dell'importo totale, agendo nell'ambito dell'80% della variazione[52] stessa inerente alla prestazione[53]. Pertanto, finché il prezzo si mantiene all'interno di questo intervallo citato, sia la stazione appaltante che l'appaltatore dovranno affrontare le conseguenze negative di una variazione dei prezzi senza possibilità di intervento. La revisione si applica con una proiezione al futuro, e quindi sarà responsabilità dell'operatore economico presentare una richiesta per l'attuazione della clausola alla stazione appaltante. Inoltre, l'uso del termine *si attivano* da parte

---

verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. 2. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.3. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.

50 Art. 60 - Revisione prezzi, di cui al presente studio.

51 Clausole di revisione prezzi obbligatorie nel nuovo codice dei contratti pubblici, Il nuovo Codice dei contratti pubblici prevede l'obbligo di inserimento delle clausole di revisione dei prezzi nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento, legislazionetecnica.it

52 Sul punto si veda il parere n. 2683 del 29 ottobre 2024 del Servizio Supporto Giuridico del MIT: *D.:Nel caso di revisione prezzi, la percentuale di revisione da applicare è data dall'80% dell'eccedenza del 5%? Quindi se la variazione è del 7% dobbiamo riconoscere l'80% di 7 o di 2? R.: Ove la variazione sia compresa entro il 5% (in più o in meno) nulla risulta dovuto o da richiedere. Per ciò che eccede rispetto all'alea del 5%, è dovuta la revisione, nella misura dell'80% della variazione eccedente il 5% e, quindi, 2%. Il decreto correttivo al Codice ha chiarito in maniera espressa tale interpretazione.*

53 A. PRADELLA, *Diritto alla rinegoziazione: revisione dei prezzi e modifiche dei contratti*, upi.emilia-romagna.it

ISSN 2036-7821

del legislatore sembra suggerire l'attivazione automatica di questo meccanismo. Nel caso in cui l'operatore economico comunicasse un aumento dei prezzi superiore al 5% e richiedesse l'applicazione della clausola, anche se la stazione appaltante dovesse riconoscere la sussistenza dei presupposti dopo diversi mesi, la revisione si applicherebbe dal momento della richiesta.

Il metodo per calcolare la variazione dei costi e dei prezzi fa ricorso (prima dell'intervento del decreto correttivo, vedi *infra*) a indicatori sintetici elaborati dall'ISTAT e, a seconda della natura dell'appalto, vengono impiegati indicatori specifici. Per i lavori, si utilizzano gli indici sintetici di costo di costruzione, mentre per i contratti di servizio e forniture, vengono adottati gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi, e delle retribuzioni contrattuali orarie. L'utilizzo di questi indicatori esterni ha l'obiettivo di garantire una valutazione neutrale e imparziale delle variazioni dei costi e dei prezzi nei contratti pubblici. Questo approccio mira a prevenire controversie e assicurare trasparenza nel processo di revisione dei prezzi, promuovendo una valutazione equa e affidabile delle dinamiche economiche che influenzano l'esecuzione del contratto (sulle modifiche si veda *infra*).

Il comma 4 stabilisce che tali indici sono resi pubblici, insieme alla loro metodologia di calcolo, attraverso il portale istituzionale dell'ISTAT, che costituisce il punto di riferimento giuridico per la divulgazione di tali informazioni. Questo approccio rappresenta un progresso rispetto alle modalità tradizionali di pubblicazione e sottolinea l'aderenza alle disposizioni normative europee e nazionali in merito alla comunicazione e alla diffusione dell'informazione statistica. Va precisato che il nostro sistema statistico nazionale fa parte di quello comunitario definito *Eurostat*[54].

La norma offre la facoltà al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti di individuare ulteriori categorie di indici o specifiche tipologie o merci rispetto a quelle elencate in precedenza. Nel caso in cui gli indici generali disponibili non siano adeguati a identificare in modo completo l'andamento dei prezzi delle materie prime nel settore delle costruzioni o dell'industria, il Ministero ha la facoltà di introdurre indicatori supplementari.

Il comma 5 dell'articolo affronta la questione del finanziamento per affrontare i maggiori oneri derivanti dalla revisione dei prezzi attraverso una serie di disposizioni. La prima di queste afferma che le stazioni appaltanti hanno la facoltà di utilizzare le risorse appositamente accantonate entro il limite del 50%, per far fronte agli imprevisti nel quadro economico di ciascun intervento. Queste risorse includono

54 L'Ufficio statistico dell'Unione europea è una direzione generale della Commissione europea che raccoglie ed elabora dati provenienti dagli Stati membri dell'Unione europea a fini statistici, promuovendo il processo di armonizzazione della metodologia statistica tra gli Stati stessi, wikipedia.org.

ISSN 2036-7821

una componente destinata alle spese per gli imprevisti[55]. È importante notare, tuttavia, che le somme relative agli impegni contrattuali già assunti non possono essere riutilizzate per coprire tali oneri. C'è la possibilità, inoltre, di utilizzare i risparmi derivanti dai ribassi d'asta per coprire le spese aggiuntive generate dalla revisione dei prezzi, a meno che ciò sia vietato da specifiche indicazioni contrattuali o normative. Tali ribassi costituiscono una diminuzione rispetto all'importo inizialmente previsto e possono essere impiegati per fronteggiare le variazioni dei costi. Come ultima disposizione, le stazioni appaltanti hanno la possibilità di utilizzare le somme disponibili relative a altri interventi conclusi di loro competenza; tali interventi devono essere chiusi definitivamente con relativo superamento dei collaudi o emissione dei certificati di regolare esecuzione, così da garantire il completamento dei lavori con successo. Tuttavia, è importante notare che i costi di tali interventi devono rientrare nei limiti della spesa autorizzata residua disponibile ed essere pertinenti all'ambito specifico degli appalti pubblici. Ciò significa che non è possibile utilizzare fondi destinati a servizi per coprire spese di lavori e viceversa, assicurando così la coerenza delle risorse finanziarie nel contesto delle attività di appalto pubblico.

La normativa disciplinata dall'art. 60 non rappresenta una novità assoluta, ma trova origine nel d. l. n. 4/2022, promulgato con l'obiettivo di affrontare gli impatti economici negativi causati dall'emergenza COVID e dall'aumento dei prezzi nel settore elettrico. In seguito, questa normativa è stata confermata e consolidata nel Codice dei Contratti Pubblici, che è entrato in vigore il 1° luglio, comportando così una sovrapposizione al regime transitorio delle norme emergenziali fino al 31 dicembre 2023, e mantenendo al contempo le stesse disposizioni. Con questa continuità normativa, il Codice conserva e rafforza le disposizioni relative alle clausole di revisione dei prezzi e ciò consente alle stazioni appaltanti di gestire in modo più efficace le variazioni dei costi nei contratti pubblici, promuovendo gli investimenti e affrontando le sfide economiche generate dalla situazione attuale[56].

Per il MIT[57], tenendo conto dei principi generali del Codice, della conservazione dell'equilibrio contrattuale e dell'applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore è possibile, nell'ambito dei bandi/avvisi, inserire clausole di rinegoziazione, subordinate alle regole di pubblicità e trasparenza, in attuazione di quanto disposto al comma 4 dell'art. 9[58] estendendo il riequilibro negoziale oltre l'eccezionale e con

55 Eventi che possono verificarsi in corso d'opera e richiedere costi aggiuntivi.

56 V. AVALTRONI, *La gestione delle sopravvenienze imprevedibili nei contratti pubblici: la revisione prezzi degli appalti di servizi*, lasettimanagiuridica.it.

57 Si veda il parere n. 2675 del 26 settembre 2024 del Servizio Supporto Giuridico.

58 Articolo 9 - Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale – 4. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata,

ISSN 2036-7821

regole diverse da quanto previsto dalla disposizione imperativa di cui all'art. 60 (riconoscendo a esempio l'intero quantum di incremento del costo del lavoro soprattutto con riferimento ai contratti ad alta intensità di mano d'opera anche al fine di non vedere frustrato l'art. 11, nei contratti maggiormente esposti per durata alle sopravvenienze).

Come già indicato, in tema di revisione dei prezzi è ammessa la revisione anche in diminuzione, sulla base del quadro normativo di riferimento, come confermato anche dall'ANAC[59]: "La misura revisionale trova applicazione anche nel caso in cui dai prezzari aggiornati si riscontrino prezzi inferiori a quelli contrattuali e da tale aggiornamento derivi eventualmente, all'esito delle operazioni di verifica della contabilità finale dell'appalto, la necessità di adeguare l'importo dell'appalto".

In definitiva, la revisione dei prezzi ha la finalità di salvaguardare sia l'interesse pubblico affinché le prestazioni in appalto non siano esposte col tempo al rischio di una diminuzione qualitativa sia l'impresa perché essa non subisca alterazioni dell'equilibrio contrattuale al sopraggiungere di circostanze eccezionali. Mentre, l'istituto delle riserve è volto a limitare il più possibile la nascita di controversie tra le parti: all'appaltatore serve ad avanzare specifiche contestazioni su eventi da cui sarebbero derivati maggiori oneri, determinando un'alterazione della prevista contabilità di cantiere, mentre permette alla stazione appaltante di verificare con regolarità l'andamento dei costi di realizzazione dell'opera pubblica[60].

6. Le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 209/2024.

Con il decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209[61] il legislatore è intervenuto anche sulla disciplina della revisione prezzi, modificando e integrando l'art. 60 del Codice e introducendo un nuovo Allegato (II.2-bis), volto a disciplinare nel dettaglio le modalità di attuazione delle clausole di revisione.

L'art. 23 del decreto correttivo modifica l'art. 60 già dal primo comma, precisando che le clausole di revisione prezzi sono riferite alle prestazioni oggetto del contratto, eliminando il riferimento al concetto di "lavorazioni" presente nello schema di decreto, dal momento che esso "*è, peraltro, superfluo, perché nulla aggiunge al riferimento*

per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze. 5. In applicazione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale si applicano le disposizioni di cui agli articoli 60 e 120.

59 Parere in funzione consultiva n. 4 del 12 febbraio 2025, approvato dal Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione.

60 Sul punto si veda: Tar, Basilicata, n. 123 del 20 febbraio 2025.

61 D.lgs. n. 31 dicembre 2024, n. 209 - Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 - (GU n.305 del 31-12-2024 - Suppl. Ordinario n. 45).

ISSN 2036-7821

comprensivo alle «prestazioni» che costituiscono, volta a volta, oggetto del contratto, anche relativamente agli appalti di lavori" [62].

Ma la novità più rilevante interessa il comma 2 e interviene sulle soglie percentuali per l'attivazione delle clausole di revisione e sulle relative modalità di applicazione, introducendo una distinzione tra settori. Nel testo originario, il Codice fissava una disciplina unica sia per i contratti di lavori che per quelli di servizi e forniture, stabilendo che le clausole si attivassero in seguito a una variazione dei costi, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo e operassero nella misura dell'80% della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire. Al di sotto del 5% di variazione operava, invece, la normale alea contrattuale. Il decreto correttivo prevede una normativa differenziata, riducendo la soglia percentuale per i contratti di lavori e introducendo, ma solo per i contratti di servizi e forniture, un ulteriore meccanismo di adeguamento del prezzo.

Il nuovo comma dispone che nei contratti di lavori la revisione dei prezzi si attivi in caso di una variazione del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 3 per cento dell'importo complessivo e operi nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione, da applicare alle prestazioni da eseguire. Per i contratti di servizi e forniture rimane invece ferma la soglia del 5 per cento e l'operatività nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione[63], anche questa volta da applicare alle prestazioni ancora da eseguire. In entrambe le casistiche, la nuova formulazione del comma 2 prevede che il quantum della revisione da applicare alle prestazioni da eseguire (nella misura del 90% per i lavori e dell'80% per servizi e forniture) sia calcolato non più su tutta la variazione ma solo sul valore eccedente la soglia per l'attivazione delle clausole (il 3%per i lavori, il 5% per servizi e forniture).

L'ambito dei servizi e delle forniture è oggetto di un'altra innovazione che, solo per questi affidamenti, affianca alle clausole obbligatorie disciplinate dai commi 1 e 2 un'ulteriore procedura, di carattere ordinario, volta anch'essa al mantenimento

62 Sul punto è stato accolto il suggerimento contenuto nel parere n. 1463 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato in data 27 novembre 2024 e pubblicato il successivo 2 dicembre, che suggeriva l'espunzione del riferimento al concetto di "lavorazioni" presente nello schema di decreto, dal momento che esso "è, peraltro, superfluo, perché nulla aggiunge al riferimento comprensivo alle «prestazioni» che costituiscono, volta a volta, oggetto del contratto, anche relativamente agli appalti di lavori" (punto 16.1.).

63 Art. 60, comma 2, d.lgs n. 36/2023: "Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano: a) una variazione del costo dell'opera, in aumento o in diminuzione, superiore al 3 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura del 90 per cento del valore eccedente la variazione del 3 per cento applicata alle prestazioni da eseguire; b) una variazione del costo della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento del valore eccedente la variazione del 5 per cento applicata alle prestazioni da eseguire".

ISSN 2036-7821

dell'equilibrio contrattuale. La novità è contenuta nel comma 2-bis[64] e consente di inserire nel contratto meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo, basati su un indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti[65]. Obiettivo del nuovo istituto è garantire anche in condizioni di ordinarietà - nelle quali non si attivano le clausole di revisione – l'equilibrio economico finanziario del contratto, attraverso clausole di indicizzazione ponderate dalla stazione appaltante al momento della stesura del contratto, tenendo conto della sua durata, dell'oggetto dell'affidamento e delle modalità di svolgimento delle prestazioni. Si precisa, inoltre, che l'eventuale incremento di prezzo riconosciuto in virtù di tali meccanismi non dovrà essere considerato ai fini della determinazione della variazione rilevante per l'attivazione delle clausole di revisione prezzi.

Sotto il profilo applicativo, il decreto correttivo è intervenuto sulle modalità attuative delle clausole di revisione del prezzo, al fine di superare le difficoltà operative emerse nei primi mesi di vigenza del Codice, mettendo a disposizione delle stazioni appaltanti un indice, quanto più specifico possibile, per ogni tipologia di affidamento. A questa finalità risponde la modifica dei commi 3 e 4 dell'art. 60 e l'inserimento dell'Allegato II.2-bis. Il testo originario ancorava il calcolo della revisione agli indici sintetici elaborati dall'Istat, relativi al costo di costruzione (per i contratti di lavori) e ai prezzi al consumo, alla produzione dell'industria e dei servizi, nonché alle retribuzioni contrattuali orarie (per i contratti di forniture e servizi). Con le modifiche il riferimento agli indici Istat scompare, in favore di un meccanismo che prevede per i lavori indici di costo individuati in base al settore merceologico e, per servizi e forniture, la possibilità di utilizzare gli indici sintetici (prezzi al consumo, prezzi alla produzione, retribuzioni contrattuali orarie) anche in forma disaggregata, così da coprire l'ipotesi in cui un servizio o una fornitura rientri in due o più categorie.[66]

Nel dettaglio, il nuovo comma 3 dispone che ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi si utilizzano i seguenti indici sintetici: a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici individuati ai sensi del comma 4-quater; b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici, anche disaggregati, dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei

64 Comma introdotto dall'art. 23 del d.lgs. n. 209/2024.

65 Art. 60, comma 2-bis, d.lgs. n. 36/2023: "Per gli appalti di servizi e forniture, resta ferma la facoltà di inserire nel contratto, oltre alle clausole di cui al comma 1, meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto all'indice inflattivo convenzionalmente individuato tra le parti. In tale ipotesi, l'incremento di prezzo riconosciuto in virtù dei meccanismi ordinari di adeguamento del prezzo del contratto non è considerato nel calcolo della variazione del costo del servizio o della fornitura rilevante, ai sensi del comma 2, lettera b), ai fini dell'attivazione delle clausole di revisione prezzi".

66 Le categorie sono individuate secondo il sistema unico europeo di classificazione (CPV - Common Procurement Vocabulary).

ISSN 2036-7821

servizi e gli indici, anche disaggregati, delle retribuzioni contrattuali orarie.[67] Il richiamato comma 4-quater fa a sua volta riferimento al nuovo allegato, precisando che l'Allegato II.2-bis disciplina le modalità di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi e ne specifica le modalità di corresponsione, anche in considerazione dell'eventuale ricorso al subappalto.

I singoli indici di costo delle lavorazioni, su cui si basa la determinazione degli indici sintetici ai sensi del comma 4-quater, sono adottati con provvedimento del MIT, sentito l'Istat, sulla base delle tipologie omogenee indicate alla tabella A dell'Allegato[68]. In attesa di tale provvedimento ministeriale è stata prevista una disciplina transitoria, stabilendo che le nuove disposizioni si applichino solo alle procedure di affidamento avviate a decorrere dalla pubblicazione del decreto, mentre per le procedure già avviate continueranno a essere vigenti le disposizioni antecedenti al correttivo.[69]

Riguardo ai contratti di servizi e forniture il nuovo comma 4-ter introduce un regime derogatorio alla disciplina dettata dal comma 3, precisando che nei settori in cui si dispone di specifici indici di determinazione della variazione del prezzo, resta ferma la possibilità di fare riferimento a tali indici anche in sostituzione di quelli previsti dal comma 3, lettera b). L'eccezione si fonda sul presupposto che questi indici di settore siano maggiormente aderenti alla realtà economica del comparto e si aggiunge a un'altra deroga, prevista dal medesimo comma 4-ter, che consente alle stazioni appaltanti di non inserire le clausole di revisione (altrimenti obbligatorie ai sensi del comma 1) ai contratti il cui prezzo è già determinato sulla base di una propria indicizzazione operante settorialmente[70].

---

67 Il comma 4-bis prevede che "gli indici di prezzo di cui al comma 3, lettera b), sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale".

68 Art. 60, comma 4, d.lgs n. 36/2023: "Con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sono adottati i singoli indici di costo delle lavorazioni, sulla base delle tipologie omogenee di cui alla tabella A dell'allegato II.2-bis, per la determinazione degli indici sintetici individuati ai sensi del comma 4-quater".

69 Art. 16 – Allegato II.2-bis al Codice: "1. Le disposizioni di cui al presente Allegato si applicano: a) alle procedure di affidamento di contratti di lavori avviate a decorrere dalla data di pubblicazione del provvedimento di cui all'articolo 60, comma 4, primo periodo, del codice; b) alle procedure di affidamento di contratti di servizi e forniture avviate a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente Allegato.

2. Alle procedure di affidamento di contratti di lavori avviate fino alla data di cui al comma 1, lettera a), continuano ad applicarsi, in via transitoria, le disposizioni dell'articolo 60, comma 3, lettera a) e comma 4 del codice, nel testo vigente alla data del 1° luglio 2023.

3. A decorrere dalla data di cui al comma 1, lettera a), gli indici di costo pubblicati sul portale istituzionale dell'ISTAT ai sensi dell'articolo 60, comma 3, lettera a), e comma 4, del codice, nel testo vigente alla data del 1° luglio 2023, possono essere utilizzati solo a fini statistici".

70 Art. 60, comma 4-ter, d.lgs. n. 36/2023: "In relazione agli appalti di servizi e forniture che, in ragione dei settori di riferimento, dispongono di specifici indici di determinazione della variazione del prezzo, resta ferma la possibilità di fare riferimento ai medesimi indici anche in sostituzione di quelli previsti dal comma 3, lettera b). Le

ISSN 2036-7821

Come detto, il decreto correttivo ha introdotto *ex novo* l'Allegato II.2-bis, che disciplina le modalità di applicazione delle clausole di revisione dei prezzi - tenuto conto della natura, del settore merceologico dell'appalto e degli indici disponibili - e ne specifica le modalità di corresponsione. A seconda delle lavorazioni rilevanti nei singoli contratti, l'Allegato individua le formule che consentono di misurare l'incremento dei prezzi, realizzando così il passaggio da un sistema di indici per categorie di opere a un sistema di indici per lavorazioni.

L'Allegato II.2-bis si articola in quattro sezioni[71], l'art. 1 circoscrive l'ambito di applicazione precisando che per gli appalti di lavori la revisione dei prezzi si applica sia ai lavori di nuova costruzione che a quelli di manutenzione straordinaria e ordinaria e che, per quanto concerne gli appalti di servizi e forniture, la revisione prezzi si applica ai contratti di durata, il cui oggetto non consiste in una prestazione a esecuzione istantanea. Sia l'Allegato che il comma 4-quater dell'art. 60 fanno riferimento alle ipotesi di subappalto, raccordandosi così al nuovo comma 2-bis dell'art. 119 del Codice, che rende obbligatorio l'inserimento, nei contratti di subappalto e nei subcontratti comunicati alla stazione appaltante, di clausole di revisione dei prezzi; tali clausole devono essere riferite alle prestazioni o lavorazioni oggetto del subappalto o del sub-contratto e definite dalle parti tenuto conto dei seguenti elementi: i meccanismi revisionali e i limiti di spesa di cui all'articolo 60 del Codice, le specifiche prestazioni oggetto del contratto di subappalto o del sub-contratto, le modalità di determinazione degli indici sintetici disciplinate dall'Allegato.

Sempre nell'ambito delle disposizioni generali, l'art. 2, al comma 1, chiarisce che le clausole di revisione dei prezzi devono essere redatte conformemente ai requisiti dell'Allegato, al fine di fornire meccanismi automatici di riequilibrio contrattuale al verificarsi delle particolari condizioni. L'automaticità del riequilibrio emerge anche nell'art. 3, il quale dispone che le clausole di revisione dei prezzi sono attivate automaticamente dalla stazione appaltante, anche in assenza di istanza di parte, quando la variazione dell'indice supera, in aumento o in diminuzione, la soglia del 3% (per gli appalti di lavori) o del 5% (per gli appalti di servizi e forniture) dell'importo del contratto risultante dal provvedimento di aggiudicazione, cioè quando si verificano le condizioni di cui all'art. 60, comma 1, del Codice. Tale automatismo è espressione del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, di cui all'art. 9 del Codice, che si spinge fino alla possibilità di

disposizioni di cui al comma 1 non si applicano agli appalti di servizi e forniture il cui prezzo è determinato sulla base di una indicizzazione".

71 Sezione I "Disposizioni generali" (artt. da 1 a 3); Sezione II "Revisione prezzi per i contratti di lavori" (artt. da 4 a 9); Sezione III "Revisione prezzi per i contratti di servizi e forniture" (artt. da 10 a 14); Sezione IV "Disposizioni economico-finanziarie e finali" (artt. 15 e 16).

ISSN 2036-7821

risoluzione del contratto qualora tale equilibrio non sia garantito. A questo principio è informata la disposizione dell'art. 2, comma 2, dell'Allegato, ai sensi del quale, quando l'applicazione della norma non garantisce il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e non è possibile garantire il medesimo principio mediante rinegoziazione secondo buona fede, è sempre fatta salva, ai sensi dell'articolo 12, comma 1, lett. b), la possibilità per la stazione appaltante o l'appaltatore di invocare la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta del contratto[72]. In tali casi l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite[73].

Riguardo alle modalità applicative delle clausole revisionali, sono gli articoli 4, comma 2, e 12, comma 1, a chiarire il riferimento temporale per la determinazione della variazione del prezzo, precisando che tale riferimento va individuato nel mese del provvedimento di aggiudicazione, con l'ulteriore precisazione per cui "*in caso di sospensione o proroga dei termini di aggiudicazione nelle ipotesi di cui all'articolo 1, commi 3, 4 e 5 dell'Allegato I.3." il valore di riferimento per il calcolo della variazione è quello relativo al "mese di scadenza del termine massimo per l'aggiudicazione, come individuato dall'articolo 1, commi 1 e 2 del predetto Allegato*".

Nonostante le precisazioni apportate dal correttivo, restano ancora irrisolti i dubbi su alcuni temi, relativi in particolare alla durata minima dei contratti ai fini dell'applicazione della revisione prezzi e all'applicabilità dell'istituto agli appalti di progettazione. Entrambe le questioni sono segnalate dall'ANAC[74]. Per la prima tematica, l'Authority aveva proposto di chiarire che la revisione dei prezzi interessa solo i contratti di durata superiore a un anno. Riguardo agli appalti di progettazione, le perplessità sono legate alla loro dubbia natura di contratto istantaneo. L'ANAC aveva suggerito di precisare la non applicabilità delle clausole revisionali agli appalti

72 La risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta è un istituto previsto dall'art. 1467 del Codice civile: "Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto". Il citato art. 1458 prevede, per i contratti a esecuzione continuata o periodica, una deroga alla retroattività degli effetti della risoluzione. Nel disporre l'effetto retroattivo della risoluzione per inadempimento, fa infatti salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

73 Art. 122, comma 5, del Codice: ". In tutti i casi di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti".

74 Le due tematiche sono state affrontate dal presidente di ANAC, Giuseppe Busia, nel corso delle audizioni sullo schema del decreto correttivo (atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 226) alla Camera dei Deputati e al Senato della Repubblica: Le audizioni si sono tenutesi il 26 novembre 2024 al Senato, dinanzi alla 8ª Commissione – Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica, e il 27 novembre 2024 alla Camera, dinanzi alla VIII Commissione – Ambiente, territorio e lavori pubblici.

ISSN 2036-7821

di progettazione, fatta eccezione per gli accordi quadro aventi a oggetto servizi di progettazione e per le ipotesi in cui l'impegno del progettista si protragga per il tempo necessario alle verifiche della stazione appaltante e per l'esecuzione dei conseguenti interventi di adeguamento e modifica dei documenti progettuali. Entrambe le proposte formulate dall'Autorità anticorruzione non hanno trovato accoglimento nel testo definitivo.

Capitolo 2 – Le modifiche contrattuali in corso di esecuzione.

1. Le varianti in corso d'opera nel Codice.

La normativa sulle varianti in corso d'opera è stata potenziata per affrontare situazioni di emergenza e promuovere la ripresa dell'economia nazionale, in linea con quanto previsto dal PNRR. L'introduzione delle varianti ha l'obiettivo di consentire alle stazioni appaltanti di accelerare la realizzazione dei progetti pubblici, riducendo i tempi di esecuzione e, di conseguenza, mitigando i rischi legati a eventi che potrebbero influenzare i costi preventivati.

L'art. 120 delinea la disciplina delle modifiche ai contratti in corso di esecuzione, senza richiedere una nuova procedura di affidamento, fermo quanto previsto dall'art. 60 per le clausole di revisione dei prezzi, apportando alcune modifiche alla precedente normativa dell'art.106. In particolare, si disciplina l'ammissibilità delle modifiche non sostanziali che offrono maggiore flessibilità al contratto senza ricorrere a una nuova procedura di gara, pur mantenendo il principio dell'immodificabilità dell'oggetto contrattuale[75].

I casi in cui è possibile effettuare una variante in corso d'opera sono diversi, così come previsto dal comma 1. Le modifiche ai contratti possono essere apportate nei documenti di gara attraverso *clausole chiare, precise e inequivocabili*, ferme restando le disposizioni di cui all'art. 1, comma 511, della legge n. 208/2015 per i contratti di servizi e forniture conclusi da soggetti aggregatori[76]. Tale disposizione, inerente la

75 Redazione tecnica, *Codice Appalti 2023: la rinegoziazione del contratto e la revisione dei prezzi*, lavoripubblici.it.

76 Legge 28 dicembre 2015, n. 208 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016) - (GU n.302 del 30-12-2015 - Suppl. Ordinario n. 70) - Comma 511: A decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, anche con riferimento ai contratti in corso a tale data, nei contratti pubblici relativi a servizi e forniture ad esecuzione continuata o periodica stipulati da un soggetto aggregatore di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, per l'adesione dei singoli soggetti contraenti, in cui la clausola di revisione e adeguamento dei prezzi sia collegata o indicizzata al valore di beni indifferenziati, qualora si sia verificata una variazione nel valore dei predetti beni, che abbia determinato un aumento o una diminuzione del prezzo complessivo in misura non inferiore al 10 per cento e tale da alterare significativamente l'originario equilibrio contrattuale, come accertato dall'autorità indipendente preposta alla regolazione del settore relativo allo specifico contratto ovvero, in mancanza, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'appaltatore o il soggetto aggregatore hanno

ISSN 2036-7821

revisione dei prezzi per questa tipologia di contratti avrebbe potuto trovare un più adeguato collocamento nell'art. 60 (analizzato nel capitolo precedente). La modifica per prestazioni supplementari può essere effettuata dal RUP esclusivamente quando un cambiamento del contraente comporti notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi per la stazione appaltante, ovvero sia impraticabile per motivi economici o tecnici. Le varianti in corso d'opera, secondo le disposizioni legislative, non possono determinare un aumento di prezzo che ecceda il 50% del valore contrattuale iniziale[77]. Questa limitazione si applica anche nel caso di più modifiche successive, al fine di evitare che si eluda l'applicazione del Codice. Anche le modifiche di carattere soggettivo sono consentite ma con il necessario intervento del RUP.

Il comma 5 dell'articolo in esame introduce un'innovazione importante, recepita in coerenza della Legge 29 giugno 2022 n. 79[78], stabilendo che in caso di aumenti dei costi dei materiali, può sussistere l'ammissione di varianti in corso d'opera senza alterare la natura generale del contratto, garantendo sempre la piena funzionalità dell'opera. Le modifiche devono essere finalizzate a garantire risparmi rispetto alle previsioni iniziali da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali[79]. Il comma 6 indica le condizioni per le quali una modifica è considerata sostanziale e, quindi, in contrasto con la direttiva europea[80], contenendo una definizione di modifica snaturante[81] in linea con le

facoltà di richiedere, con decorrenza dalla data dell'istanza presentata ai sensi del presente comma, una riconduzione ad equità o una revisione del prezzo medesimo. In caso di raggiungimento dell'accordo, i soggetti contraenti possono, nei trenta giorni successivi a tale accordo, esercitare il diritto di recesso ai sensi dell'articolo 1373 del codice civile. Nel caso di mancato raggiungimento dell'accordo le parti possono consensualmente risolvere il contratto senza che sia dovuto alcun indennizzo come conseguenza della risoluzione del contratto, fermo restando quanto previsto dall'articolo 1467 del codice civile. Le parti possono chiedere all'autorità che provvede all'accertamento di cui al presente comma di fornire, entro trenta giorni dalla richiesta, le indicazioni utili per il ripristino dell'equilibrio contrattuale ovvero, in caso di mancato accordo, per la definizione di modalità attuative della risoluzione contrattuale finalizzate a evitare disservizi.

77 P.L. GIANFORTE, *Il Nuovo codice dei contratti e la disciplina sulle varianti*, unitel.it

78 *Legge 29 giugno 2022, n. 79 - Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 aprile 2022, n. 36, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) - (GU n.150 del 29-06-2022).*

79 Decreto legge del 30 aprile 2022, n. 36 - Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), convertito con modificazioni dalla L. 29 giugno 2022, n. 79 - Art. 7 - Ulteriori misure urgenti abilitanti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza - 2-quater. Nei casi indicati al comma 2-ter, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, la stazione appaltante o l'aggiudicatario possono proporre, senza che sia alterata la natura generale del contratto e ferma restando la piena funzionalità dell'opera, una variante in corso d'opera che assicuri risparmi, rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare esclusivamente in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi dei materiali.

80 Direttiva 2014/24/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE - Articolo 72 - Modifica di contratti durante il periodo di validità.

81 S. DE MARRINIS, *Modifiche che producono alterazioni nella struttura del contratto e nell'operazione economica., La disciplina delle modifiche contrattuali nel nuovo codice dei contratti*, mediappalti.it.

ISSN 2036-7821

regolamentazioni eurounitarie. Pertanto, risultano ammesse soltanto quelle modifiche che non alterano la struttura del contratto[82].

Il comma 7 include l'elenco delle modifiche ammesse che, pur mantenendo la funzionalità dell'opera, consentono di ottenere risparmi dal punto di vista economico. Questo rappresenta un cambiamento rispetto al precedente Codice, garantendo una maggiore flessibilità nella gestione delle modifiche contrattuali, purché non compromettano la funzionalità dell'opera e portino a risparmi economici. Infine, le varianti in corso d'opera, autorizzate dal RUP, devono essere finanziate con le risorse disponibili nel bilancio. Questa disposizione mira a prevenire eccessive riduzioni nei prezzi durante il processo di gara. In particolare, il legislatore specifica che non sono considerate sostanziali, purché rispettino i limiti derivanti dalle risorse

82 Articolo 120 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione - 1. Fermo quanto previsto dall'articolo 60 per le clausole di revisione dei prezzi, i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti, sempre che, nelle ipotesi previste dalle lettere a) e c), nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate: a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara iniziali, che possono consistere anche in clausole di opzione; per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208; b) per la sopravvenuta necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, non previsti nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente nel contempo: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici; 2) comporti per la stazione appaltante notevoli disagi o un sostanziale incremento dei costi; c) ((per le varianti in corso d'opera, da intendersi come modifiche resesi necessarie in corso di esecuzione dell'appalto per effetto delle seguenti circostanze imprevedibili da parte della stazione appaltante, fatti salvi gli ulteriori casi previsti nella legislazione di settore: 1) le esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti; 2) gli eventi naturali straordinari e imprevedibili e i casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento; 3) i rinvenimenti, imprevisti o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione; 4) le difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione.)) d) se un nuovo contraente sostituisce l'aggiudicatario a causa di una delle seguenti circostanze: 1) le modifiche soggettive implicanti la sostituzione del contraente originario sono previste in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara; 2) all'aggiudicatario succede, per causa di morte o insolvenza o a seguito di ristrutturazioni societarie, che comportino successione nei rapporti pendenti, un altro operatore economico che soddisfi gli iniziali criteri di selezione, purché ciò non implichi ulteriori modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 124; 3) nel caso in cui la stazione appaltante assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori. 2. Nei casi di cui al comma 1, lettere b) e c), il contratto può essere modificato solo se l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non eludono l'applicazione del codice. 3. I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto dal comma 1, senza necessità di una nuova procedura, sempre che nonostante le modifiche, la struttura del contratto o dell'accordo quadro e l'operazione economica sottesa possano ritenersi inalterate, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie fissate all'articolo 14; b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture; il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori; in caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo del contratto al netto delle successive modifiche. 4. Ai fini del calcolo del prezzo di cui ai commi 1, lettere b) e c), 2 e 3, quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione, il valore di riferimento è il prezzo aggiornato. 5. Sono sempre consentite, a prescindere dal loro valore, le modifiche non sostanziali.

ISSN 2036-7821

finanziarie a disposizione del quadro economico e dalle previsioni di cui alle lettere a), b) e c) del comma 6, le modifiche al progetto proposte dalla stazione appaltante o dall'appaltatore. Queste modifiche devono assicurare risparmi rispetto alle previsioni iniziali, da utilizzare in compensazione per far fronte alle variazioni in aumento dei costi delle lavorazioni, oppure devono realizzare soluzioni equivalenti o migliorative in termini economici, tecnici o di tempi di ultimazione dell'opera. Le modifiche progettuali, invece, richiedono l'approvazione della stazione appaltante su proposta del RUP[83].

2. Definizione di modifica sostanziale.

Come detto, la modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali originariamente pattuiti e diverse sono le condizioni affinché una modifica sia considerata sostanziale. *In primis* la modifica apportata è sostanziale se introduce condizioni che, se fossero state previste nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero permesso l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente concordata. Tali condizioni avrebbero potuto attrarre ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione. In secondo luogo, la modifica è sostanziale se cambia l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale, oppure estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto. Se, a esempio, con il subentro di un nuovo contraente il contratto subisse variazioni diverse da quelle disciplinate dall'art. 120, la sostituzione del contraente, in questo caso, potrebbe influire sull'equilibrio economico del contratto e sollevare questioni legate alla concorrenza e alla trasparenza. Pertanto, è necessario considerare attentamente le disposizioni normative specifiche e le modalità di attuazione per gestire correttamente le modifiche contrattuali[84].

Tali condizioni sono richiamate dall'ANAC[85] e nella sentenza della Corte di Giustizia dell'UE[86], sottolineando l'importanza della trasparenza nelle procedure di appalto pubblico e la necessità di considerare le modifiche sostanziali come potenziali nuove aggiudicazioni. Secondo la Corte, le modifiche che presentano caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto al contratto iniziale possono essere considerate una nuova aggiudicazione. Questo principio mira a garantire la parità di trattamento degli offerenti e la trasparenza nelle procedure a evidenza pubblica, evitando che le

83 Per i dettagli consultare Allegato II.14 e Art. 120, comma 8.
84 F. ROSSETTI, *Le modifiche al contratto in corso di esecuzione*, Il dirittoamministrativo.it.
85 ANAC – Funz. Cons. n. 22/2023 - Variazione contrattuale – art. 106 d.lgs. 50/2016- richiesta di parere.
86 Si veda Corte di Giustizia dell'UE, causa C-91/08 del 13 aprile 2010.

ISSN 2036-7821

modifiche sostanziali possano alterare in modo significativo i termini essenziali dell'appalto originario senza una corretta procedura di gara[87].

Avendo fissato le condizioni che qualificano una modifica come sostanziale, è possibile dedurre che tutte quelle varianti ulteriori si identifichino come non sostanziali e quindi consentite. Il legislatore rimette alla stazione appaltante la valutazione della modifica, che si basa sia sul dato normativo sia sulle circostanze specifiche del caso concreto, consentendo di decidere se una modifica apportata a un contratto debba essere considerata sostanziale o meno. Questa flessibilità consente di adattare le procedure alle esigenze specifiche di ciascun contratto, ma allo stesso tempo richiede una corretta motivazione delle decisioni adottate. La possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire soglie di importo entro le quali le modifiche non sono considerate sostanziali aggiunge un ulteriore elemento di flessibilità. Questa pratica può essere utilizzata per adattare le regole alle specifiche esigenze di ciascuna procedura di appalto, garantendo al contempo il rispetto dei limiti previsti dalla normativa. Tuttavia, è importante che queste soglie siano definite in modo chiaro e trasparente nei documenti di gara, in modo da evitare ambiguità e garantire la comprensibilità da parte degli offerenti.

Inoltre, il diritto della stazione appaltante di risolvere il contratto in caso di modifiche essenziali sottolinea l'importanza di garantire la conformità delle modifiche alle disposizioni normative. Ciò contribuisce a mantenere un equilibrio tra la flessibilità necessaria per gestire dinamiche contrattuali e la necessità di tutelare la concorrenza e la trasparenza nel settore dei contratti pubblici[88]. In definitiva, il Codice, come già indicato, ha introdotto all'articolo 9 il principio di conservazione dell'equilibrio negoziale e il dovere *ex fide bona* di rinegoziazione del contratto, fissando al comma 2 il relativo limite costituito dalla mancata alterazione della sostanza economica, nonché, ai commi 5 e 6 dell'art. 120, la necessità che le modifiche al contratto non siano sostanziali ovvero non incidano sulla struttura dell'operazione economica sottesa al contratto. Senza contare, inoltre, che, sempre nella prospettiva della tutela della parità dei potenziali concorrenti, occorrerebbe ritenere praticabili esclusivamente quelle modifiche che siano state in qualche modo *preventivate* nel bando[89].

3. Il quinto d'obbligo.

L'art. 120 rappresenta un importante adattamento della disciplina relativa al c.d. *quinto d'obbligo*, inserendolo nel contesto delle potenziali modifiche contrattuali e

87 Corte giustizia UE, Sez. IV, 14 maggio 2020, n. 263.
88 F. ROSSETTI, op.cit.
89 Sul punto si veda la sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5989 del 19 giugno 2023.

ISSN 2036-7821

stabilendo la necessità di una sua previsione nella legge di gara. Questo aspetto assume rilevanza significativa, poiché influisce non solo sull'acquisizione del Codice Identificativo Gara (CIG) ma anche sulla potenziale variazione quantitativa delle prestazioni richieste, a pena di illegittimità. La nuova disciplina cerca così di fornire maggiore chiarezza e trasparenza nelle procedure di appalto, richiamando le disposizioni contenute nell'Allegato II.14 e nel comma 6 dell'art. 5. Questi richiami contribuiscono a consolidare la regolamentazione delle variazioni contrattuali, già presente in normative precedenti, ma ora integrate e ridefinite nel nuovo contesto normativo[90].

La disciplina del quinto d'obbligo, di cui al comma 9, prevede che *nei documenti di gara iniziali può essere stabilito che, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, la stazione appaltante possa imporre all'appaltatore l'esecuzione alle condizioni originariamente previste. In tal caso l'appaltatore non può fare valere il diritto alla risoluzione del contratto*[91].

L'introduzione della nuova disciplina, in linea con quanto stabilito dal previgente Codice, rappresenta una significativa modifica rispetto all'art. 161, comma 2 del d.P.R. n. 207/2010[92]. Mentre quest'ultimo consentiva[93] il ricorso all'istituto solo in presenza delle condizioni previste per tali modifiche, la nuova previsione sembra ammetterlo in maniera più generalizzata. Pertanto, la stazione appaltante può ora apportare modifiche fino a un quinto dell'importo del contratto senza dover rispettare limiti specifici o vincoli, a condizione che la modifica intervenga durante l'esecuzione e prima dell'ultimazione delle attività. Tuttavia, è essenziale considerare l'interpretazione complessiva della normativa, tenendo conto del contesto e degli altri articoli correlati, per una comprensione accurata delle disposizioni[94].

Nel corso del tempo non sono mancate divergenze interpretative. La precedente normativa codicistica, in linea con quella attuale, sembrava orientarsi verso una

90 S. USAI, *Il quinto d'obbligo nel nuovo codice appalti*, appaltiecontratti.it.

91 Articolo 120 - Modifica dei contratti in corso di esecuzione.

92 Decreto del Presidente della Repubblica del 5 ottobre 2010, n. 207 - Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE» - (GU n.288 del 10-12-2010 - Suppl. Ordinario n. 270). Art. 161 - Variazioni ed addizioni al progetto approvato - 1. Nessuna variazione o addizione al progetto approvato può essere introdotta dall'esecutore se non è disposta dal direttore dei lavori e preventivamente approvata dalla stazione appaltante nel rispetto delle condizioni e dei limiti indicati all'articolo 132 del codice. 2. Il mancato rispetto del comma 1, comporta, salva diversa valutazione del responsabile del procedimento, la rimessa in pristino, a carico dell'esecutore, dei lavori e delle opere nella situazione originaria secondo le disposizioni del direttore dei lavori, fermo che in nessun caso egli può vantare compensi, rimborsi o indennizzi per i lavori medesimi.

93 L'articolo 161 citato è stato abrogato dal d.lgs. n. 50/2016.

94 S. USAI, *op.cit.*

ISSN 2036-7821

lettura più restrittiva, difatti il ricorso a tale istituto sarebbe stato limitato ai casi in cui sussistono tutte le condizioni previste, non solo per il quinto d'obbligo ma anche per le modifiche dell'oggetto del contratto o le varianti. Questa prospettiva restrittiva è stata confermata anche dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in una nota del 2 luglio 2018, in cui si afferma che l'adeguata lettura sistematica della disposizione consente la modifica dell'importo contrattuale di un quinto solo se la fattispecie rientra in una delle ipotesi di modifica dell'oggetto del contratto o di variante consentita dalla normativa di riferimento. La stessa interpretazione è stata condivisa dall'ANAC con un comunicato del 23 marzo 2021[95]. Altra possibile lettura considera il comma 12 dell'art. 106 del Codice del 2016 come ipotesi autonoma riferita ai soli casi di modifica meramente quantitativa del contratto. Tale interpretazione non sembra, però, supportata dal dato normativo: l'incipit del comma 1 e le successive previsioni si riferiscono, infatti, in modo generico alle modifiche, senza distinguere tra modifiche qualitative e quantitative. Deve considerarsi, infine, che la previsione come fattispecie autonoma potrebbe condurre al cumulo delle diverse ipotesi di modifica contrattuale, con il superamento dei limiti di importo previsti dall'articolo 106 e il conseguente illegittimo ampliamento delle ipotesi derogatorie della normativa eurounitaria e nazionale in materia di affidamenti pubblici.

La soluzione proposta per risolvere il contrasto interpretativo è quella di considerare le modifiche in corso di esecuzione consentite solo se ricorrono le condizioni specificate nell'articolo. In ogni caso, anche se sussistono tali condizioni, la stazione appaltante ha il potere di imporre e l'appaltatore l'obbligo di eseguire le modifiche solo se rientrano nei limiti del quinto dell'importo contrattuale. Nel caso in cui la variazione ecceda il quinto l'appaltatore può richiedere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, risolvere il contratto.

4. La proroga tecnica.

Nell'ambito della gestione dei contratti pubblici, è cruciale esaminare attentamente la proroga e il rinnovo dei contratti, due situazioni distinte che possono verificarsi al termine del contratto e che richiedono una netta distinzione poiché comportano conseguenze differenti[96]. La proroga consiste nel semplice spostamento della scadenza del contratto, mantenendo inalterate le condizioni originarie, mentre il

95 Comunicato del Presidente ANAC del 23 marzo 2021, Indicazioni interpretative sull'articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell'importo del contratto, anticorruzione.it.

96 M. PETRULLI, *Proroga contrattuale, proroga tecnica e rinnovo dell'affidamento*, fiscoetasse.com.

ISSN 2036-7821

rinnovo implica una nuova trattativa tra le parti, con la possibilità di modificare le condizioni iniziali.

La proroga nota come *contrattuale* rappresenta un meccanismo attraverso il quale è possibile estendere la durata di un contratto senza apportare modifiche sostanziali alle sue condizioni originarie, che includono la tipologia di prestazione, le condizioni e il prezzo, tra gli altri aspetti. Affinché tale proroga avvenga in modo regolare, le parti coinvolte devono essere consapevoli delle clausole fin dall'inizio del contratto. È fondamentale agire in conformità con tali disposizioni al fine di garantire un processo trasparente e conforme alle normative vigenti.

La proroga *tecnica*, comma 11 dell'articolo 120 del Codice, è una misura temporanea volta a garantire la continuità di un servizio essenziale nel caso in cui l'Amministrazione modifichi la durata del contratto per cause a essa non imputabili. Tale proroga è prevista solo in circostanze eccezionali e non prevedibili all'inizio del contratto oppure nei casi in cui l'interruzione della prestazione determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico. In tale ipotesi il contraente originario è tenuto all'esecuzione delle prestazioni contrattuali ai prezzi, patti e condizioni previsti nel contratto. Questo strumento si rivela particolarmente utile nel periodo compreso tra la scadenza del contratto originario e la conclusione della procedura di gara per la selezione del nuovo contraente. L'obiettivo principale è evitare interruzioni critiche nei servizi pubblici essenziali e assicurare, al contempo, una transizione fluida tra due contratti.

Due gli aspetti, entrambe regolati dall'art.120 e focalizzati sul principio del risultato[97], sono state implementati per semplificare la procedura. Il primo è la non ripetizione dei commi 9 e 10 dell'art. 106 del precedente Codice[98]. La seconda è introdotta dal

97 Articolo 1 - Principio del risultato - 1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché' per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva.

98 Art. 106 - Modifica di contratti durante il periodo di efficacia - 9. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 2. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo. 10. Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di

ISSN 2036-7821

comma 10, che tratta esclusivamente dell'*opzione di proroga prevista in anticipo nei documenti di gara*, e dal comma 11[99], che disciplina, invece, *la proroga del contratto finalizzata al completamento della procedura di gara per la selezione del nuovo appaltatore*.

La proroga tecnica ha ora una collocazione autonoma e separata nel Codice, differenziandosi nettamente dalla proroga derivante dall'esercizio dell'opzione prevista nei documenti di gara. Tale distinzione assume un'importanza cruciale nel delinearne chiaramente le circostanze per essere considerata tale, ovvero quando sono soddisfatte specifiche condizioni limitative. La sentenza del Tar Puglia[100], fornisce significativi chiarimenti sulla legittimità delle proroghe tecniche nei contratti pubblici. Nel caso in esame, un operatore aveva contestato una proroga tecnica, sostenendo che essa equivaleva a un *affidamento diretto sine die* e, pertanto, fosse contrario ai principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza. Il Tar ha respinto questa tesi, ritenendo legittima la decisione dell'azienda ospedaliera e valutando la proroga come un mezzo temporaneo per garantire la continuità dei servizi in attesa dell'esito di una nuova procedura di gara, anziché come un rinnovo contrattuale. La sentenza conferma quindi la validità delle proroghe tecniche quando sono giustificate dalla necessità di assicurare la continuità del servizio durante il periodo di transizione tra due contratti[101].

L'intervento del Consiglio di Stato[102] sottolinea ulteriormente che, con il rinnovo contrattuale, è essenziale che le parti, mediante chiare manifestazioni di volontà, abbiano istituito nuovi e distinti rapporti giuridici, anche se di contenuto analogo a quelli originari. In assenza di tale negoziazione innovativa, si potrebbe considerare un accordo come una proroga contrattuale quando le parti concordano solo sul differimento del termine finale del rapporto, mantenendo invariato il resto del contratto originario. È importante sottolineare che il rinnovo di un contratto pubblico rappresenta per l'amministrazione non un obbligo, ma piuttosto una facoltà di scelta. Il Consiglio di Stato[103] ha affermato chiaramente che anche quando una disposizione normativa o una previsione nei documenti di gara precedenti consentono la proroga o il rinnovo del contratto con il contraente originario, trattandosi di una possibilità

progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

99 P. L. GIANFORTE, *Il Nuovo codice dei contratti e la disciplina sulle varianti*, unitel.it.

100 Sentenza TAR Puglia 23 ottobre 2023, n. 1243, Proroga Tecnica - Proroga Contrattuale - Rinnovo contratto - Appalti pubblici - Codice Appalti - Codice dei Contratti, lavoripubblici.it.

101 Redazione tecnica, Codice Appalti 2023: Codice Appalti 2023: le differenze tra proroga tecnica e proroga contrattuale, Lavoripubblici.it

102 Consiglio di Stato, sez. V, 16.02.2023 n. 1635, Distinzione tra proroga e rinnovo contrattuale, sentenzeappalti.it

103 Consiglio di Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1532.

ISSN 2036-7821

che deroga a un divieto generale, ciò costituisce una mera facoltà. Di conseguenza, se l'Amministrazione ritiene non opportuno rinegoziare la prosecuzione del rapporto oltre la sua scadenza, ha la piena libertà di avviare una procedura di evidenza pubblica per la selezione del nuovo contraente[104].

5. Differenze fra proposte migliorative e varianti in corso d'opera.

Riconoscendo il regime di adozione e pubblicità delle varianti in corso d'opera senza la necessità di indire una gara preliminare, è importante sottolineare che nemmeno tutte le modifiche che potrebbero rientrare nella categoria di varianti, come delineata dal legislatore, sono effettivamente soggette al regime stabilito. Esistono, infatti, notevoli differenze tra le proposte di miglioramento e le varianti in corso d'opera[105].

A tal proposito, è da prendere in considerazione la posizione della giurisprudenza[106], che illustra che le proposte migliorative consistono in soluzioni tecniche che, senza influire sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto di base della gara, si concentrano su singole lavorazioni o aspetti tecnici specifici dell'opera. Queste proposte si configurano come integrazioni, precisazioni e miglioramenti che rendono il progetto più aderente alle esigenze della stazione appaltante, senza alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste. Tuttavia, è importante notare che rimane esclusa la possibilità di modificare le caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione. Al contrario, le varianti si traducono in modifiche al progetto che riguardano gli aspetti tipologici, strutturali e funzionali, e affinché siano ammissibili, è necessaria una preventiva manifestazione di volontà da parte della stazione appaltante prima di essere considerate[107].

Tale interpretazione è confermata dal Consiglio di Stato[108] che sottolinea che la valutazione delle offerte tecniche, così come le ragioni che motivano la proposta di soluzione migliorativa in termini di efficienza e rispondenza alle esigenze della stazione appaltante, rappresenta un'applicazione di un'ampia discrezionalità tecnica. L'interpretazione giuridica[109] evidenzia che ciò implica un grado di insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi assegnati dalla commissione, a meno che non siano affetti da macroscopici errori di fatto, da illogicità evidenti o da manifesta irragionevolezza.

104 Redazione tecnica, Codice Appalti 2023: la rinegoziazione del contratto e la revisione dei prezzi, lavoripubblici.it.
105 F. ROSSETTI, op.cit.
106 Consiglio di Stato, sez. V, 5 febbraio 2021, n. 1080; Consiglio di Stato, sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282.
107 F. ROSSETTI, op.cit.
108 Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2853.
109 Consiglio di Stato, sez. V, 8/10/2019, n. 6793; Consiglio di Stato, sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072.

ISSN 2036-7821

6. Rinegoziazione ed esigenza di trasparenza

La conciliazione tra la previsione di un obbligo di rinegoziazione e le esigenze di trasparenza e tutela della concorrenza può essere raggiunta attraverso un processo attento e conforme alle normative vigenti. L'art. 120, al comma 14, stabilisce che le modifiche del contratto verificatesi per le prestazioni supplementari e per le varianti in corso d'opera devono essere pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea da parte della stazione appaltante. Per tutte le modifiche del contratto, è necessario rispettare gli oneri di comunicazione e trasmissione all'ANAC, a cura del RUP, come previsto dall'Allegato II.14[110]. La mancata osservanza di tali obblighi comporta sanzioni amministrative pecuniarie, come specificato nell'art. 222, comma 13[111]. È importante notare che, se l'ANAC, nel caso delle varianti in corso d'opera, constata l'illegittimità di tali modifiche, l'Autorità eserciterà i poteri di vigilanza e controllo di cui all'art. 222, qualora si riscontrino irregolarità o illeciti in tali modifiche contrattuali.

Il mancato rispetto delle regole sulla concorrenza e sulla trasparenza è soggetto a meccanismi di controllo e vigilanza Europea e Nazionale**;** le istituzioni europee, come la Commissione Europea, hanno un ruolo di sorveglianza per garantire il rispetto delle normative comunitarie sugli appalti pubblici. A livello nazionale, le autorità competenti, come l'ANAC, svolgono un ruolo fondamentale nel monitorare l'adeguata applicazione delle regole e nel garantire la trasparenza. Nel caso in cui le imprese, che non hanno ottenuto l'aggiudicazione o che non hanno partecipato alla gara, ritengano che ci siano violazioni delle regole sulla modificabilità del contratto, hanno sempre la possibilità di ricorrere al giudice. Il ricorso giurisdizionale è un mezzo attraverso il quale le imprese possono far valere i propri diritti e ottenere un riesame imparziale delle decisioni prese durante le procedure di appalto[112]. Questi meccanismi di controllo e la possibilità di ricorso legale sono fondamentali per

110 Allegato II.14 - Direzione dei lavori e direzione dell'esecuzione dei contratti. Modalità di svolgimento delle attività della fase esecutiva. Collaudo e verifica di conformità - (Articolo 114, comma 5).

111 Articolo 222 - Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) - 13. Nel rispetto dei principi di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dalla stessa, e nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento, entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 5.000. Nei confronti dei soggetti che, a fronte della richiesta di informazioni o di esibizione di documenti da parte dell'ANAC, forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri o che forniscono alle stazioni appaltanti o agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione, l'ANAC ha il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie entro il limite minimo di euro 500 e il limite massimo di euro 10.000, fatta salva l'eventuale sanzione penale. Con propri atti l'ANAC disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza.

112 Redazione tecnica, Codice Appalti 2023: la rinegoziazione del contratto e la revisione dei prezzi, lavoripubblici.it.

ISSN 2036-7821

assicurare che le procedure di appalto siano gestite in modo corretto, con la piena applicazione dei principi di parità di trattamento e trasparenza.

Se i presupposti previsti dall'art. 120 non sono stati rispettati e si è verificata una modifica sostanziale del contratto senza l'indizione di una nuova gara, si configura di fatto un affidamento diretto illegittimo. La contestazione di tale illegittimità, pur riferendosi a una fase esecutiva, rientra nel contenzioso sulle procedure di affidamento, che è di competenza esclusiva del giudice amministrativo. L'operatore che presenta ricorso ha un interesse pretensivo alla corretta applicazione delle condizioni concorrenziali di accesso alla gara, come confermato anche dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 28211/2019[113]. Ciò significa che l'operatore, nel contestare l'illegittimo affidamento diretto, sostiene di avere un interesse legittimo a garantire l'equità e la correttezza delle procedure di gara[114].

7. Il correttivo e la giurisprudenza sull'adeguamento ai CCNL.

Sulla modifica dei contratti in corso di esecuzione è intervenuto il decreto correttivo, che ha innovato l'art. 120 modificando due commi e introducendo ex novo il comma 15-bis. Le novità hanno riguardato il novero delle circostanze imprevedibili che giustificano le varianti in corso d'opera, la definizione di modifiche non sostanziali e il caso di errori nel corso della progettazione.

Riguardo alle cause giustificative delle varianti in corso d'opera, il decreto ha sostituito la lett. c) dell'art. 120, comma 1, integrando la casistica delle circostanze imprevedibili. Oltre alle esigenze derivanti da nuove disposizioni legislative o regolamentari o da provvedimenti sopravvenuti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti, sono ora espressamente indicate le seguenti circostanze: eventi naturali straordinari e imprevedibili e casi di forza maggiore che incidono sui beni oggetto dell'intervento; rinvenimenti, imprevisti o non prevedibili con la dovuta diligenza nella fase di progettazione; difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non prevedibili dalle parti in base alle conoscenze tecnico-scientifiche consolidate al momento della progettazione.

Poche settimane prima dell'entrata in vigore del correttivo, il Consiglio di Stato[115] aveva intanto chiarito che nell'alveo delle circostanze imprevedibili non può farsi

113 Sentenza Cassazione Civile n. 28211 del 31/10/2019.

114 Redazione tecnica, Codice Appalti 2023: la rinegoziazione del contratto e la revisione dei prezzi, lavoripubblici.it.

115 Consiglio di Stato – sez. V, sent. 19.12.2024 n. 10202: "La Pubblica Amministrazione deve attenersi all'indice ISTAT, affinché le operazioni di revisione del prezzo siano conformi a criteri oggettivi anche quanto alla soglia massima, al fine di scongiurare squilibri finanziari nel bilancio, alla stregua della riconosciuta ratio dell'istituto della revisione prezzi, volta a tutelare la prosecuzione e la qualità della prestazione ma, prima ancora, diretta a

ISSN 2036-7821

rientrare l'aumento dei costi collegato al rinnovo dei contratti collettivi di lavoro, in ciò cambiando rotta rispetto a un precedente orientamento interpretativo sostenuto dal Tar[116], il quale aveva ritenuto che le modifiche alla parte economica del CCNL costituissero circostanza attinente al riequilibrio del contratto, principio oggi espressamente affermato nell'art. 9 del Codice. Per il Consiglio di Stato la sottoscrizione di un nuovo CCNL non costituisce una circostanza eccezionale e, pertanto, non rientra tra le cause idonee a motivare la rinegoziazione del prezzo del contratto. I maggiori oneri derivanti dal nuovo contratto collettivo sono anzi ritenuti circostanze ampiamente prevedibili, che l'impresa ha l'onere di considerare già in sede di presentazione dell'offerta.

Anche l'esplicitazione delle modifiche da ritenersi non sostanziali è stata oggetto di integrazione da parte del decreto correttivo, con due interventi sul comma 7 dell'art. 120. Il primo riguarda le modifiche volte a realizzare soluzioni equivalenti e migliorative e introduce la precisazione che in tale tipologia va ricompresa la sopravvenuta possibilità di utilizzo di materiali, componenti o tecnologie non esistenti al momento della progettazione, le quali possono determinare, senza incremento dei costi, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di parte di essa, o una riduzione dei tempi di ultimazione. La seconda novità è l'inserimento, al comma 7, della lettera c) che fa espresso riferimento alla non sostanzialità degli interventi imposti dal direttore dei lavori per la soluzione di questioni tecniche emerse nel corso dell'esecuzione che possano essere finanziati con le risorse iscritte nel quadro economico dell'opera.

Infine, il decreto correttivo ha aggiunto all'art. 120 il comma 15-bis, relativo ai casi di errore nella progettazione. Il nuovo comma dispone che, fermo restando quanto

tutelare l'esigenza della Pubblica Amministrazione di non sconvolgere il proprio quadro finanziario. L'indice ISTAT segna quindi la soglia massima della revisione, fatte salve eventuali circostanze eccezionali e specifiche – che dovranno essere provate dall'impresa – che possano determinare un discostamento dai criteri oggettivi seguiti in sede di revisione del prezzo lasciando spazio alla discrezionalità amministrativa. Tra esse non rientra l'applicazione di un nuovo Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro (CCNL) idoneo a determinare aumenti di costo dei dipendenti e degli oneri previdenziali, in quanto l'introduzione di un nuovo CCNL non costituisce una circostanza eccezionale" (C.d.S. III, 5.11.2018, n.6237). Pertanto, l'applicazione del nuovo CCNL non costituisce una circostanza eccezionale, tale da imporre la revisione delle originarie pattuizioni negoziali".

116 Tar, Campania – Napoli sez. I, sent. 13.6.2024 n. 3735: "In particolare, l'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 stabilisce che i contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento, ove la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste o imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice, tra le quali "la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti" (co. 1, lett. c), n. 2). È da ritenersi che in quest'ambito vi debbano rientrare i contratti collettivi nazionali di lavoro, in ragione della loro inderogabilità e per la natura che rivestono (dall'art. 2 del d.lgs. n. 40/2006 che, modificando l'art. 360 c.p.c., ammette al n. 3 il ricorso per cassazione per violazione di norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro, la dottrina giuslavoristica ne ha finanche desunto la riconducibilità alle fonti di diritto)".

ISSN 2036-7821

previsto dall'articolo 41, comma 8-bis[117], le stazioni appaltanti verificano in contraddittorio con il progettista e l'appaltatore errori o omissioni nella progettazione esecutiva che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione e individuano tempestivamente soluzioni di progettazione esecutiva coerenti con il principio del risultato.

117 Art. 41, co. 8 bis, d.lgs. n. 36/2023: "In caso di affidamento esterno di uno o più livelli di progettazione, i contratti di progettazione stipulati dalle stazioni appaltanti ed enti concedenti prevedono in clausole espresse le prestazioni reintegrative a cui è tenuto, a titolo transattivo, il progettista per rimediare in forma specifica ad errori od omissioni nella progettazione emerse in fase esecutiva, tali da pregiudicare, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione. È nullo ogni patto che escluda o limiti la responsabilità del progettista per errori o omissioni nella progettazione che pregiudichino, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua futura utilizzazione".

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La guida turistica: da mestiere girovago a moderna, stabile e consolidata professione del settore. Prime note sulla l. 13 dicembre 2023 n. 190

di Valerio Torano

(Consigliere TAR e Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata)

Sommario

1. Introduzione: 1.1 Le professioni turistiche tra ordinamento nazionale ed euro-unitario; 1.2 L'evoluzione della disciplina primaria e secondaria delle guide turistiche dalla l. 23 dicembre 1888 n. 5888-decies alla l. 13 dicembre 2023 n. 190; 2. Le principali caratteristiche della disciplina della professione di guida turistica introdotta dalla legge 13 dicembre 2023 n. 190: 2.1 L'inquadramento costituzionale ed euro-unitario dell'attività di guida turistica come oggetto di una professione c.d. regolamentata; 2.2 I principi generali della riforma e la definizione dell'attività di guida turistica; 2.3 L'elenco nazionale tenuto dal Ministero del turismo e i canali di accesso alla professione di guida turistica; 2.4 La preparazione culturale delle guide turistiche e le specializzazioni; 2.5 La copertura assicurativa; 2.6 Il diritto di libero accesso agli istituti e luoghi della cultura; 2.7 Le c.d. aperture straordinarie di siti non qualificabili come istituti e luoghi di cultura; 2.8 L'abusivismo e le sanzioni; 3. Problemi e prospettive.

Abstract

Law n° 190 of 13th December 2023 reforms regulation pertaining the profession of tourist guide and introduces uniform rules for the land. The European Union has long requested this legal intervention, putting it among the targets of National Recovery and Resilience Plan for tourism sector. The new rules follow a line of continuity with the previous, given that the access to this regulated profession has ever been subjected to a qualifying exam since Royal Decree n° 62 of 21st January 1929. Some specific aspects of the reform, not its general frame, could not be fully compliant to the EU laws and to the pro-competition acquis communautaire, requiring further adjustment.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduzione.

1.1. Le professioni turistiche tra ordinamento nazionale ed euro-unitario.

La disciplina delle professioni turistiche e, in particolare, delle guide si caratterizza per la complessità derivante dalla sovrapposizione di diverse materie e competenze legislative statali e regionali, nonché dalla necessità di applicare principi e norme euro-unitari su tutela della concorrenza e libertà di prestazione dei servizi. Difatti, nell'ordinamento delle guide turistiche coesistono aspetti afferenti al «turismo», devoluto alla competenza legislativa residuale delle Regioni a statuto ordinario *ex* art. 117, comma 4, Cost. (ed esclusiva di quelle ad autonomia differenziata), altri a «professioni e formazione professionale», materia concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost. ed altri ancora alla tutela della concorrenza, dei consumatori e degli utenti, spettante alla legislazione esclusiva dello Stato giusto l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.[1]. Inoltre, particolarmente qualificanti in questo ambito sono gli interessi pubblici sottesi alla tutela ed alla valorizzazione dei beni ambientali e culturali, di cui all'art. 117, commi 2, lett. s) e 3, Cost., beni che sono tra le più importanti destinazioni turistiche e in relazione ai quali, da quasi un secolo, si definisce l'identità stessa della professione di guida turistica. Il tutto per tacere dei profili di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza, giusto l'art. 117, comma 2, lett. h), Cost., che pervadono la materia del turismo e che erano quelli prevalenti per le prime regolamentazioni sulle guide adottate tra la fine del XIX e la prima metà del XX secolo.

Con la l. 13 dicembre 2023 n. 190, adottata nell'ambito della competenza legislativa statale esclusiva in materia di concorrenza e libertà di circolazione, è stata completamente riformata la professione di guida turistica, stabilendosi altresì i principi fondamentali della materia vincolanti per le Regioni ordinarie ai sensi

[1] La materia del «turismo», comprensiva tanto dell'offerta di beni e servizi quanto della loro fruizione, presenta rilievo pubblicistico per la sua connessione con l'esercizio delle libertà economiche, la promozione dello sviluppo della persona umana ed altri diritti di rango costituzionale, come la libertà di circolazione e di espatrio, la tutela della salute, la fruizione per i lavoratori delle ferie retribuite o la crescita delle comunità locali. In argomento, v. S. Sergio, *La valorizzazione dei beni culturali mediante il turismo*, in *federalismi.it*, 2018, 6, 21; L. Grimaldi, *La potestà legislativa regionale in materia di turismo nella Costituzione (prima e dopo il 2001), nella giurisprudenza costituzionale e nel progetto di riforma "Renzi-Boschi"*, in *Dir. fondamentali*, 2015, 3. Inoltre, sulla complessità del turismo v. L. Righi, *Turismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., I, Torino, 2000, 573 ss., che lo qualifica come una «non materia», nel senso che la relativa disciplina interseca branche diverse e si articola su istituti e norme con valenza molteplice. Prima dell'entrata in vigore della l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, «turismo e industria alberghiera» erano oggetto di competenza legislativa concorrente, ai sensi dell'allora vigente art. 117 Cost. Sul punto v. M. Renna, *Turismo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 6053 ss.; P. Tacchi, *Turismo. I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; F. Tedeschini, *Turismo e spettacolo (amministrazione centrale e locale)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 296 ss.; O. Sepe, *Turismo*, in *Nss. Dig. it.*, app., VII, 1987, 914 ss.; M.P. Chiti, *Profilo pubblico del turismo*, Milano, 1970.

ISSN 2036-7821

dell'art. 117, comma 3, Cost. Infatti, come anche chiarito dall'art. 1, comma 2, l. n. 190 del 2023, queste ultime, cui spetta la competenza normativa esclusiva sul turismo e che partecipano a quella ripartita sulle professioni, possano adottare proprie leggi in questa materia, purché nel rispetto di detti principi fondamentali; maggiori margini sono, invece, consentiti dagli statuti speciali regionali e provinciali[2].

1.2 *L'evoluzione della disciplina primaria e secondaria delle guide turistiche dalla l. 23 dicembre 1888 n. 5888-***decies** *alla l. 13 dicembre 2023 n. 190.*

1.2.1 La riforma recata dalla l. n. 190 cit. è l'ultima evoluzione della disciplina di una attività, quella di «guida», che era già annoverata dall'art. 72, l. 23 dicembre 1888 n. 5888-*decies*, poi confluito nell'art. 72, r.d. 30 giugno 1889 n. 6144, fra i «mestieri girovaghi», il cui esercizio era normalmente interdetto agli stranieri e che non potevano essere svolti senza la certificazione dell'avvenuta iscrizione in un apposito registro presso l'Autorità locale di pubblica sicurezza, da rinnovare ogni anno[3]. Al fine di comprendere le scelte operate dalla l. n. 190 cit., quindi, è utile ripercorrere brevemente le principali tappe della legislazione in materia.

Sin dagli albori, nella professione di guida sono stati presenti profili securitari e di garanzia di idoneità tecnica ben esemplificati dall'art. 78, r.d. 8 novembre 1889 n. 6517, per cui il certificato di iscrizione al registro anzidetto non poteva essere «rilasciato che a persone non pregiudicate e riconosciute atte, sul parere di corpi o persone competenti, ad esercitarlo utilmente». Il regime delle guide si è, poi, sviluppato nel senso del rilascio di una vera e propria licenza di polizia, volta a garantire l'onorabilità e l'idoneità allo svolgimento del servizio prestato, giusto l'art. 124, comma 3, r.d. 6 novembre 1926 n. 1848. È stato poi l'art. 250, comma 1, lett. a), r.d. 21 gennaio 1929 n. 62, a dettare la prima definizione giuridica dell'attività di guida, i cui tratti essenziali sono ancora oggi validi, stabilendo che «sono 'guide' coloro che, per mestiere, accompagnano i clienti nelle visite ai monumenti, alle opere d'arte, ai musei, alle gallerie, agli scavi archeologici, alle ville, ai paesaggi e simili, per illustrarne i pregi storici ed artistici o le bellezze naturali». I successivi artt. 252 e 253 hanno posto la disciplina di riferimento per l'abilitazione professionale, prevedendo un esame orale con cadenza annuale e vertente sulla «illustrazione storico-artistica delle opere d'arte, dei monumenti, delle cose archeologiche e sulle bellezze naturali

[2] Per un'applicazione del principio per cui la disciplina delle professioni turistiche, tra cui quella di guida, nelle Regioni a statuto speciale rientra nella competenza legislativa regionale esclusiva, v. TAR Valle d'Aosta, sez. I, 15 marzo 2016 n. 9, in *Foro amm.*, 2016, 3, 666, ove si chiarisce che la legislazione statale in questa materia non è opponibile a quella regionale, anche alla luce della clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 10, l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3.

[3] L. Righi, *Le professioni turistiche*, in V. Franceschelli, F. Morandi, *Manuale di legislazione del turismo*, Torino, 2013, 181 ss.; M.P. Chiti, *Le professioni turistiche tra «mestieri» e «libere professioni»*, in *Riv. giur. pol. loc.*, 1987, 439 ss.

ISSN 2036-7821

delle località in cui il candidato aspira ad esercitare la professione di guida, nonché su una o più lingue straniere indicate dal candidato»[4]. Tale assetto è rimasto invariato con gli artt. 123 e 125, r.d. 18 giugno 1931 n. 773, 234 e 241, r.d. 6 maggio 1940 n. 635, salvo il trasferimento ai Comuni del potere di rilasciare la licenza, giusto l'art. 19, comma 1, n. 2), d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616.

1.2.2 Con l'art. 11, commi 1 e 2, l. 17 marzo 1983 n. 217 (Legge quadro per il turismo e interventi per il potenziamento e la qualificazione dell'offerta turistica), è stato demandato alle Regioni l'accertamento dei requisiti per l'esercizio della professione di guida turistica, definendo tale «chi, per professione, accompagna persone singole o gruppi di persone nelle visite ad opere d'arte, a musei, a gallerie, a scavi archeologici, illustrando le attrattive storiche, artistiche, monumentali, paesaggistiche e naturali», in piena continuità con l'art. 250, comma 1, lett. a), r.d. n. 62 del 1929[5]. Per effetto di tale innovazione, l'esercizio dell'attività di guida è stato subordinato, oltre che alla licenza di pubblica sicurezza, abolita dall'art. 46, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112, anche a una distinta abilitazione professionale. A termini dell'art. 10, l. n. 217 del 1983, le Regioni accertano per le guide turistiche, «oltre all'esatta conoscenza di una o più lingue straniere, la conoscenza approfondita delle opere d'arte, dei monumenti, dei beni archeologici, delle bellezze naturali o comunque delle risorse ambientali della località in cui dovrà essere esercitata la professione», equiparandosi ai cittadini italiani quelli degli altri Stati membri delle (allora) Comunità europee.

1.2.3 A livello europeo, le direttive del Consiglio 75/368/CEE e 75/369/CEE del 16 giugno 1975, attuate dall'art. 16, l. 29 dicembre 1990 n. 428 e dal d.lgs. 23 novembre 1991 n. 391, hanno fissato i principi in materia di libertà di stabilimento nel settore delle professioni turistiche[6]. La Corte di giustizia delle Comunità europee, poi, con sentenza 26 febbraio 1991, resa nella causa C-180/89, ha accertato la violazione da parte dell'Italia degli obblighi posti dall'art. 59 TCEE, avendo subordinato «la prestazione dei servizi di guida turistica che accompagna un gruppo di turisti proveniente da un altro Stato membro, quando si tratta di visite guidate in luoghi diversi da musei o monumenti storici che richiedono l'intervento di una guida

[4] L'art. 252, r.d. 21 gennaio 1929 n. 62, aveva istituito a tal fine una commissione esaminatrice presso ogni Prefettura, presieduta da un consigliere di Prefettura e formata da un rappresentante del Ministero per la stampa e la propaganda (Direzione generale per il turismo), uno del Ministero dell'educazione nazionale (Direzione generale antichità e belle arti), uno degli enti locali (pubblici o privati) possessori di musei, gallerie, ecc., un docente per le lingue estere e un rappresentante della Federazione nazionale fascista lavoratori del turismo e dell'ospitalità.

[5] Peraltro, l'art. 11, l. 17 marzo 1983 n. 217, individua complessivamente dieci professioni turistiche, di cui definisce l'oggetto, rinviando alle Regioni la disciplina di dettaglio, nonché altre professioni turistiche innominate. In merito, v. Corte cost. 23 dicembre 2005 n. 459, con nota di M. Malo, *Turismo e professioni*, in Le Regioni, 2006, 555 ss.

[6] Sul punto, v. Corte CE 26 febbraio 1991, causa C-180/89, reperibile su: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A61989CJ0180.

ISSN 2036-7821

specializzata, al possesso di una licenza rilasciata dopo l'acquisizione di una determinata qualifica comprovata mediante il superamento di un esame». In conseguenza di ciò, con d.P.R. 13 dicembre 1995 venne emanato un atto di indirizzo e coordinamento circa le guide che accompagnano gruppi di turisti provenienti da altri Stati comunitari, nel corso di un viaggio organizzato con durata limitata ed a circuito chiuso, nonché circa i siti che possono essere illustrati ai visitatori solo da guide specializzate che, in possesso dei requisiti di cui all'art. 11, l. n. 217 del 1983, abbiano conseguito specifica abilitazione. Pertanto, nell'ambito di questi ultimi siti le guide turistiche provenienti da altri Paesi comunitari erano soggette al riconoscimento del proprio titolo in Italia, mentre al di fuori di essi, i turisti provenienti da altro Stato membro nell'ambito di un viaggio a c.d. circuito chiuso potevano valersi anche di professionisti privi di specifica abilitazione italiana, essendo sufficiente il possesso di un valido documento straniero attestante la possibilità giuridica di svolgere attività di guida turistica[7].

1.2.4 L'art. 2, comma 4, lett. g), l. 29 marzo 2001 n. 135 (Riforma della legislazione nazionale del turismo), ha rinviato a un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, sentite le associazioni di categoria e dei consumatori, ai sensi dell'art. 44, d.lgs. n. 112 del 1998, la definizione dei principi e gli obiettivi per la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico, tra cui «i requisiti e le modalità di esercizio su tutto il territorio nazionale delle professioni turistiche per le quali si ravvisa la necessità di profili omogenei ed uniformi, con particolare riferimento alle nuove professionalità emergenti nel settore»[8]. In tal modo, è stata operata una sorta di delegificazione impropria, dal momento che è stato attribuito ad una fonte statale secondaria, se non addirittura non rientrante *tout*

[7] S. Cavaliere, *Gli incerti confini della disciplina giuridica della professione di guida turistica tra diritto dell'Unione europea e ordinamento nazionale*, in *Dir. pubbl. eur. - Rass. online*, 2017, 1, 6-7.

[8] In argomento, v. M. Renna, *La nuova legge quadro sul turismo: lo Stato ritorna protagonista (Commento alla legge 29 marzo 2001, n. 135)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1195 e ss. La Corte costituzionale con sentenza 5 giugno 2003 n. 197 ha dichiarato inammissibile l'impugnazione proposta nei confronti della l. n. 135 del 2001, ritenendo che con l'entrata in vigore della riforma di cui alla l. cost. n. 3 del 2001 le Regioni avessero ormai il potere di esercitare «in materia di turismo tutte quelle attribuzioni di cui ritengano di essere titolari, approvando una disciplina legislativa, che può anche essere sostitutiva di quella statale». In argomento v. C. Bevilacqua, *La potestà legislativa esclusiva delle Regioni in materia di turismo e la legge 29 marzo 2001 n. 135: nel solco della continuità normativa*, in *N. auton.*, 2003, 4, 718.

L'art. 44, d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112, nell'ambito dell'ampio conferimento di funzioni alle Autonomie territoriali, ha conservato allo Stato la definizione, in accordo con le Regioni, dei principi e degli obiettivi per la valorizzazione e lo sviluppo del sistema turistico, prevedendo che le connesse linee guida fossero contenute in un documento approvato, d'intesa con la Conferenza Stato Regioni, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 28 agosto 1997 n. 281, sentite le associazioni di categoria maggiormente rappresentative degli operatori turistici, dei consumatori e del turismo sociale e le organizzazioni sindacali dei lavoratori del turismo più rappresentative nella categoria e previa trasmissione di esso, prima della definitiva adozione, alle competenti Commissioni parlamentari.

ISSN 2036-7821

court tra i regolamenti previsti dall'art. 17, l. 23 agosto 1988 n. 400, la competenza a determinare principi del settore turistico di grande rilevanza, contraddicendo la gerarchia delle fonti, perché si subordinano le leggi regionali a un d.P.C.M.[9].

L'art. 7, commi 5 e 6, l. n. 135 del 2001, ha definito «professioni turistiche quelle che organizzano e forniscono servizi di promozione dell'attività turistica, nonché servizi di assistenza, accoglienza, accompagnamento e guida dei turisti», prevedendo che le Regioni autorizzano all'esercizio delle attività *de quibus* e che l'autorizzazione, fatta eccezione per le guide, abbia validità su tutto il territorio nazionale, in conformità ai requisiti e alle modalità previsti ai sensi del citato art. 2, comma 4, lettera g). è stato così ripudiato il metodo dell'elencazione analitica – peraltro non esaustiva – delle professioni turistiche fatto proprio della normativa precedente, ritenuto inadeguato a fronte delle rapide trasformazione del fenomeno turistico[10].

L'intesa fra Stato, Regioni e Province autonome per l'adozione dei suddetti principi e obiettivi è stata raggiunta nella seduta della Conferenza Stato-Regioni del 14 febbraio 2002 e su tale base è stato emanato il d.P.C.M. 13 settembre 2002, pubblicato sulla GU n. 225 del 25 settembre 2002. Per quanto di interesse, l'art. 1, comma 2, lett. g) e lett. n), di detto decreto stabilisce, da un lato, che le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano «definiscono concordemente, disciplinano ed accertano i requisiti comuni per l'esercizio delle professioni turistiche tradizionali ed emergenti, esercitate in forma autonoma e curano la qualificazione professionale, organizzando corsi di formazione alle professioni turistiche» e, dall'altro, che «definiscono concordemente i criteri uniformi per l'abilitazione all'esercizio delle professioni esercitate in forma autonoma in relazione alla tipologia professionale». L'assetto così introdotto ha configurato una vera e propria delega normativa in bianco in favore delle Regioni, essendosi limitato a prescrivere che queste, prima di emanare le proprie leggi, concordassero una piattaforma minima comune[11]. Tuttavia, con d.P.R. 27 aprile 2004, pubblicato sulla GU n. 122 del 26 maggio 2004, in accoglimento di ricorso straordinario al Capo dello Stato interposto il 12 febbraio 2003 dall'Associazione nazionale guide turistiche (ANGT), l'art. 1, comma 2, n. 6, lett. g) e lett. n), d.P.C.M. 13 settembre 2002, è stato annullato, ritenendosi che la disciplina dei procedimenti previsti da tali disposizioni, coinvolgendo le sole Regioni e Province autonome, non

[9] Così N. Vizioli, *Le fonti del turismo nell'ordinamento italiano*, in M. Gola, T. Groppi (a cura di), *Diritto pubblico del turismo*, Rimini, 2005, 20 ss.; in termini v. anche S. Cavaliere, *Gli incerti confini*, *cit.*, 8.

[10] S. Cavaliere, *Gli incerti confini*, *cit.*, 7.

[11] S. De Nardi, *Profili pubblicistici delle strutture ricettive, delle agenzie di viaggio e delle professioni*, in L. De Grassi, V. Franceschelli (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Milano, 2010, 269; L. Righi, *Le professioni turistiche*, *cit.*, 181 ss.

ISSN 2036-7821

fosse conforme alle esigenze di unitarietà sottese allo strumento dell'intesa tra Stato e Regioni, prevista dall'art. 2, comma 4, l. n. 135 cit.[12]

1.2.5 Sulla base della spinta proveniente dai principi di tutela del turista-consumatore introdotti dalla normativa di matrice europea, oltre che di quelli volti a favorire la concorrenza e la libera prestazione dei servizi, l'art. 10, comma 4, d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, conv. nella l. 2 aprile 2007 n. 40, ha stabilito che le «attività di guida turistica e accompagnatore turistico, come disciplinate dall'articolo 7 della legge 29 marzo 2001, n. 135, e successive modificazioni, non possono essere subordinate all'obbligo di autorizzazioni preventive, al rispetto di parametri numerici e a requisiti di residenza, fermo restando il possesso dei requisiti di qualificazione professionale secondo la normativa di cui alla citata legge n. 135 del 2001. Ai soggetti titolari di laurea in lettere con indirizzo in storia dell'arte o in archeologia o titolo equipollente, l'esercizio dell'attività di guida turistica o accompagnatore turistico non può essere negato, né subordinato allo svolgimento dell'esame abilitante di cui alla citata legge n. 135 del 2001 o di altre prove selettive, restando consentita la verifica delle conoscenze linguistiche soltanto quando le stesse non siano state oggetto del corso di studi»[13]. Tale disposizione è stata abrogata dall'art. 3, comma 1, lett. n), d.lgs. 23 maggio 2011 n. 79, il cui art. 6 si è limitato a stabilire, in continuità con l'art. 7, commi 5 e 6, l. n. 135 cit., che sono «professioni turistiche quelle attività, aventi ad oggetto la prestazione di servizi di promozione dell'attività turistica, nonché servizi di ospitalità, assistenza, accompagnamento e guida, diretti a consentire ai turisti la migliore fruizione del viaggio e della vacanza, anche sotto il profilo della conoscenza dei luoghi visitati».

In seguito all'apertura della procedura di pre-infrazione EU Pilot 4277/12/MARK, è stato adottato l'art. 3, l. 6 agosto 2013 n. 97, in materia di libera prestazione e di esercizio stabile dell'attività di guida turistica da parte di cittadini dell'Unione europea[14]. In particolare, è stato disposto che l'abilitazione alla professione di guida

[12] M. Malo, *L'annullamento del dPR (*rectius *dPCM) 13 settembre 2002 per la parte relativa alle guide turistiche*, in *Dir. tur.*, 2004, 3, 273 ss.

[13] La disposizione *de qua* è stata impugnata innanzi alla Corte costituzionale dalla Regione Veneto per violazione degli artt. 117 e 118 Cost., oltre che del principio di leale collaborazione, e la Corte costituzionale con sentenza 20 giugno 2008 n. 222, in www.cortecostituzionale.it, la ha respinto la questione, riconducendo la materia in esame all'alveo della competenza legislativa concorrente sulle professioni, rilevando che l'art. 10, comma 4, d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, conv. nella l. 2 aprile 2007 n. 40, è stato introdotto in seguito a procedure di infrazione promosse dalla Commissione europea per il fatto che la normativa italiana impediva alle guide comunitarie di esercitare liberamente la professione sul territorio nazionale. Inoltre, ha ritenuto che la disposizione in esame sia anche coerente con i principi fondamentali in materia di professioni enunciati dal d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 30, adottato in applicazione dell'art. 1. 5 giugno 2003 n. 131, che delineano i ruoli rispettivi dello Stato e delle Regioni.

[14] In particolare, la Commissione UE, con la procedura di pre-infrazione EU Pilot n. 4277/12/MARK, ha contestato all'Italia la violazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, sui servizi nel mercato interno, rilevando che la disciplina italiana sull'abilitazione delle guide avesse validità solamente nella Regione di rilascio del relativo titolo. Infatti, nel sistema antecedente all'entrata in

ISSN 2036-7821

turistica è valida su tutto il territorio nazionale e che ai fini dell'esercizio stabile in Italia dell'attività in parola, il riconoscimento della qualifica professionale conseguita da un cittadino dell'Unione europea in un altro Stato membro, ai sensi del d.lgs. 9 novembre 2007 n. 206, ha parimenti efficacia su tutto il territorio nazionale. Inoltre, è stato chiarito che i cittadini dell'UE abilitati allo svolgimento dell'attività *de qua* in un altro Stato membro operano in regime di libera prestazione dei servizi senza necessità di alcuna autorizzazione né abilitazione, sia essa generale o specifica. Infine, detta disposizione ha previsto che con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, sentita la Conferenza unificata, da adottare entro il 31 ottobre 2014, fossero «individuati i siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico per i quali occorre una specifica abilitazione, nonché, previa intesa in sede di Conferenza unificata, i requisiti necessari ad ottenere tale abilitazione e la disciplina del procedimento di rilascio». A ciò si è provveduto con il d.m. 7 aprile 2015, che ha indentificato 3176 siti rilevanti e con il d.m. 11 dicembre 2015, che ha fissato i requisiti necessari per l'abilitazione ed il procedimento di rilascio. Tali provvedimenti sono stati annullati dal giudice amministrativo, il quale ha ritenuto che essi abbiano reintrodotto un duplice regime di abilitazione, di cui uno ad efficacia territorialmente limitata all'ambito in cui sono ubicati i siti sensibili per i quali si chiede la specializzazione, tale da svuotare la valenza dell'abilitazione nazionale, stante il numero sproporzionato di luoghi individuati [15].

1.2.6 Dopo l'entrata in vigore della l. n. 97 del 2013, alcune Regioni hanno rinunciato a introdurre una propria disciplina sulla guida c.d. ordinaria, stanti l'incompletezza del regime così introdotto a livello centrale e l'idea per cui dalla validità nazionale dell'abilitazione (o del riconoscimento della qualifica conseguita all'estero) conseguisse la necessità di una disciplina statale del titolo autorizzativo. Altre, invece, hanno adottato una propria regolamentazione, in attesa di un'ulteriore sistemazione della materia da parte dello Stato[16]. Si era così creato un contesto di

---

vigore dell'art. 3, l. 6 agosto 2013 n. 97, si accedeva a detta professione col superamento di un esame organizzato secondo le norme di ciascuna Regione ed inerente a materie relative a quella realtà, con susseguente frammentazione territoriale delle relative abilitazioni.

[15] TAR Lazio, sez. II, 24 febbraio 2017 n. 2831, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017 n. 3859, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it.

[16] Quanto al primo orientamento, in Sardegna, l'art. 1, comma 24, l. reg. 5 dicembre 2017 n. 23 (Disposizioni finanziarie e terza variazione al bilancio 2017/2019), ha stabilito che "*Nelle more della definizione degli standard professionali e formativi della guida turistica nazionale, sono sospese le disposizioni contenute nella legge regionale 18 dicembre 2006, n. 20 (Riordino delle professioni turistiche di accompagnamento e dei servizi) riferite alla professione di guida turistica di cui all'articolo 5, comma 2, lettera a) della medesima legge*." Successivamente, l'art. 6, comma 25, l. reg. 11 gennaio 2018 n. 1 ha precisato che "*Nelle more della definizione di standard professionali e formativi omogenei per tutto il territorio nazionale e fatte salve le domande di iscrizione presentate entro il 20 febbraio 2018, è sospesa l'applicazione degli articoli 5 e 6 della legge regionale 18 dicembre 2006, n. 20 (Riordino delle professioni turistiche di accompagnamento e dei servizi), nella parte in cui disciplinano i requisiti abilitativi per l'accesso alla professione di guida turistica e l'iscrizione al relativo registro regionale*".

ISSN 2036-7821

scarsa chiarezza circa la possibilità per le Regioni di definire i requisiti e le modalità di accesso alla professione, alimentato anche dall'assenza di impugnative da parte del Governo delle leggi regionali comunque emanate. Al fine di superare questa situazione, in data 21 dicembre 2017 era stata iscritta all'ordine del giorno della Conferenza Stato-Regioni un'intesa, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, l. 5 giugno 2003 n. 131, in materia di disciplina degli standard professionali e formativi delle guide e per la definizione di modalità uniformi, contenuti e programmi per l'espletamento dei corsi di formazione e dell'esame di abilitazione con validità su tutto il territorio nazionale, salva la competenza esclusiva delle Regioni speciali e delle Province autonome[17]. Tuttavia, l'intesa in parola non è mai stata adottata e la situazione di incertezza normativa è stata rimossa soltanto con la legge oggi in commento.

2. Le principali caratteristiche della disciplina della professione di guida turistica introdotta dalla legge 13 dicembre 2023 n. 190.

2.1 *L'inquadramento costituzionale ed euro-unitario dell'attività di guida turistica come oggetto di una professione c.d. regolamentata.*

2.1.1 La disciplina delle professioni turistiche non rientra nella materia del turismo, oggetto di competenza legislativa regionale residuale, bensì in quella delle professioni, devoluta alla competenza concorrente[18]. Lo Stato, quindi, è legittimato a dettare i principi generali in materia e cioè le norme che individuano profili professionali, requisiti e titoli necessari, ordinamenti didattici e che istituiscono gli albi, rientrando nella competenza regionale la disciplina di dettaglio e degli aspetti

---

Quanto al secondo, invece, in Lombardia, l'art. 50, commi 1 e 3, l. reg. 1° ottobre 2015 n. 27, in tema di politiche regionali in materia di turismo e attrattività del territorio lombardo, ha previsto che "*L'abilitazione all'esercizio della professione di guida turistica e di accompagnatore turistico si ottiene a seguito di superamento di esame di idoneità, anche previo specifico percorso formativo, relativo a ciascuna professione, ai sensi del presente articolo e secondo quanto disposto dalla normativa europea e nazionale*", precisando che "*La Giunta regionale con deliberazione stabilisce per ciascuna professione le competenze specifiche e i requisiti di accesso per i percorsi formativi e per la sessione d'esame, nonché la composizione e il funzionamento della commissione esaminatrice*". Invece, in Toscana gli artt. 104-105 e 107, l. reg. 20 dicembre 2016 n. 86 (Testo unico del sistema turistico regionale), hanno confermato la valenza nazionale dell'abilitazione, indicando i requisiti per poter esercitare la professione, essendo a tal fine necessaria la partecipazione a specifici corsi di formazione. In Umbria, gli artt. 49, comma 4 e 50, l. reg. 10 luglio 2017 n. 8, hanno previsto l'istituzione di elenchi ricognitivi delle guide turistiche, demandando a una fonte regolamentare la relativa disciplina di attuazione ed esecuzione.

[17] Si veda il punto n. 7 dell'ordine del giorno di cui alla nota della Presidenza del Consiglio dei ministri, Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, prot. n. DAR 0019893 P-4.37.2.21 del 19 dicembre 2017, reperibile al link http://archivio.statoregioni.it/Documenti/DOC_061764_csr.pdf.

[18] Cfr.: Corte cost. 18 giugno 2014 n. 178, in *Foro it.*, 2015, I, 393; Corte cost. 29 ottobre 2009 n. 271, in *Dir. fondamentali*, 2015, 3, con nota di L. Grimaldi, *La potestà legislativa regionale, cit.* e 20 giugno 2008 n. 222, in www.corte-costituzionale.it; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16 dicembre 2019 n.726, in *Foro amm.*, 2019, 12, 2187.

ISSN 2036-7821

che presentano uno specifico collegamento con la realtà territoriale[19]. Ciò premesso, il contesto nel quale è intervenuta la l. n. 190 cit. era costituito da un mosaico di discipline differenziate e da un quadro frammentato quanto ai requisiti di accesso (ad esempio, il titolo di studio richiesto, diploma o laurea, e il livello di conoscenza delle lingue straniere e relativa prova), alle modalità di rilascio del titolo abilitativo (esame e/o corsi abilitanti, tirocini e/o misure compensative) al regime amministrativo per l'avvio (es. s.c.i.a. o autorizzazione, eventuale copertura assicurativa) ed alla presenza di albi ed elenchi[20].

2.1.2 Il disegno di legge AS 833, confluito nella proposta di legge AC 1556 e, quindi, nella l. n. 190 cit., ha dato attuazione al punto M1C3, riforma 4.1, del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) che, tra le misure da implementare contempla un intervento sull'ordinamento professionale delle guide turistiche, volto a definire uno standard nazionale[21]. Più in particolare, sulla base del PNRR e degli *Operational Arrangements* tra la Commissione europea e l'Italia del 20 novembre 2023 è stato stabilito che con legge si definiscano i principi fondamentali inerenti alla professione di guida turistica, nel rispetto dei criteri di ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni sanciti dall'art. 117 Cost. e dei vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea e dagli obblighi assunti a livello internazionale[22]. Il tutto mediante una

[19] TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 16 dicembre 2019 n.726, *cit.*

[20] Al riguardo, vengono in questione: la l. reg. Abruzzo 15 febbraio 2023 n. 10; la l. reg. Basilicata 8 settembre 1998 n. 35; la l. prov. Bolzano 5 dicembre 2012 n. 21; le l. reg. Calabria 12 gennaio 2023 n. 1 e 5 aprile 2008 n. 8, la delibera di Giunta regionale n. 228 del 30 maggio 2014 e il decreto dirigenziale n. 5441 del 18 maggio 2022; l. reg. Campania 16 marzo 1986 n. 11 e ss. mod.; l. reg. Emilia-Romagna 1° febbraio 2000 n. 4; l. reg. Friuli-Venezia Giulia 16 gennaio 2002 n. 2; l. reg. Lazio 19 aprile 1985 n. 50; l. reg. Liguria 23 dicembre 1999 n. 44; l. reg. Lombardia 16 luglio 2007 n. 15 e 1° ottobre 2015 n. 27; l. reg. Marche 11 luglio 2006 n. 9; l. reg. Molise 17 gennaio 2013 n. 4 e 27 novembre 1996 n. 36; l. reg. Piemonte 26 novembre 2001 n. 33; l. reg. Puglia 25 maggio 2012 n. 13; l. reg. Sardegna 18 dicembre 2006 n. 20; l. reg. Sicilia 3 maggio 2004 n. 8; l. reg. Toscana 20 dicembre 2016 n. 86; l. prov. Trento 14 febbraio 1992 n. 12; l. reg. Umbria 12 luglio 2013 n. 13 e 10 luglio 2017 n. 8; l. reg. Valle d'Aosta 21 gennaio 2003 n. 1; l. reg. Veneto 4 novembre 2002 n. 33.

[21] Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) è stato approvato con decisione del Consiglio dei ministri ECOFIN del 13 luglio 2021 sulla base della proposta della Commissione COM (2021) 344; la riforma 4.1, in particolare, ha come obiettivo «dare, nel rispetto della normativa locale, un ordinamento professionale alle guide turistiche e al loro ambito di appartenenza. L'applicazione sistematica e omogenea della riforma permetterebbe di regolamentare i principi fondamentali della professione e di standardizzare i livelli di prestazione del servizio su tutto il territorio nazionale, producendo un effetto positivo sul mercato. La riforma deve prevedere interventi di formazione e aggiornamento professionale al fine di supportare al meglio l'offerta».

[22] Circa i limiti che incontrano le leggi regionali nella materia delle professioni, Corte cost. 25 giugno 2015 n. 117, in *Giur. cost.*, 2015, 3, 895, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 1, comma 49, lett. a), f), g), i), l. reg. Campania 7 agosto 2014 n. 16, ritenendo che, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., l'enucleazione di peculiari figure professionali, a partire da un *genus* indicato dalla legge statale, sia preclusa alla legge regionale. Anche Corte cost. 18 giugno 2014 n. 178, in *Foro amm.*, 2015, 1, 11, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., in relazione all'art. 3, l. n. 97 cit., l'art. 73, comma 4, l. reg. Umbria 12 luglio 2013 n. 13, che assoggetta le guide turistiche che hanno conseguito l'abilitazione presso altre Regioni ed intendono svolgere la propria attività in Umbria all'accertamento, da parte della Provincia, della conoscenza del territorio, con le modalità stabilite dalla Giunta regionale, introducendo una barriera all'ingresso nel mercato, in

ISSN 2036-7821

disciplina volta a consentire l'acquisizione di una qualifica unica a livello nazionale che non implichi, tuttavia, la creazione di una «professione regolamentata». Tale vincolo rappresenta un primo profilo della l. n. 190 cit. meritevole di approfondimento, posto che, secondo l'impostazione costantemente seguita Commissione europea, le guide turistiche rientrano nel perimetro applicativo non solo della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, ma anche della direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, nel cui ambito è definita la nozione di professione regolamentata ed è posto in capo agli Stati membri l'obbligo di verificare la proporzionalità dei requisiti che limitano l'accesso a tali professioni o il loro esercizio, comunicandone i risultati alla Commissione europea[23]. Sul punto, può citarsi la raccomandazione della Commissione europea 10 gennaio 2017 COM (2016) 820 *final*, concernente la riforma della regolamentazione dei servizi professionali[24]. Inoltre, viene in questione la successiva direttiva (UE) 2018/958 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 è stato introdotto l'esperimento obbligatorio di un «test di proporzionalità» prima dell'adozione di una nuova regolamentazione delle professioni regolamentate, sulla base del fatto che le norme nazionali non dovrebbero frapporre ostacoli ingiustificati o sproporzionati rispetto all'esercizio della libertà professionale, costituente principio fondamentale del mercato interno[25]. Infine, è stata adottata la raccomandazione della Commissione

contrasto con il principio di liberalizzazione introdotto a livello statale. Corte cost. 29 ottobre 2009 n. 271 e 14 aprile 2006 n. 153, in www.cortecostituzionale.it, hanno affermato che non rientra nella competenza legislativa delle Regioni l'indicazione di requisiti per l'esercizio delle professioni, anche meramente riproduttive di quelle previste dalla normativa statale.

[23] L'art. 3, comma 1, lett. a), dir. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, definisce come «professione regolamentata» una «attività, o insieme di attività professionali, l'accesso alle quali e il cui esercizio, o una delle cui modalità di esercizio, sono subordinati direttamente o indirettamente, in forza di norme legislative, regolamentari o amministrative, al possesso di determinate qualifiche professionali; in particolare costituisce una modalità di esercizio l'impiego di un titolo professionale riservato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative a chi possiede una specifica qualifica professionale».

[24] Nel par. II.7 di tale raccomandazione, si dà atto che la professione di guida turistica «è regolamentata in 14 Stati membri», tra i quali l'Italia, «con alcune differenze significative per quanto riguarda l'intensità della regolamentazione». Per quanto riguarda l'Italia, in particolare, la raccomandazione sottolinea che «è possibile che i professionisti interessati a esercitare la propria attività in più regioni debbano ottenere diverse qualifiche e autorizzazioni all'interno di un unico Stato membro. Tali differenze rendono l'accesso e l'esercizio della professione più complicato e potrebbero sollevare problemi di compatibilità con il diritto dell'Unione». La raccomandazione conclude nel senso che la Repubblica Italiana dovrebbe: «i) chiarire il quadro regolamentare che disciplina la professione di guida turistica, date le divergenze normative a livello regionale che sembrano ostacolare l'accesso al mercato e che incidono sui prestatori di servizi nazionali e su quelli di servizi temporanei; ii) rivedere la lista dei siti riservati ai titolari di qualifiche specifiche e valutare la proporzionalità di ciascuna riserva».

[25] Il considerando n. 2 della direttiva (UE) 2018/958 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018 riconosce che è competenza degli Stati membri «decidere se e come regolamentare una professione nel rispetto

ISSN 2036-7821

europea 9 luglio 2021 COM (2021) 385 *final*, concernente il bilancio e l'aggiornamento della precedente raccomandazione del 10 gennaio 2017[26].

2.1.3 Si pone, quindi, la questione della natura di «professione regolamentata» o meno del mestiere di guida turistica, nel senso che tale locuzione assume nel sistema della citata direttiva n. 2005/36/CE.

Il problema della qualificazione della guida come una «libera» professione era stato affrontato nel parere del Consiglio di Stato, sezione I, 3 dicembre 2003 n. 3165, sulla cui base è stato adottato il d.P.R. 27 aprile 2004. In quell'occasione, è stato ritenuto che l'attività *de qua* non potesse essere compresa tra le professioni intellettuali, di cui all'art. 2229 cod. civ., perché nessuna disposizione prescrive che per il suo esercizio sia necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi ovvero il possesso di un titolo di studio avente valore legale uniforme su tutto il territorio nazionale, né che l'accertamento dei relativi requisiti di accesso avvenga, sotto la vigilanza dello Stato, a cura di un'associazione professionale titolare di potestà disciplinare e competente a provvedere alla tenuta dei relativi albi od elenchi[27]. Conseguentemente, era stato escluso che la disciplina dell'attività di guida potesse essere inquadrata nella materia «professioni» devoluta alla legislazione concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., perché l'ambito delle professioni in senso proprio sarebbe solo quello che si desume dall'art. 33, comma 5, Cost., ove si prevede un esame di Stato di abilitazione.

Tuttavia, il concetto nazionale di professione «ordinistica» non coincide con quello comunitario di professione «regolamentata», dato che non tutte le professioni regolamentate presuppongono la preventiva iscrizione obbligatoria ad un ordine o collegio, come fatto palese dell'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 206 del 2007, che vi include anche i rapporti di lavoro subordinato, qualora l'accesso ai medesimi sia subordinato, da disposizioni legislative o regolamentari, al possesso di «qualifiche

---

dei principi di non discriminazione e di proporzionalità»; del resto, il successivo considerando n. 16 ribadisce che «è proibita qualsiasi restrizione ingiustificata derivante dal diritto nazionale che limiti la libertà di stabilimento o la libera prestazione dei servizi, compresa qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità o la residenza».

[26] Il par. II.7 della raccomandazione *de qua* insiste sul fatto che in Italia la professione «è regolamentata a livello regionale, con la conseguenza che i professionisti possono dover ottenere qualifiche e autorizzazioni diverse all'interno di uno stesso Stato membro se intendono prestare servizi in più di una regione. Tali differenze rendono più complicato l'accesso alla professione e il suo esercizio e potrebbero sollevare questioni di compatibilità con il diritto dell'UE, in particolare con l'articolo 10, paragrafo 4, della direttiva sui servizi (direttiva 2006/123/CE) e con l'articolo 7, paragrafo 2 *bis*, della direttiva sulle qualifiche professionali (2005/36/CE)». La raccomandazione dà atto dell'avvenuta abolizione in via giurisdizionale dell'elenco che riservata un numero significativo di mete turistiche ai titolari di licenze specifiche.

[27] L'art. 2229 cod. civ. disciplina l'esercizio delle professioni intellettuali, demandando alla legge l'individuazione di quelle per il cui esercizio è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi ed in cui l'accertamento dei requisiti di accesso, la tenuta degli albi o elenchi e il potere disciplinare sugli iscritti sono demandati ad «associazioni professionali» (*i.e.* Ordini o Collegi) operanti sotto la vigilanza dello Stato.

ISSN 2036-7821

professionali»[28]. Ciò comporta che, ai fini della soluzione alla prospettata questione, il citato parere del Consiglio di Stato non presenti spunti di riflessione utili, dovendo le sue conclusioni essere rimeditate alla luce di questo nuovo concetto di matrice euro-unitaria.

Fatta questa premessa, non pare dubitabile che l'attività di guida turistica fosse, già prima dell'entrata in vigore della l. n. 190 cit., una professione regolamentata[29]. Infatti, sin dagli artt. 252-253, r.d. n. 62 del cit., il mestiere di guida era legittimamente esercitabile solo dai soggetti abilitati all'esito di procedure organizzate e gestite da Autorità pubbliche. Tale assetto non è mutato neppure all'indomani della l. cost. n. 3 cit., dato che l'attività di guida è sempre rimasta subordinata al previo accertamento della preparazione tecnica dei candidati da parte delle Regioni, della qual cosa danno anche atto le citate raccomandazioni della Commissione europea del 10 gennaio 2017 e del 9 luglio 2021. Ne consegue che l'odierna novella non ha in alcun modo istituito una nuova professione, ma ne ha solo modificato la disciplina preesistente. Peraltro, i più stringenti requisiti individuati dalla l. n. 190 cit., rispetto a quelli in precedenza posti dalla legislazione regionale, appaiono comunque proporzionati e giustificati da «motivi imperativi di interesse generale» ascrivibili, in particolare, non solo alla tutela dei destinatari dei servizi erogati dalle guide, ma anche alla salvaguardia dell'ingente patrimonio storico e artistico italiano, in relazione al quale si definisce il *proprium* della loro attività[30].

Pertanto, l'impegno assunto dall'Italia nell'ambito della riforma 4.1 del PNRR deve ritenersi rispettato con la l. n. 190 cit., non essendo in precedenza l'attività di guida turistica esercitabile liberamente da chiunque. Peraltro, anche ove si ritenga che la riforma abbia a tal punto innovato la disciplina previgente da portare all'istituzione di una nuova professione, resta il fatto che nell'ordinamento europeo non vige un divieto assoluto di istituire nuove professioni regolamentate, dovendo gli Stati,

[28] Ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 9 novembre 2007 n. 206, è definita «professione regolamentata»: «1) l'attività, o l'insieme delle attività, il cui esercizio è consentito solo a seguito di iscrizione in Ordini o Collegi o in albi, registri ed elenchi tenuti da amministrazioni o enti pubblici, se la iscrizione è subordinata al possesso di qualifiche professionali o all'accertamento delle specifiche professionalità; 2) i rapporti di lavoro subordinato, se l'accesso ai medesimi è subordinato, da disposizioni legislative o regolamentari, al possesso di qualifiche professionali; 3) l'attività esercitata con l'impiego di un titolo professionale il cui uso è riservato a chi possiede una qualifica professionale; 4) le attività attinenti al settore sanitario nei casi in cui il possesso di una qualifica professionale è condizione determinante ai fini della retribuzione delle relative prestazioni o della ammissione al rimborso; 5) le professioni esercitate dai membri di un'associazione o di un organismo di cui all'Allegato I».

[29] Nel senso che quella di guida turistica sia una professione regolamentata, cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VI, 5 gennaio 2022 n. 98, disponibile in www.giustizia-amminsitrativa.it.

[30] In argomento, si rinvia al considerando n. 17 della citata direttiva (UE) 2018/958.

ISSN 2036-7821

semmai, introdurre discipline proporzionate e giustificate da ragioni di interesse generale[31].

Dal punto di vista del diritto interno, poi, alla professione di guida, come configurata nel sistema introdotto dalla l. n. 190 cit., non sembrano applicabili le disposizioni dettate per le professioni non organizzate dalla l. 14 gennaio 2013 n. 4. Infatti, in disparte la considerazione che l'elenco nazionale delle guide turistiche è tenuto dal Ministero del turismo e non da un ordine o collegio professionale, l'art. 1, comma 2, l. n. 4 del 2013, esclude dal novero delle professioni non organizzate tutte le attività e i mestieri artigianali, commerciali e di pubblico esercizio «disciplinati da specifiche normative», quale è quella oggi in commento.

2.2 *I principi generali della riforma e la definizione dell'attività di guida turistica.*

L'art. 1, l. n. 190 cit., precisa che l'oggetto dell'intervento normativo è costituito dalla fissazione dei principi fondamentali della professione di guida turistica, con potestà per le Regioni di disciplinarla nel rispetto di quanto così stabilito e con l'avvertenza che, nelle Regioni speciali e nelle Province autonome, le sue disposizioni sono applicabili compatibilmente con i rispettivi statuti e norme di attuazione.

L'art. 2, l. n. 190 cit., poi, in continuità con il passato, definisce l'attività della guida turistica, individuandola nell'illustrazione e nell'interpretazione, nel corso di visite guidate, del significato dei beni che costituiscono il patrimonio storico, culturale, museale, religioso, architettonico, artistico, archeologico e monumentale italiano. Il fine di tali visite, infatti, è evidenziare ai turisti le caratteristiche e i valori storici, artistici, archeologici, monumentali, religiosi, demo-etno-antropologici e paesaggistici del patrimonio nazionale, valorizzandone, tutelandone e trasmettendone la conoscenza e garantendosi, al contempo, la qualità delle prestazioni rese.

2.3 *L'elenco nazionale tenuto dal Ministero del turismo e i canali di accesso alla professione di guida turistica.*

2.3.1 L'art. 5, l. n. 190 cit., istituisce presso il Ministero del turismo l'elenco nazionale delle guide turistiche, al quale è iscritto, a domanda, chi: *a)* abbia superato lo

[31] In tal senso, il Consiglio di Stato, sez. I, nel parere 20 novembre 2020 n. 1914, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it, reso in merito alla disciplina della Regione Lombardia sulla figura dell'accompagnatore di media montagna, come professione regolamentata, ha osservato che «la questione rilevante e fondata non è il *se* la legge (nazionale e regionale) possa prevedere tale professione regolamentata, con le annesse restrizioni alla libera prestazione di servizi, ma solo il *modo* (e il *quanto*) in cui essa possa legittimamente operare tale limitazione, secondo il tipico test di proporzionalità all'uopo previsto dalla costante giurisprudenza euro-unitaria e interna (tra le tante, cfr. sentenza CGUE 12 settembre 2013, nelle cause C-660/11 e C-8/12 – Biasci […])».

ISSN 2036-7821

specifico esame di abilitazione di cui al precedente art. 4; *b)* abbia ottenuto il riconoscimento della qualifica professionale, secondo le modalità di cui al successivo art. 6; *c)* sia già abilitato alla data di entrata in vigore della legge. Precisa, al riguardo, l'art. 5, comma 4, l. n. 190 cit., che, ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. n. 97 cit., agli iscritti nell'elenco è consentito l'esercizio della professione su tutto il territorio nazionale ed è rilasciato dal Ministero del turismo un tesserino personale di riconoscimento, munito di fotografia, numero di iscrizione e relativo codice univoco di identificazione, da esibire durante lo svolgimento del servizio[32].

Dunque, i percorsi abilitanti per l'attività in parola sono tre, uno «ad esaurimento», riguardando coloro i quali fossero già autorizzati secondo il regime previgente, e due «ordinari», il primo dei quali fondato sul superamento di un esame nazionale di abilitazione indetto dal Ministero del turismo e l'altro sul riconoscimento, sempre da parte di detto dicastero, della qualifica professionale ottenuta all'estero, secondo quanto previsto in termini generali dalla d.lgs. n. 206 cit.[33].

2.3.2 Il primo canale, fondato sull'esame nazionale, consiste una procedura da indire con cadenza almeno annuale a cura del Ministero del turismo e strutturata su una prova scritta, una orale e una tecnico-pratica nelle materie previste dalla legge ed eventualmente integrate per decreto ministeriale, oltre che sull'accertamento delle competenze linguistiche prescritte. I requisiti soggettivi, culturali e di moralità sono fissati dalla legge, mentre le ulteriori materie d'esame, i criteri e le modalità di svolgimento della procedura sono definiti in sede di attuazione, previa intesa in Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome. La procedura *de qua*, dunque, è volta ad accertare l'idoneità dei candidati a svolgere la professione sì che l'attività è liberamente esplicabile dagli idonei, anche se l'ammissione alle prove o la ripetizione della valutazione sia operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela[34].

Rispetto alla situazione preesistente, i requisiti culturali per l'accesso all'esame sono stati unificati per tutta Italia prescrivendosi il possesso di una laurea e, dunque,

[32] Tale tesserino, quindi, è un documento di riconoscimento a termini dell'art. 1, comma 1, lett. c), d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, dato che è munito di fotografia del titolare, di cui consente l'identificazione personale, e che è rilasciato da una pubblica amministrazione.

[33] Quanto al primo percorso di accesso, le guide turistiche già abilitate alla data di entrata in vigore della riforma continuano a esercitare la professione ai sensi della disciplina previgente fino al centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto del Ministro del turismo istitutivo dell'elenco nazionale; inoltre, esse sono iscritte a domanda, ai sensi dell'art. 13, comma 1, l. n. 190 cit., nell'elenco nazionale, senza necessità di sostenere un nuovo esame di abilitazione o prova attitudinale.

[34] Si veda, al riguardo, l'art. 4, comma 2-*bis*, d.l. 30 giugno 2005 n. 115, conv. nella l. 17 agosto 2005 n. 168, per il quale «Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela».

ISSN 2036-7821

optandosi per la soluzione maggiormente selettiva che era stata già introdotta nelle Regioni Calabria, Sicilia e Veneto. Tale scelta non appare né irragionevole né sproporzionata, ove si ponga mente alle caratteristiche di ineguagliabile complessità e ricchezza del patrimonio culturale e ambientale italiano, che le guide hanno il compito illustrare ai turisti. Nondimeno, è innegabile che essa restringa notevolmente la platea di soggetti che possono accedere alla professione, avuto anche riguardo al fatto che, in passato, l'art. 10, comma 4, d.l. n. 7 del 2007, conv. nella l. n. 40 del 2007, abrogato dall'art. 3, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 79 del 2011, consentiva ai soggetti titolari di laurea in lettere con indirizzo in storia dell'arte o in archeologia o titolo equipollente, l'esercizio dell'attività di guida turistica o accompagnatore turistico, senza l'intermediazione di alcun esame abilitante o prova selettiva, fatta salva la sola verifica delle conoscenze linguistiche quando non oggetto del corso di studi. Sul punto, quindi, la richiesta di un titolo universitario potrebbe costituire una criticità nell'ottica pro-concorrenziale perseguita dalle Autorità dell'Unione europea, che mira a facilitare l'accesso delle professioni regolamentate.

2.3.3 Il secondo percorso di accesso alla professione è quello relativo all'esercizio in Italia dell'attività in parola sulla base di titoli conseguiti all'estero, a termini del d.lgs. n. 206 cit.

Sul punto, il d.lgs. n. 206 cit. è stato emanato al fine di dare attuazione della direttiva 2005/36/CE, il cui art. 2, comma 1, precisa che essa «si applica a tutti i cittadini di uno Stato membro che vogliano esercitare, come lavoratori subordinati o autonomi, compresi i liberi professionisti, una professione regolamentata in uno Stato membro diverso da quello in cui hanno acquisito le loro qualifiche professionali»[35]. In particolare, alla stregua dell'art. 6, l. n. 190 cit., i cittadini dell'Unione europea o di uno Stato appartenente allo Spazio economico europeo o della Svizzera già autorizzati allo svolgimento della professione in conformità alla normativa di tali Stati possono svolgere la loro attività in Italia: *a)* su base temporanea e occasionale, in regime di libera prestazione; *b)* in maniera stabile, previo superamento di una prova attitudinale in lingua italiana, strutturata su una prova scritta e una orale, ovvero, in alternativa, previo compimento di un tirocinio di adattamento di ventiquattro mesi. È in ogni caso prescritta la certificazione della conoscenza di due lingue straniere, una a livello non inferiore a C1 e l'altra a B2 del Quadro comune di riferimento per la conoscenza delle lingue (QCER). Coloro i quali ottengano il riconoscimento della qualifica conseguita all'estero sono iscritti in un'apposita sezione dell'elenco

[35] Sul punto e, in particolare, sul fatto che tale direttiva si applichi a tutti i cittadini di uno Stato membro che hanno effettuato un tirocinio professionale al di fuori dello Stato membro d'origine, cfr.: Cons. Stato, sez. VII, 3 gennaio 2024 n. 135; sez. VII, 11 ottobre 2023 n. 8882; sez. VII, 27 ottobre 2022 n. 9216; sez. VII, 13 settembre 2022 n. 7966; sez. VII, 2 settembre 2022 n. 7669; sez. VII, 18 luglio 2022 nn. 6128 e 6136; sez. VII, 15 giugno 2022 n. 4905; sez. VII, 5 maggio 2022 n. 3549; sez. VI, 4 novembre 2019 n. 7515, tutte reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

nazionale e possono esercitare la professione su tutto il territorio italiano. Il Ministero del turismo è designato dall'art. 7, comma 9, l. n. 190 cit., quale (unica) Autorità competente ad accertare il carattere temporaneo e occasionale della prestazione e a pronunciarsi sulle domande di riconoscimento della qualifica professionale conseguita all'estero.

Con riferimento all'esercizio su base temporanea e occasionale, il perimetro del regime di libera prestazione di servizi è posto dall'art. 5, dir. n. 2005/36/CE, ripreso dall'art. 9, d.lgs. n. 206 del 2007, che vieta ordinariamente agli Stati membri di limitare, per ragioni attinenti alle qualifiche professionali, la libera prestazione di servizi in un altro Stato membro, «*a)* se il prestatore è legalmente stabilito in uno Stato membro per esercitarvi la stessa professione (in seguito denominato «Stato membro di stabilimento») […] *b)* in caso di spostamento del prestatore, se questi ha esercitato tale professione nello Stato membro di stabilimento per almeno due anni nel corso dei dieci anni che precedono la prestazione di servizi, se in tale Stato membro la professione non è regolamentata […]». Inoltre, alla stregua dell'art. 5 cit. il «carattere temporaneo e occasionale della prestazione è valutato caso per caso, in particolare in funzione della durata della prestazione stessa, della sua frequenza, della sua periodicità e della sua continuità». Come chiarito dalla giurisprudenza per fattispecie analoghe, anche per le guide turistiche la possibilità di prestazione temporanea e occasionale resta indissolubilmente legata al fatto che il prestatore deve essere «legalmente stabilito» in uno Stato membro (c.d. di residenza) diverso da quello (c.d. ospitante) verso cui si sposta per erogare il servizio[36]. A tal fine, il concetto di stabilimento legale in altro Stato è definito dall'art. 4, comma 1, n-*septies*), d.lgs. n. 206 del 2007, per il quale è tale un cittadino dell'Unione europea «quando soddisfa tutti i requisiti per l'esercizio di una professione in detto Stato membro e non è oggetto di alcun divieto, neppure temporaneo, all'esercizio di tale professione. È possibile essere legalmente stabilito come lavoratore autonomo o lavoratore dipendente».

In merito, invece, all'esercizio in maniera stabile, l'art. 6, l. n. 190 cit., a differenza di quanto previsto dall'art. 14, comma 5, dir. 2005/36/CE – che esige una verifica in concreto, da effettuarsi caso per caso, sul fatto che le competenze da egli acquisite nel corso della precedente esperienza professionale non possano colmare la differenza sostanziale con le conoscenze ritenute necessarie nello Stato ospite – prefigura rigidamente la durata del tirocinio di adattamento, che è quantificata *tout court* in ventiquattro mesi, non consentendo adattamenti in ragione della situazione individuale del candidato. In aggiunta a ciò, l'art. 6, comma 5, l. n. 190 cit., richiede il possesso di attestazioni di conoscenza di due lingue diverse dall'Italiano, l'una di

[36] *Ius receptum*: TAR Lazio, sez. IV, 20 dicembre 2023 n. 19300 e TRGA, Trento, sez. un., 6 dicembre 2013 n. 400, entrambe in www.giustizia-amminsitrativa.it.

ISSN 2036-7821

livello pari a C1 e l'altra non inferiore a B2 del QCER, rilasciate da enti certificatori formalmente riconosciuti dal Ministero dell'istruzione e del merito[37]. Sul punto, a prescindere da ogni considerazione circa il livello di competenza così richiesto, che non appare comunque manifestamente eccedente le esigenze professionali di una guida turistica – che postulano la capacità di esporre oralmente in modo comprensibile e fluente le caratteristiche dei beni culturali ed ambientali oggetto di visita e di rispondere alle eventuali domande poste – è l'individuazione selettiva degli enti certificatori a suscitare dubbi di compatibilità con il diritto euro-unitario. Infatti, circoscriverne in modo così restrittivo la platea potrebbe, in buona sostanza, tradursi in una barriera all'accesso alla professione da parte dei candidati stranieri, che potrebbero disporre di attestati provenienti da soggetti non riconosciuti dal Ministero dell'istruzione e del merito italiano ma che non per questo non garantirebbero la necessaria affidabilità nel giudizio tecnico di conoscenza delle lingue.

2.4 *La preparazione culturale delle guide turistiche e le specializzazioni.*

Ai sensi dell'art. 7, l. n. 190 cit., le guide turistiche iscritte all'elenco nazionale, oltre a dover curare un costante aggiornamento professionale su base triennale, mediante i corsi a contenuto teorico-pratico autorizzati dal Ministero del turismo, possono anche acquisire specializzazioni, tematiche e territoriali, tra loro cumulabili, anche in materia di turismo accessibile ed inclusivo, tramite la partecipazione ed il superamento di appositi corsi muniti di autorizzazione ministeriali e della durata minima di cinquanta ore, conseguendo così l'iscrizione in speciali sezioni dell'elenco nazionale. Su quest'ultimo punto, l'art. 7, comma 4, l. n. 190 cit. demanda a uno o più decreti del Ministro del turismo, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome, sentiti le associazioni di categoria e, se del caso, altri soggetti il cui contributo è ritenuto di interesse, l'individuazione degli ambiti e delle modalità di specializzazione e di aggiornamento *de quo*, nonché le misure e le sanzioni di carattere interdittivo dell'esercizio della professione, da adottare in caso di inadempimento di formazione continua. In particolare, detti decreti «sono volti a disciplinare le specializzazioni su scala nazionale, a valorizzarne la valenza e a definirne i requisiti, i caratteri obbligatori e gli standard minimi al fine di assicurare l'uniformità dei percorsi di specializzazione attivati».

[37] Sul punto, si rinvia al d.m. 10 marzo 2022 n. 62, recante i requisiti per la valutazione ed il riconoscimento della validità delle certificazioni di competenze linguistico-comunicative in lingua straniera del personale scolastico, che ha istituito presso il Ministero dell'istruzione e del merito un elenco dei soggetti qualificati all'emissione di dette certificazioni.

ISSN 2036-7821

La disposizione ora citata affronta il noto tema dell'insufficienza, sotto il profilo dell'adeguatezza della preparazione sottesa al conseguimento dell'autorizzazione ordinaria allo svolgimento dell'attività di guida ove vengano in questione particolari esigenze di conoscenza approfondita del contesto culturale ed ambientale di riferimento. Si tratta di profili che rientravano tra gli oggetti della disciplina introdotta dall'art. 3, l. n. 97 cit., ora abrogato dall'art. 13, comma 4, l. n. 190 cit., che distingueva la guida turistica c.d. ordinaria – alla quale era parificato il cittadino di altro Stato membro dell'UE ai fini della libertà di stabilimento e di prestazione – da quella c.d. specializzata, per la quale si prevedeva l'adozione di decreti del Ministro per i beni e le attività culturali e del turismo adottato con il coinvolgimento della Conferenza unificata, a tutela della competenza regionale concorrente in materia di professioni, al fine di individuare i siti di particolare interesse storico, artistico o archeologico e i requisiti necessari, di cui ai già citati d.m. 7 aprile 2015 e 11 dicembre 2015, oggetto di annullamento in sede giurisdizionale[38]. A termini degli artt. 5, comma 3 e 7, comma 2, l. n. 190 cit., le specializzazioni conseguite sono annotate nella posizione della singola guida iscritta nell'elenco e ad una data specializzazione corrisponde una sezione dedicata dell'elenco nazionale. In attesa dell'esercizio della potestà regolamentare, che definirà meglio la portata di tale innovazione, pare potersi comunque escludere che l'iscrizione nelle sezioni relative alla specializzazioni possa avere portata ulteriormente abilitante e, quindi, preclusiva rispetto all'esercizio della professione rispetto a chi non ne sia in possesso. Ciò non solo in quanto un simile effetto non è previsto dalla l. n. 190 cit., che consente di sanzionare con misure interdittive dell'attività soltanto il mancato adempimento dell'obbligo di aggiornamento continuo, ma anche perché opinando diversamente si reintrodurrebbe quella segmentazione del mercato dei servizi di guida turistica che la riforma ha inteso definitivamente superare, riproponendosi così, in buona sostanza, le medesime criticità che erano sottese ai già citati d.m. 7 aprile 2015 e 11 dicembre 2015. Quanto alle misure e sanzioni di carattere interdittivo per l'inottemperanza all'obbligo di formazione continua, appare quantomeno dubitabile che una fonte regolamentare possa comprimere il diritto riconosciuto dalla legge a svolgere la professione *de qua* sulla base del titolo abilitativo ottenuto, in assenza di più circostanziati criteri direttivi, ad esempio, circa la gravità di tale inadempimento.

2.5 *La copertura assicurativa*.

Le guide turistiche sono, poi, tenute ad avere una copertura assicurativa a garanzia della responsabilità civile professionale e ad esporre in maniera ben visibile il

[38] TAR Lazio, Roma, sez. II, 24 febbraio 2017 n. 2817, in *Foro amm.*, 2017, 2, 378 e Cons. Stato, sez. VI, 1° agosto 2017 n. 3859, in www.giustizia-amministrativa.it.

ISSN 2036-7821

tesserino di riconoscimento, oltre che di fornire all'utente informazioni trasparenti sui costi della prestazione, che devono essere proporzionati alla durata, al contenuto e alle caratteristiche della prestazione.

Sebbene una copertura assicurativa fosse già richiesta nelle Province autonome di Trento (art. 3, comma 4-*bis*, l. prov. 14 febbraio 1992 n. 12) e Bolzano (art. 10, comma 3, l. prov. 5 dicembre 2012 n. 21) e nelle Regioni Calabria (all. A, d.d. n. 5441 del 18 maggio 2022), Piemonte (art. 8, comma 1-*bis*, l. reg. 26 novembre 2001 n. 33) e Valle d'Aosta (art. 7, comma 2, lett. e), l. reg. 21 gennaio 2003 n. 1), la necessità di tale onere, previsto in termini generali dall'art. 3, comma 4, l. n. 190 cit. non è di immediata evidenza. Sul punto, l'art. 23, comma 1, dir. n. 2006/123/CE prevede che gli «Stati membri possono provvedere affinché i prestatori i cui servizi presentano un rischio diretto e particolare per la salute o per la sicurezza del destinatario o di un terzo o per la sicurezza finanziaria del destinatario sottoscrivano un'assicurazione di responsabilità professionale commisurata alla natura e alla portata del rischio o forniscano una garanzia o prevedano altre disposizioni analoghe equivalenti o essenzialmente comparabili quanto a finalità»; pertanto, la previsione di un siffatto obbligo generalizzato potrebbe rivelarsi di dubbia compatibilità con l'ordinamento dell'Unione europea.

2.6 *Il diritto di libero accesso agli istituti e luoghi della cultura.*

Sulla base dell'art. 9, l. n. 190 cit., le guide turistiche munite di regolare tesserino personale di riconoscimento hanno il diritto ad entrare gratuitamente in tutti gli «istituti e luoghi della cultura» aperti al pubblico, di proprietà dello Stato, di altri enti pubblici, degli enti territoriali o di istituti religiosi, nell'esercizio della professione o per finalità di studio e formazione. Inoltre, a mente dell'art. 3, comma 3, l. n. 190 cit., in tali istituti e luoghi aperti al pubblico non può essere ostacolato l'ingresso e lo svolgimento della loro attività.

La definizione di istituti e luoghi della cultura è contenuta nell'art. 101, comma 1, d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, che li individua nei musei, biblioteche e archivi, aree e parchi archeologici nonché complessi monumentali[39]. In relazione all'attività che le

[39] L'art. 101, comma 2, d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, definisce a sua volta i concetti di: *a)* «museo», come una «struttura permanente che acquisisce, cataloga, conserva, ordina ed espone beni culturali per finalità di educazione e di studio»; *b)* «biblioteca», come una «struttura permanente che raccoglie cataloga e conserva un insieme organizzato di libri, materiali e informazioni, comunque editi o pubblicati su qualunque supporto, e ne assicura la consultazione al fine di promuovere la lettura e lo studio»; *c)* «archivio», come una «struttura permanente che raccoglie, inventaria e conserva documenti originali di interesse storico e ne assicura la consultazione per finalità di studio e di ricerca»; *d)* «area archeologica», come un «sito caratterizzato dalla presenza di resti di natura fossile o di manufatti o strutture preistorici o di età antica»; *e)* «parco archeologico», come un «ambito territoriale caratterizzato da importanti evidenze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, paesaggistici o ambientali, attrezzato come museo all'aperto»; *f)* «complesso monumentale», come un

ISSN 2036-7821

guide possono legittimamente svolgervi, si pone il problema del contemperamento tra il diritto di accesso e di esercizio della professione e il potere del Ministero della cultura di affidare in concessione a terzi, ai sensi dell'art. 117, commi 1 e 2, lett. e), d.lgs. n. 42 del 2004, i servizi di «accoglienza», inclusi quelli di «guida», rientranti nell'attività professionale delle guide turistiche. Al riguardo, una recente giurisprudenza ha chiarito che le visite guidate rientrano tra i servizi museali di accoglienza e che, pertanto, la loro gestione può essere affidata in concessione anche in forma integrata con i servizi di pulizia, vigilanza e biglietteria[40]. In tal senso, è stato osservato che tutti i servizi di accoglienza, inclusi quelli di guida, rispondono all'obiettivo primario di valorizzare e migliorare la fruizione dei luoghi della cultura, ai sensi degli artt. 6 e 111, d.lgs. n. 42 cit. Il contemperamento tra gli interessi professionali privati delle guide abilitate e quello pubblico a valorizzare e migliorare la fruizione dei beni culturali, oltre che a percepire il corrispettivo della concessione, è così dato dal fatto che il contratto tra concessionario e Amministrazione non possa prevedere alcuna esclusiva in favore del primo, limitatamente ai servizi prestati dalle guide, alle quali, dunque, a prescindere da qualunque rapporto con l'ente pubblico, va riconosciuto incondizionatamente il diritto di accesso ai suddetti istituti e luoghi e di prestarvi i propri servizi[41].

2.7 *Le c.d. aperture straordinarie di siti non qualificabili come istituti e luoghi di cultura.*

A termini dell'art. 3, comma 2, l. n. 190 cit., non sono richiesti i requisiti ordinari per lo svolgimento dell'attività di guida turistica (*i.e.* il superamento dell'esame nazionale o il riconoscimento della qualifica professionale) nel caso di «aperture straordinarie», organizzate da persone giuridiche ed enti del terzo settore, «di siti non qualificabili come istituti o luoghi di cultura per le visite svolte senza l'ausilio di guide turistiche, per le quali sia esclusa qualsiasi forma di pagamento o di iscrizione. Tali aperture straordinarie possono essere autorizzate dal Ministero del turismo, previa presentazione, non oltre trenta giorni prima, di un'istanza da parte dell'interessato».

«insieme formato da una pluralità di fabbricati edificati anche in epoche diverse, che con il tempo hanno acquisito, come insieme, una autonoma rilevanza artistica, storica o etnoantropologica».

[40] TAR Campania, Napoli, sez. IV, 25 maggio 2023 n. 3208, disponibile in www.giustizia-amministrativa.it; in senso conforme v. anche la delibera ANAC n. 54 dell'8 febbraio 2023, reperibile in www.anticorruzione.it, ove si rileva che i servizi di guida e assistenza didattica sono inclusi nei servizi di «accoglienza», nozione che potrebbe accogliere anche altri servizi che, benché non tassativamente declinati, hanno come finalità l'accoglienza del visitatore, purché consistano in un'attività di valorizzazione ad iniziativa pubbliche che «si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione».

[41] Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 25 maggio 2023 n. 3208, cit.

ISSN 2036-7821

La disposizione *de qua* riguarda la possibilità per il Ministero del turismo di autorizzare lo svolgimento di iniziative di divulgazione culturale aventi ad oggetto siti che, oltre a non essere qualificabili come istituti o luoghi della cultura, siano oggetto di visite guidate straordinarie organizzate esclusivamente da enti del terzo settore senza ricorrere a guide turistiche abilitate e per le quali non siano previsti corrispettivi. Si tratta di una disposizione derogatoria della riserva di attività costituita dalla legge in favore delle guide abilitate che, come tale, è di stretta interpretazione. Al fine di ricostruire il perimetro applicativo della deroga in parola, si osserva che essa appare prevalentemente, ancorché non esclusivamente, riferibile a quei beni culturali consistenti in ville, parchi e giardini che, ai sensi dell'art. 10, comma 4, lett. f), d.lgs. n. 42 cit., abbiano interesse artistico e storico e che, soprattutto, non siano ordinariamente aperti al pubblico. In aggiunta a ciò, le visite straordinarie *de quibus* non possono essere organizzate da chiunque ma soltanto dagli enti del terzo settore, cioè dai soggetti puntualmente indicati dall'art. 4, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117[42]. A tal fine, quindi, condizione essenziale per potersi autorizzare l'apertura straordinaria del sito per l'effettuazione di visite guidate non svolte da professionisti abilitati è l'iscrizione dell'ente organizzatore nel registro unico nazionale del terzo settore, costituito presso il Ministero dello sviluppo economico e disciplinato dagli artt. 45 e ss., d.lgs. n. 117 del 2017. Parimenti, la partecipazione del pubblico a dette aperture non può essere subordinata a corrispettivi predeterminati, mentre nulla osta alle eventuali spontanee largizioni liberali dei visitatori in favore di iniziative di conservazione dei luoghi, anche nel caso in cui siano ivi loro presentate.

2.8 *L'abusivismo e le sanzioni.*

Infine, sotto il profilo sanzionatorio, l'art. 12, l. n. 190 cit., nel richiamare le disposizioni della l. 24 novembre 1981 n. 689, assoggetta a pene amministrative pecuniarie diverse fattispecie di illecito, tra cui l'abusivo esercizio dell'attività di guida turistica e l'utilizzo di tessere o segni distintivi idonei a identificare chi li esibisca come guida. Inoltre, è punito l'intermediario turistico (es. agenzia di viaggio o *tour operator*) che si avvalga di soggetti non abilitati per l'esercizio di attività proprie della guida. È anche sanzionato chi interdica od ostacoli l'ingresso e l'attività

[42] In particolare, l'art. 4, comma 1, d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117, include nel c.d. terzo settore «le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del terzo settore».

ISSN 2036-7821

delle guide negli istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101, d.lgs. n. 42 cit., anche appartenenti a soggetti privati, aperti al pubblico. Costituiscono infrazioni minori, in ragione della ridotta entità della sanzione pecuniaria applicata, la violazione degli obblighi di comportamento e di presentazione della dichiarazione preventiva di cui agli artt. 6 e 11, l. n. 190 cit.

A differenza delle professioni liberali, quindi, per le quali l'abusivismo è senz'altro perseguito a termini dell'art. 348 cod. pen., per le guide turistiche è stato introdotto un regime di tutela solo amministrativo, peraltro con la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 12, comma 5, l. n. 190 cit., che fa salva l'ipotesi che «il fatto costituisca reato». Si pone, pertanto, il problema se la guida turistica abusiva, oltre che rispondere in sede amministrativa, sia anche incriminabile ai sensi dell'art. 348 cod. pen., venendo in questione il principio di specialità enunciato dall'art. 9, l. n. 689 del 1981, per il quale quando uno «stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale»[43].

Ebbene, al fine di accertare la presenza di un concorso apparente di norme occorre soffermarsi sul concetto di «stesso fatto» e, quindi, operare un confronto strutturale fra gli elementi delle due fattispecie in potenziale concorso[44]. Al riguardo, la giurisprudenza ha valorizzato la struttura del reato e della violazione amministrativa di interesse, al fine di verificare l'esistenza di un'area comune e sovrapponibile[45]. Nella specie, tra il reato previsto in generale dell'art. 348 cod. pen. e la figura abusivismo di cui all'art. 12, l. n. 190 cit., sussiste una relazione di specialità unilaterale per specificazione, posto che quella di guida turistica è una delle molte attività cui si riferisce la fattispecie penale e che sono esercitabili lecitamente dopo il superamento di un esame di Stato e previa iscrizione in un albo o elenco, sì che la

[43] Sul principio di specialità fra illecito penale e amministrativo si rinvia all'ampia trattazione di G. De Francesco, *Specialità (Principio di)*, in *Nss. dig. it.*, app., Torino, 1987, 492 ss., e Id., *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 431 ss.; M. Siniscalco, *Commento all'art. 9, l. 24 novembre 1981*, in *Leg. pen.*, 1982, 227; G. Pica, *I rapporti tra illecito penale ed amministrativo alla luce dell'art. 9, l. 24 novembre 1981 n. 689: spunti critici e profili di incostituzionalità*, in *Giust. pen.*, 1985, 374; M. Dallacasa, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in *Indice pen.*, 1984, 46; G. De Roberto, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981 n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1589; E. Dolcini, *Art. 9*, in E. Dolcini, A. Giarda, F. Mucciarelli, C. E. Paliero, E. Riva Crugnola, *Commentario delle «Modifiche al sistema penale»*, Milano, 1982, 58.

[44] In argomento v. E. Penco, *Il principio di specialità «amministrativa». Tra declinazioni interne «formali» e spinte europee «sostanziali»*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015, 3.

[45] Cass. pen., sez. un., 21 gennaio 2011 n. 1963, in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2011, con nota di C. Benussi, *Solo un illecito amministrativo per il custode sorpreso a circolare con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo*.

ISSN 2036-7821

violazione amministrativa ne specifica gli elementi identificativi, sottraendola all'applicabilità della norma incriminatrice generale[46].

Da ultimo, quanto ai controlli, l'art. 12, comma 8, l. n. 190 cit. ne intesta la competenza prevalente ai Comuni, che sono anche le Autorità designate per l'applicazione delle pene pecuniarie, prevedendosi sul punto l'adozione di un decreto ministeriale per l'individuazione delle relative modalità. All'ente locale sul cui territorio sia commessa la violazione sono devoluti i proventi della relativa sanzione.

3. Problemi e prospettive.

La riforma in commento ha consentito alla Repubblica Italiana di raggiungere uno degli obiettivi fissati dal PNRR per il settore turistico, operando un intervento da lungo tempo atteso per superare le criticità e la frammentazione del mercato dei servizi delle guide che caratterizzavano il contesto precedente.

Appare così rispettato l'impegno assunto dall'Italia nell'ambito della riforma 4.1 del PNRR, non essendo dubitabile che la l. n. 190 cit. non abbia creato una nuova professione regolamentata ma ne abbia razionalizzato e migliorato la disciplina antevigente, nell'ambito della quale l'attività di guida turistica non era esercitabile liberamente da chiunque, essendo assoggettata con continuità ad un esame di abilitazione tecnica sin dal r.d. n. 62 cit. Peraltro, come si è detto, anche ove si ritenga – ma così non è – che la riforma abbia a tal punto innovato la disciplina previgente da potersi parlare di una nuova professione, non esiste nell'ordinamento europeo un divieto assoluto di istituire nuove professioni regolamentate, dovendosi piuttosto valutare la ragionevolezza e la proporzionalità di una tale scelta, avuto riguardo alle ragioni di interesse generale sottese al settore di riferimento; interessi generali che nel caso del patrimonio culturale ed ambientale italiano appaiono del tutto auto-evidenti.

La professione di guida turistica è stata profondamente riqualificata per effetto della riforma, che ha elevato i requisiti culturali per l'accesso richiedendo la laurea e segnando così una tangibile evoluzione non solo rispetto alla semplicità ed all'improvvisazione che improntavano alle origini questo «mestiere girovago», ma anche rispetto alla situazione preesistente, ove sulla maggior parte del territorio nazionale era sufficiente il possesso di un diploma di istruzione superiore. Sebbene l'elevazione del requisito di accesso appaia giustificabile alla luce delle caratteristiche

[46] Del resto, il reato di cui all'art. 348 cod. pen. è una norma penale c.d. in bianco, in quanto presuppone l'esistenza di altre norme volte a determinare le professioni per le quali è richiesta la speciale abilitazione dello Stato e l'iscrizione in un apposito albo, sì che essa si saldando con dette norme dando tassatività e determinatezza alla fattispecie (cfr. Cass. pen., sez. II, 3 aprile 2017 n. 16566, in *Riv. pen.*, 2018, 2, 157).

ISSN 2036-7821

di ineguagliabile complessità e ricchezza del patrimonio culturale e ambientale italiano, che le guide hanno il compito illustrare ai turisti, essa potrebbe rivelarsi particolarmente restrittivo della platea di soggetti che possono accedere alla professione, finendo così per erigere una barriera all'accesso che potrebbe rivelarsi non in linea con le consolidate indicazioni rivenienti dal diritto euro-unitario.

Anche per quanto riguarda le specializzazioni, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale dei citati d.m. 7 aprile 2015 e 11 dicembre 2015, l'art. 7, l. n. 190 cit., reintroduce una forma di valorizzazione delle diversità e delle specificità del patrimonio culturale italiano, demandando alla sede regolamentare la disciplina delle specializzazioni. In tal modo, si conferma la convinzione di un'inadeguatezza di fondo dell'autorizzazione ordinaria allo svolgimento dell'attività di guida nelle ipotesi in cui, per l'espletamento del servizio, sia indispensabile una conoscenza particolarmente approfondita del contesto in cui uno o più determinati beni culturali si inseriscono. Non è possibile nella presente sede svolgere particolari riflessioni su temi che saranno oggetto di una disciplina di dettaglio di fonte secondaria, nondimeno la corrispondenza istituita dagli artt. 5, comma 3 e 7, comma 2, l. n. 190 cit. tra specializzazioni e sezioni dell'elenco nazionale solleva la questione dell'efficacia dell'iscrizione del singolo professionista in tali sezioni, iscrizione che non dovrebbe avere un significato ulteriormente abilitante che, come tale, impedirebbe a chi ne sia privo di esercitare la professione nel peculiare contesto cui la specializzazione accede. Infatti, in disparte il fatto che la l. n. 190 cit. non prevede espressamente un simile effetto, una diversa conclusione avrebbe come conseguenza il ripristino della frammentazione su base territoriale o settoriale del mercato dei servizi di guida turistica. Si finirebbe, cioè, per reintrodurre in modo surrettizio la principale criticità cui la l. n. 190 cit. ha inteso mettere rimedio. Altra questione, come detto, riguarda la possibilità per una fonte regolamentare di limitare il diritto riconosciuto dalla legge a svolgere la professione *de qua* sulla base del titolo abilitativo ottenuto per il mancato adempimento dell'obbligo di formazione permanente, in assenza di una miglior definizione per legge della soglia gravità dell'inadempimento.

Altri specifici profili della l. n. 190 cit. meritevoli di attenzione, perché potrebbero sollevare dubbi di compatibilità con il diritto euro-unitario, sono, in primo luogo, la durata rigida e non adattabile alla specifica posizione del singolo del tirocinio di adattamento, che è previsto quale misura compensativa alternativa a scelta del professionista straniero che intenda stabilirsi in Italia. Inoltre, anche per quanto concerne i requisiti di conoscenza delle lingue straniere – competenza che è sempre stata richiesta sin dal r.d. n. 62 cit. e che è insopprimibile, ove si consideri che la guida turistica è chiamata a illustrare a soggetti che molto spesso sono stranieri le caratteristiche del patrimonio storico, artistico, archeologico, culturale e ambientale

ISSN 2036-7821

italiano – la limitazione degli enti certificatori ai soli soggetti individuati dal Ministero dell'istruzione e del merito potrebbe rivelarsi una restrizione all'accesso difficilmente giustificabile in un'ottica pro-concorrenziale. Infine, la previsione di un obbligo generalizzato di copertura assicurativa, sebbene meritorio e non del tutto estraneo al precedente quadro giuridico di riferimento, appare di dubbia compatibilità con i limiti derivanti dall'art. 23, comma 1, dir. n. 2006/123/CE, non essendo immediatamente ravvisabili nell'attività di guida turistica rischi diretti o particolari per la salute o sicurezza delle persone o per la sicurezza finanziaria dei destinatari dei servizi.

In definitiva, la l. n. 190 cit. ha operato nel settore del turismo un'importante innovazione che potrebbe anche costituire un modello per la razionalizzazione della disciplina di altre professioni turistiche, sempre nel rispetto dei vincoli derivanti alla legislazione statale dall'assetto costituzionale delle competenze in materia di professioni o dagli statuti di autonomia speciale di talune Regioni e, soprattutto, di quelli posti dalle fonti dell'Unione europea.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Interventi sugli edifici secondo la nuova "Legge Salva Casa"

di Roberto Dante Cogliandro

(Notaio)

Sommario

1. La nuova "Legge Salva Casa". 2. Documentazione amministrativa e stato legittimo degli immobili (art. 9 bis). 3. Tolleranze costruttive ed esecutive- Art. 34 bis Dpr 380/2001 (come modificato da art. 1, comma 1, lett. f) D.L. n. 69/2024). 4. Alienazione immobili abusivi – Art. 31 Dpr 380/2001 (come modificato da art. 1, comma 1, lett. d) D.L. n. 69/2024). 5. Art. 34 ter Dpr 380/2001 (come inserito da art. 1, comma 1, lett. f-bis) D.L. n. 69/2024). 6. Conclusioni.

Abstract

The "Salva Casa Law" (law 105/2024 converting decree-law 69/2024) is a law recently approved by the Senate of the Italian Republic that introduces several significant changes in the building and urban planning sector.

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

ISSN 2036-7821

1. La nuova "Legge Salva Casa".

La "Legge Salva Casa" (legge 105/2024 di conversione del decreto-legge 69/2024) è una normativa recentemente approvata dal Senato della Repubblica Italiana che introduce diverse modifiche significative in materia edilizia e urbanistica e, in particolare:

1. **Semplificazioni edilizie**: Il decreto prevede una semplificazione delle pratiche edilizie, inclusa la possibilità di realizzare opere di protezione dal sole e dagli agenti atmosferici, come tende e pergolati, in regime di edilizia libera, ovvero senza necessità di permesso di costruire, purché rispettino alcune condizioni specifiche.
2. **Cambio di destinazione d'uso**: La normativa consente un cambio di destinazione d'uso degli immobili senza obbligo di reperire standard per i servizi pubblici o dotazione minima di parcheggi. Questo significa che si possono trasformare gli usi degli edifici, come da residenziale a commerciale, senza necessità di ulteriori autorizzazioni, semplificando così i processi e aumentando la flessibilità urbanistica.
3. **Sanatorie edilizie**: Viene introdotta una sanatoria ampliata che permette di regolarizzare non solo le difformità parziali, ma anche le variazioni essenziali. Le tolleranze costruttive sono aumentate, consentendo una maggiore flessibilità nelle dimensioni degli edifici rispetto ai titoli abilitativi originali. La sanatoria prevede il pagamento di una sanzione proporzionale all'aumento del valore venale dell'immobile, utilizzabile anche per progetti di rigenerazione urbana.
4. **Stato legittimo degli immobili**: Le modifiche al Testo Unico dell'Edilizia consentono di dimostrare lo stato legittimo di un immobile attraverso titoli successivi o a seguito di procedimenti di accertamento di conformità in sanatoria. Questo rende più facile regolarizzare gli edifici e risolvere problemi legati a difformità storiche.
5. **Sblocco delle opere incompiute**: Un emendamento permette ai Comuni di utilizzare le somme derivanti dalla regolarizzazione delle difformità urbanistiche per completare o demolire opere pubbliche incompiute. Questo dovrebbe aiutare a risolvere il problema delle tante opere pubbliche lasciate a metà in diverse città italiane.

La legge in parola aggiorna il dPR 380/2001 introducendo nuove modalità per sanare interventi strutturali difformi e il presente articolo si pone l'obiettivo di analizzare l'iter procedurale corrispondente al titolo abilitativo, le criticità normative, soffermandosi sul ruolo e rischi del tecnico asseveratore, chiamato ad intervenire in

ISSN 2036-7821

caso di difformità "sanabile".

Vengono previste misure di "sanatoria" relative agli interventi difformi rispetto al titolo o svolti in assenza di esse.

A livello strutturale, il termine sanatoria non è propriamente esatto, ma dall'analisi del testo di legge vi è un iter procedurale che interessa il tecnico asseveratore, i tempi e le modalità di accertamento.

Un ruolo indispensabile nell'individuazione degli interventi è svolto dalla Regione.

Nel trattare la tematica degli edifici esistenti è opportuno evidenziare l'esigenza di un'analisi storico critica che tenga conto della normativa dell'epoca. Nel caso degli edifici esistenti, si può far riferimento alle seguenti norme:

- 1939 – *Regio Decreto-legge n. 2228 e n. 2229 del 16 Novembre 1939* (G.U. n. 92 del 18/04/1940)
- 1971 – *Legge n. 1086 del 5 Novembre 1971* (G.U. n. 321 del 21/12/1971) "Norme per la disciplina delle opere di conglomerato cementizio armato, normale e precompresso, ed a struttura metallica".
- 1974 – *Legge n. 64 del 2 Febbraio 1974* (G.U. n. 76 del 21/03/1974) "Provvedimenti per le costruzioni con particolari prescrizioni per le zone sismiche".
- 1992 – *Decreto Ministeriale del 14 Febbraio 1992* (G.U. n.65 del 18/03/1992) "Norme tecniche per le opere in c.a. normale e precompresso e per le strutture metalliche", questo decreto è stato emesso a seguito delle indicazioni contenute nella Legge n. 1086 del 5 Novembre 1971.
- 1996 – *Decreto Ministeriale del 9 Gennaio 1996.* (G.U. n.29 del 5/02/1996) "Norme tecniche per il calcolo, l'esecuzione ed il collaudo delle strutture in c.a. normale e precompresso e per le strutture metalliche", che sostituisce il decreto precedente, per quanto concerne le verifiche con il metodo degli stati limite, consentendo tra l'altro l'uso degli Eurocodici 2 e 3.

La necessità del richiamo all'excursus storico-normativo nasce dalla circostanza che nell'aggiornamento del d.P.R. 380/2001 alla luce della legge 105/2024 di conversione del decreto-legge 69/2024,l'accertamento di conformità strutturale avviene secondo la norma dell'epoca di realizzazione dell'intervento, prevendosi la modifica dei tempi di acquisizione degli atti di assenso, integrazione e diniego.

Utile si rivela anche individuare gli attori principali a seguito dell'aggiornamento:

In primo luogo, la Regione, che ha il compito di stabilire l'iter procedurale in funzione della tipologia di intervento; determinare la qualificazione dell'intervento (Intervento / costruzione usuale, Intervento di maggiore rilevanza, di minore

ISSN 2036-7821

rilevanza o privo di rilevanza); Determinare le variazioni essenziali secondo quanto previsto dall'art. 32 della legge in esame[1].

In secondo luogo, lo Sportello Unico dell'Edilizia (SUE), ente preposto alla ricezione della pratica, nel caso di deposito strutturale che, a seconda della Regione, può corrispondere al Comune e/o alla Città Metropolitana (art. 5).

Viene poi in rilievo il ruolo del Tecnico "asseveratore", colui che attesta la data di realizzazione dell'intervento in parziale difformità con propria dichiarazione e sotto propria responsabilità. In caso di dichiarazione falsa o mendace si applicano le sanzioni penali (art. 34-ter Casi particolari di interventi eseguiti in parziale difformità del titolo).

Infine, il Committente / Responsabile dell'abuso /proprietario o avente titolo.

La legge interviene anche sui titoli abilitativi (edilizia libera, permesso di costruire, segnalazione certificata di inizio attività).

La principale novità è quella di aver ulteriormente ampliato la possibilità di effettuare le chiusure con VEPA[2], tipologia di intervento già resa possibile senza necessità di titolo edilizio dal D.L. n. 115/2022, che ha modificato l'art. 6 del Dpr 380/2001. E' stata introdotta, tuttavia, una specifica limitazione per quanto riguarda i porticati, che, seppur di proprietà privata risultino gravati, in tutto o in parte, da diritti di uso pubblico o siano collocati nei fronti esterni dell'edificio prospicienti aree pubbliche. In queste situazioni non sarà, quindi, possibile agire senza permessi e autorizzazioni.

Ammessa, in regime di edilizia libera, l'installazione di tende, tende da sole, tende da esterno, tende a pergola, anche bioclimatiche, con telo retrattile, anche impermeabile, ovvero di opere caratterizzate da elementi di protezione solare mobili o regolabili, a

[1] Art.32 - Determinazione delle variazioni essenziali
> Mutamento destinazione d'uso
> Aumento cubatura
> Aumento superficie solaio
> Parametri urbanistico-edilizi
> Mutamento intervento assentito
> Violazione norme edilizia-antisismica (se non attiene fatti procedurali)

[2] Si ricorda che le opere di chiusura con le VEPA sono soggette ad una serie di prescrizioni riportate dal medesimo art. 6, comma 1, lett. b-bis) del Dpr 380/2001. Esse devono infatti: essere amovibili e totalmente trasparenti; assolvere funzioni temporanee di protezione dagli agenti atmosferici, di miglioramento delle prestazioni acustiche ed energetiche, di riduzione delle dispersioni termiche, di parziale impermeabilizzazione dalle acque meteoriche; non dare vita a spazi stabilmente chiusi con conseguente variazione di volumi e di superfici che possano generare nuova volumetria; non comportare il mutamento della destinazione d'uso dell'immobile anche da superficie accessoria a superficie utile; favorire una naturale micro-aerazione dei vani interni domestici; avere caratteristiche tecnico-costruttive e profilo estetico tali da ridurre al minimo l'impatto visivo e l'ingombro apparente e da non modificare le preesistenti linee architettoniche.

ISSN 2036-7821

condizione che[3]:

- siano addossate o annesse agli immobili o alle unità immobiliari anche con strutture fisse necessarie al sostegno e all'estensione dell'opera;

- non determinano la creazione di uno spazio stabilmente chiuso con conseguente variazione di volumi e superfici;

- abbiano caratteristiche tecnico-costruttive e profilo estetico tali da ridurre al minimo l'impatto visivo e l'ingombro apparente;

- siano in armonia con le preesistenti linee architettoniche.

Con riguardo al Permesso di Costruire si disciplinano gli Interventi di nuova costruzione, gli Interventi di ristrutturazione urbanistica e gli Interventi di ristrutturazione edilizia (Adeguamento, Miglioramento, Intervento locale), riconoscendo alle Regioni il compito di stabilire con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a segnalazione certificata di inizio attività.

All'articolo 23ter, poi, si disciplina la SCIA per il cambio di destinazione d'uso (Residenziale, Turistica-ricettiva, Produttiva e direzionale, Commerciale), prevedendo che salva diversa previsione da parte delle leggi regionali e degli strumenti urbanistici comunali, il mutamento della destinazione d'uso di un intero immobile all'interno della stessa categoria funzionale è consentito subordinatamente al rilascio dei titoli di cui al comma 1-*quinquies*.

Pertanto, si prevede che le Regioni adeguino la propria legislazione ai princìpi della disciplina, che trovano in ogni caso applicazione diretta, fatta salva la possibilità per le Regioni medesime di prevedere livelli ulteriori di semplificazione. Come è noto, sono molte le Regioni che hanno previsto una specifica disciplina sui cambi di destinazione d'uso. Per le Regioni già dotate di specifica legge regionale si ritiene che

[3] Occorre precisare che, come per gli interventi ammessi al regime di edilizia libera, anche per le VEPA e le opere di protezione deal sole e dagli agenti atmosferici, è necessario rispettare in ogni caso: ~ le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali, ~ le normative di settore tra cui, in particolare, le norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, quelle relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico; ~ le previsioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Per quanto riguarda la normativa sui vincoli paesaggistici si ritiene che l'installazione delle vetrate panoramiche potrebbe rientrare anche nell'Allegato B, punto B.3 del Dpr 31/2017 relativo agli "interventi sui prospetti (…) comportanti alterazione dell'aspetto esteriore degli edifici mediante modifica delle caratteristiche architettoniche, morfo-tipologiche, dei materiali o delle finiture esistenti" tra cui "modifica delle facciate mediante realizzazione o riconfigurazione di aperture esterne; (…)realizzazione, modifica o chiusura di balconi o terrazze (…)" e quindi essere soggetta ad autorizzazione paesaggistica semplificata. L'installazione delle tende da sole e delle altre similari tipologie descritte dal nuovo comma b-ter) potrebbe, invece, rientrare nella voce A.22 che esenta l'installazione di tende parasole su terrazze, prospetti o in spazi pertinenziali ad uso privato. Infine, per entrambe le due nuove tipologie (VEPA porticati e Opere di protezione dagli agenti atmosferici) dovrà, inoltre, essere verificata la presenza di specifiche disposizioni nell'ambito del regolamento condominiale.

ISSN 2036-7821

le norme previste a livello statale siano applicabili direttamente fatti salvi i casi in cui la medesima normativa regionale preveda maggiori semplificazioni. Per queste situazioni si ritiene che a livello regionale sarà comunque necessario operare una ricognizione e nel caso, in attesa di uno specifico atto di adeguamento legislativo, le 13 Regioni potrebbero dare specifiche indicazioni sul rapporto delle nuove norme statali con le disposizioni già presenti nella propria realtà regionale con delle specifiche circolari. Resta ferma, come espressamente previsto, la possibilità di mantenere o prevedere le sole disposizioni che rispetto alle nuove norme statali dispongano ulteriori livelli di semplificazioni[4].

2. Documentazione amministrativa e stato legittimo degli immobili (art. 9 bis).

Il Decreto interviene a modificare l'art.9-bis, comma 1-bis, del DPR n. 380/2001 che riguarda la documentazione amministrativa ritenuta indispensabile per attestare lo stato legittimo degli immobili o delle unità immobiliari (ossia la loro conformità ai fini della commerciabilità o per l'esecuzione di interventi edilizi).

Già prima delle modifiche la norma comprendeva l'elencazione di una serie "titoli amministrativi" relativi alla costruzione e alle successive vicende trasformative degli immobili che, anche in sommatoria tra loro, erano ritenuti probanti ai fini dello "stato legittimo".

Una delle principali novità introdotte è la possibilità di poter dimostrare lo stato legittimo anche mediante esclusivamente l'ultimo titolo edilizio, rilasciato (con ciò intendendosi il permesso di costruire/concessione edilizia) o assentito (es. una SCIA, DIA – da valutare se ci potranno rientrare anche alcuni casi di CILA), purché siano soddisfatte due condizioni:

- i lavori oggetto del titolo devono aver interessato l'intero immobile o l'intera unità immobiliare. Come specificato dalla norma si ritiene che debba trattarsi di lavori non parziali ma che abbiano interessato l'intero immobile o unità immobiliare;
- il Comune, in sede di rilascio dello stesso, abbia verificato la legittimità dei titoli pregressi.

Tale specificazione sembrerebbe limitare la portata innovativa della norma in quanto subordina l'utilizzabilità dell'ultimo titolo non solo all'esistenza di precedenti titoli ma alla a verifica della loro legittimità. La norma sembra, inoltre, far ricadere l'onere

[4] Si ricorda che, come già indicato sopra, con riferimento ai piani terra e seminterrati sono le Regioni che dovranno dare delle specifiche indicazioni se non già previste a livello regionale. La norma, inoltre, non opera nessuna distinzione tra Regioni a Statuto ordinario e Regioni a Statuto speciale. Ne consegue che anche per le Regioni a Statuto speciale valgono le stesse regole.

ISSN 2036-7821

di verifica in capo alla p.a., anche se non è chiaro sul punto. Nel silenzio della norma e in osservanza della finalità di semplificazione sembrerebbe possibile che tale verifica si potrebbe in alcuni casi desumere direttamente dalla modulistica con cui è stato presentato l'ultimo titolo nella parte in cui vengono richiamati gli altri titoli pregressi.

Infatti, nei modelli di modulistica unificata, come approvati dal 2015/2017, e recepiti a livello regionale, è presente una sezione dedicata appositamente all'elencazione dei "precedenti edilizi ". Inoltre, si evidenzia che la formula utilizzata che fa riferimento al solo "rilascio" parrebbe sollevare il dubbio che tale verifica possa essere stata effettivamente svolta solo nell'ambito di rilascio di un permesso di costruire, ma ciò ridurrebbe ulteriormente la portata innovativa della modifica normativa.

Resta ferma la possibilità, già prevista dalla norma, di poter fornire una ulteriore documentazione di supporto riportando tutti gli eventuali titoli edilizi seppur relativi ad interventi parziali sull'immobile/unità immobiliare.

Grazie alla modifica normativa sono, poi, state ricomprese tra le modalità per attestare lo stato legittimo le seguenti fattispecie:

- l'avvenuta regolarizzazione delle varianti ante '77 con pagamento della relativa oblazione (nuovo art. 34ter);

- i titoli rilasciati a seguito dei procedimenti per l'accertamento di conformità in sanatoria di cui agli articoli 36 e nuovo 36bis (previo pagamento delle sanzioni/oblazioni);

- il pagamento della sanzione pecuniaria dovuta a seguito di annullamento del permesso di costruire (che, come indicato all'articolo 38 comma 2 produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria);

- il pagamento delle sanzioni previste per:

▪ gli interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità (articolo 33 del TUE);

▪ gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire (articolo 34 del TUE);

▪ gli interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità (articolo 37 del TUE);

È stata specificata, inoltre, anche la possibilità di attribuire valore probante alle dichiarazioni sulle tolleranze rese dal tecnico ai sensi dell'articolo 34bis.

Nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non siano disponibili gli estremi o, come già previsto prima delle modifiche, la copia dello stesso, lo stato legittimo può essere ricavato dalle informazioni catastali di

ISSN 2036-7821

primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali.

Anche in tal caso si introduce una importante semplificazione in quanto in situazioni in cui si debba attestare la legittimità di un edificio, ma non si disponga del titolo abilitativo completo o dei relativi estremi identificativi (e nemmeno di una copia) è comunque possibile dimostrare lo stato legittimo attraverso altre fonti documentali (le stesse che si possono utilizzare nelle ipotesi di immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio).

Infine, è stata semplificata la verifica dello stato legittimo per gli interventi da eseguire su edifici condominiali o su singole unità immobiliari operando una distinzione tra stato legittimo delle parti comuni e quello delle singole unità immobiliari. In particolare, è specificato che ai fini della dimostrazione dello stato legittimo:

• qualora riguardante le singole unità immobiliari non rilevano le difformità insistenti sulle parti comuni dell'edificio. Per parti comuni dell'edificio devono intendersi quelle indicate, seppure a titolo esemplificativo e non esaustivo dall'art. 1117 del codice civile (le fondazioni, i muri maestri, i pilastri e le travi portanti, i tetti e i lastrici solari, le scale, i portoni di ingresso, ecc..).

Ad esempio, nel caso si voglia effettuare un intervento su una unità immobiliare facente parte di un condominio non saranno di ostacolo le eventuali difformità (a prescindere che le stesse possano rientrare o meno nelle tolleranze o in uno dei nuovi regimi di regolarizzazione delle stesse) presenti, ad esempio, sulle coperture o sul prospetto.

• qualora riguardante l'edificio non rilevano le difformità insistenti sulle singole unità immobiliari dello stesso. In tal caso per interventi che interessino ad esempio le strutture del fabbricato, le coperture, la facciata sarà sufficiente dimostrare lo stato legittimo per le sole parti comuni. Non rileveranno pertanto le eventuali irregolarità.

3. Tolleranze costruttive ed esecutive- Art. 34 bis Dpr 380/2001 (come modificato da art. 1, comma 1, lett. f) D.L. n. 69/2024).

Il Decreto c.d. Salva Casa introduce il comma 1-bis dell'34 bis Dpr 380/2001 il quale prevede per gli interventi realizzati entro il 24 maggio 2024 una riparametrazione dell'attuale tolleranza costruttiva in funzione della superficie utile dell'unità immobiliare.

ISSN 2036-7821

Si evidenzia in ogni caso che resta ferma la tolleranza del 2% già prevista, che rimane quindi a regime e non soggetta al limite temporale.

Per la determinazione della superficie utile si dovrà far riferimento alla sola superficie prevista dal titolo edilizio che ha abilitativo l'intervento escludendo gli eventuali frazionamenti dell'immobile o dell'unità immobiliare eseguiti nel corso del tempo.

A fronte di tale riparametrazione, lo scostamento dai parametri (altezza, distacchi, cubatura, superficie coperta, ecc..) non è considerato violazione edilizia se contenuto entro i limiti indicati nella seguente tabella[5]:

SUPERFICIE UTILE	TOLLERANZA
superiore a 500 mq	2%
tra i 300 e 500 mq	3%
tra i 100 e i 300 mq	4%
inferiore a 100 mq	5%
inferiore a 60mq	6%

Qualora tali tolleranze costruttive siano realizzate su immobili soggetti a vincolo paesaggistico l'art. 3, comma 1, del decreto-legge in esame prevede l'esclusione dell'autorizzazione paesaggistica.

Tale previsione nasce dall'esigenza di allineare il regime delle tolleranze costruttive previsto dall'art. 34 bis Dpr 380/2001 a quello previsto Dpr 31/2017 (Allegato A., punto A. 31) che già include tra gli interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica "le opere ed interventi edilizi eseguiti in variante a progetti autorizzati ai fini paesaggistici che non eccedano il due per cento delle misure progettuali quanto ad altezza, distacchi, cubatura, superficie coperta o traslazioni dell'area di sedime".

Tolleranze misure minime

Il Decreto in sede di conversione ha inserito una disposizione che prevede che gli scostamenti previsti dal comma 1 – e quindi dalle tolleranze del 2% a regime –

[5] Rientreranno ad esempio tra le tolleranze costruttive, in base alla percentuale parametrata in relazione alla superficie utile dell'unità immobiliare, una camera più grande o più piccola rispetto a quanto previsto dal titolo abilitativo. Ad esempio, in un appartamento di 90 mq, rientrerà tra le tolleranze una cameretta più grande o più piccola di un massimo di 4,5mq (5% per ui sotto i 100mq).

ISSN 2036-7821

rispetto alle misure progettuali valgono anche per le misure minime individuate dalle disposizioni in materia di distanze (es. DM 2 aprile 1968, n. 1444/1968) e di requisiti igienico-sanitari (DM 5 luglio 1975).

Al riguardo, si evidenzia che la norma richiama "gli scostamenti di cui al comma 1" e, pertanto, la possibilità della deroga sembrerebbe riferirsi alla sola tolleranza a regime del 2%[6].

Tolleranze geometriche

Sempre per gli interventi realizzati entro il 24 maggio 2024, il Decreto introduce il nuovo comma 2 bis dell'art. 34 bis Dpr 380/2001 il quale disciplina alcune casistiche rientranti nelle tolleranze esecutive (c.d. geometriche o di cantiere). In particolare, sono considerate tolleranze:

- il minore dimensionamento dell'edificio;

- la mancata realizzazione di elementi architettonici non strutturali;

- le irregolarità esecutive di muri esterni ed interni;

- la difforme ubicazione delle aperture interne;

- la difforme esecuzione di opere rientranti nella nozione di manutenzione ordinaria; - gli errori progettuali corretti in cantiere; - gli errori materiali di rappresentazione progettuale delle opere[7].

Tolleranze zone sismiche

Per le unità immobiliari situate nelle zone sismiche (escluse quelle a bassa sismicità),

[6] Sul tema, si ricorda che la Corte costituzionale con la sentenza 9 marzo 2020, n. 43 ha affermato che il legislatore con la disciplina delle tolleranze "include anche l'evenienza che queste ultime coincidano con le misure legali minime". Di conseguenza tutti gli scostamenti previsti nella normativa delle tolleranze valgono anche "per le misure minime individuate dalle disposizioni in materia di distanze e di requisiti igienico-sanitari". Peraltro, la Regione Emilia-Romagna già con la Circolare del 27 dicembre 2011, aveva chiarito espressamente che: - in merito all'ammissibilità delle tolleranze rispetto alle misure minime sulla distanza tra edifici previste dal DM 1444/1968 la costruzione realizzata ad una distanza inferiore a quella prevista e progettata (es. la distanza effettiva è inferiore a 10 metri tra edifici con pareti finestrate), entro i limiti delle tolleranze, non determina violazione edilizia; - il divario in più o in meno, entro i limiti delle tolleranze, della misura dell'altezza (tra cui quella minima dei locali abitativi stabilita dal DM 5 luglio 1975) non dà origine a violazione edilizia.

[7] Si evidenzia che alcune di tali casistiche sono già previste a regime da alcune realtà regionali, tra cui l'Emilia-Romagna (Lr 23/2004 e Circolare n. 410371 del 05/06/2018), il Piemonte (Lr 19/1999) e l'Umbria (Lr 1/2015).
Si sottolinea, inoltre, che a fronte del richiamo alle condizioni previste dal comma 2, si potranno annoverare tra le tolleranze geometriche solo quelle che non comportino violazione della disciplina urbanistica ed edilizia e non pregiudichino l'agibilità dell'immobile. Inoltre, si specifica che, come per il comma 2, anche le nuove tolleranze geometriche non potranno riguardare immobili soggetti a tutela ai sensi del D.lgs. 42/2004.

ISSN 2036-7821

il tecnico deve attestare che gli interventi rispettano le prescrizioni della sezione I del Capo IV della Parte II del Dpr 380/2001, ovvero delle Norme tecniche per le costruzioni. È stato specificato che tale attestazione è riferita alle Norme tecniche vigenti al momento della realizzazione dell'intervento.

La stessa attestazione, corredata dalla documentazione tecnica sull'intervento, deve essere trasmessa allo sportello unico per ottenere l'autorizzazione dell'ufficio tecnico regionale. Si evidenzia che il decreto, come convertito in legge, introduce il rimando all'articolo 36-bis, comma 2, del Dpr 380/2001. Ne discende che l'autorizzazione in zona sismica potrebbe essere subordinata alla eventuale realizzazione degli interventi, anche strutturali, necessari per assicurare l'osservanza della normativa tecnica di settore.

Per gli interventi considerati di minore rilevanza o privi di rilevanza, secondo l'articolo 94-bis, comma 1, del Dpr 380/2001, la documentazione è trasmessa non per ottenere l'autorizzazione, bensì per l'esercizio delle modalità di controllo da parte della regione.

Una volta ottenuta l'autorizzazione, oppure decorso il termine del procedimento per i controlli regionali in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di esito negativo dei controlli stessi, il tecnico può effettuare la dichiarazione sulle tolleranze costruttive.

Il Decreto, infine, introduce un nuovo comma 3-ter in base al quale viene specificato che l'applicazione della disciplina delle tolleranze non può comportare limitazioni dei diritti dei terzi. Si valuta positivamente l'eliminazione, in sede di conversione, della previsione per cui il tecnico abilitato doveva verificare la sussistenza di possibili limitazioni dei diritti dei terzi ed eventualmente indicare le attività necessarie per eliminarle o presentare, se necessari, i relativi titoli edilizi.

3. Alienazione immobili abusivi – Art. 31 Dpr 380/2001 (come modificato da art. 1, comma 1, lett. d) D.L. n. 69/2024).

La norma prevede:

• che i Comuni, con atto motivato e in presenza di serie e comprovate esigenze di salute dei soggetti residenti nell'immobile o di assoluto bisogno o di gravi situazioni di disagio socio economico, possono prorogare da 90 giorni a ad un massimo di 240 giorni il termine per la rimozione delle opere abusive da parte del responsabile dell'abuso o del proprietario;

• una nuova procedura che consente ai Comuni la rimozione delle opere abusive (ossia quelle realizzate in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali) e la successiva valorizzazione del bene o del sedime acquisito al

ISSN 2036-7821

patrimonio del comune attraverso la sua alienazione. In particolare, si prevede che se non ci sono contrasti con interessi urbanistici, culturali, paesaggistici, ambientali o idrogeologici rilevanti, il Comune, previa acquisizione degli assensi, concerti e nulla osta comunque denominati delle amministrazioni competenti, può procedere all'alienazione del bene e della relativa area, subordinando la validità del relativo contratto alla rimozione delle opere abusive da parte dell'acquirente.

Al riguardo viene specificato che: è preclusa la partecipazione del responsabile dell'abuso alla procedura di alienazione; il valore venale dell'immobile è determinato dall'agenzia del territorio tenendo conto dei costi per la rimozione delle opere abusive.

Con riferimento poi alle sanzioni, viene prevista la destinazione di una parte dei proventi derivanti dalle sanzioni- Art. 1, comma 2, DL 69/2024 e, in particolare, si introduce una specifica norma riguardante la destinazione di alcune entrate derivanti dall'applicazione del regime sanzionatorio che si aggiunge ad altre analoghe previsioni già previste.

In particolare, si prevede che le entrate derivanti da:

• alienazione di beni immobili abusivi;

• regolarizzazione varianti ante '77;

• somme corrisposte a titolo di oblazione nell'ambito del procedimento di accertamento di conformità in sanatoria per parziali difformità e variazioni essenziali, di cui al nuovo articolo 36-bis;

dovranno essere destinate da parte dei Comuni, in misura pari ad un terzo per:

• la demolizione delle opere abusive presenti sul territorio comunale, fatta salva la ripetizione delle spese nei confronti del responsabile.

• il completamento o la demolizione delle opere pubbliche comunali incompiute;

• la realizzazione di opere e interventi di rigenerazione urbana anche finalizzati all'incremento dell'offerta abitativa, riqualificazione di aree urbane degradate, recupero e valorizzazione di immobili e spazi urbani dismessi o in via di dismissione.

• iniziative economiche, sociali, culturali o di recupero ambientale.

Il consolidamento di immobili per la prevenzione del rischio idrogeologico.

4. Art. 34 ter Dpr 380/2001 (come inserito da art. 1, comma 1, lett. f-bis) D.L. n. 69/2024).

Il Decreto c.d. Salva Casa, ha inserito nel Dpr 380/2001 l'art. 34 ter "Casi particolari di

ISSN 2036-7821

interventi eseguiti in parziale difformità dal titolo"[8].

Tale norma consente la regolarizzazione delle difformità edilizie realizzate durante l'esecuzione di titoli rilasciati prima della data di entrata in vigore della Legge 10/1977 prevedendo casi in cui rientrano tra le tolleranze costruttive e casi in cui occorre una SCIA e il pagamento sanzione.

Anteriormente al 1977 non era disciplinata l'ipotesi della parziale difformità e il progettista incaricato utilizzava tecniche di rappresentazione grafica manuale, spesso approssimative, compresa la sintesi tra le componenti del progetto limitandosi ad esempio ad indicare un "piano tipo" da considerare valido anche per gli altri livelli previsti. Anche le misurazioni non erano caratterizzate dall'estrema precisione che le tecnologie informatiche e strumentali odierne consentono; -

Dal canto suo, il tecnico comunale incaricato del sopralluogo per il rilascio dell'agibilità riportava

graficamente le eventuali difformità direttamente sul progetto depositato in Comune (e le disegnava a mano) ritenendole non rilevanti rispetto ai requisiti edilizi ed igienico sanitari al tempo vigenti.

Prima dell'entrata in vigore delle nuove norme, tali difformità, spesso di minor rilevanza, non erano sanabili secondo le precedenti regole e, pertanto, impedivano di poter eseguire gli interventi edilizi necessari dato che il presupposto per qualsiasi intervento edilizio era la rappresentazione dello "stato legittimo" dell'edificio.

[8] Art. 34 ter 1. Gli interventi realizzati come varianti in corso d'opera che costituiscono parziale difformità dal titolo rilasciato prima della data di entrata in vigore della legge 28 gennaio 1977, n. 10, e 17 che non sono riconducibili ai casi di cui all'articolo 34-bis possono essere regolarizzati con le modalità di cui ai commi 2 e 3, sentite le amministrazioni competenti secondo la normativa di settore. 2. L'epoca di realizzazione delle varianti di cui al comma 1 è provata mediante la documentazione di cui all'articolo 9-bis, comma 1-bis, quarto e quinto periodo. Nei casi in cui sia impossibile accertare l'epoca di realizzazione della variante mediante la documentazione indicata nel primo periodo, il tecnico incaricato attesta la data di realizzazione con propria dichiarazione e sotto la propria responsabilità. In caso di dichiarazione falsa o mendace si applicano le sanzioni penali, comprese quelle previste dal capo VI del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. 3. Nei casi di cui al comma 1, il responsabile dell'abuso o il proprietario dell'immobile possono regolarizzare l'intervento mediante presentazione di una segnalazione certificata di inizio attività e il pagamento, a titolo di oblazione, di una somma determinata ai sensi dell'articolo 36-bis, comma 5. L'amministrazione competente adotta i provvedimenti di cui all'articolo 19, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241, anche nel caso in cui accerti l'interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione delle opere. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 36 bis, commi 4 e 6. Per gli interventi di cui al comma 1 eseguiti in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica resta fermo quanto previsto dall'articolo 36-bis, comma 5 bis. 4. Le parziali difformità, realizzate durante l'esecuzione dei lavori oggetto di un titolo abilitativo, accertate all'esito di sopralluogo o ispezione dai funzionari incaricati di effettuare verifiche di conformità edilizia, rispetto alle quali non sia seguìto un ordine di demolizione o di riduzione in pristino e sia stata rilasciata la certificazione di abitabilità o di agibilità nelle forme previste dalla legge, non annullabile ai sensi dell'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, sono soggette, in deroga a quanto previsto dall'articolo 34, alla disciplina delle tolleranze costruttive di cui all'articolo 34-bis.

ISSN 2036-7821

La finalità delle nuove disposizioni è quella di dare risposta a quelle difformità che, in considerazione delle loro caratteristiche e del tempo trascorso, richiedono una valutazione differente rispetto alle altre regole ordinarie.

Si prevede, infatti, la necessità di provare l'epoca di realizzazione delle varianti tramite la documentazione disposta per la dimostrazione dello stato legittimo (art. 9 bis Dpr 380/2001) oppure, in caso di impossibilità, mediante una dichiarazione del tecnico incaricato resa sotto la propria responsabilità;

In caso di varianti eseguite in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica si applica quanto previsto per l'accertamento di conformità per le parziali difformità e le variazioni essenziali (art. 36 bis comma 4)[9], con conseguente necessità di un

[9] Art. 36 (L) – Accertamento di conformità nelle ipotesi di assenza di titolo o totale difformità 1. In caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire o in totale difformità nelle ipotesi di cui all'articolo 31 ovvero in assenza di segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 23, comma 01, o in totale difformità da essa, fino alla scadenza dei termini di cui agli articoli 31, comma 3, 33, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda. 2. Il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato al pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella prevista dall'articolo 16. 3. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con adeguata motivazione, entro sessanta giorni decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata.

Art. 36-bis (L) – Accertamento di conformità nelle ipotesi di parziali difformità e di variazioni essenziali 1. In caso di interventi realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire o dalla segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 34 ovvero in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività nelle ipotesi di cui all'articolo 37, fino alla scadenza dei termini di cui all'articolo 34, comma 1, e comunque fino all'irrogazione delle sanzioni amministrative, il responsabile dell'abuso o l'attuale proprietario dell'immobile possono ottenere il permesso di costruire e presentare la segnalazione certificata di inizio attività in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica vigente al momento della presentazione della domanda, nonché ai requisiti prescritti dalla disciplina edilizia vigente al momento della realizzazione. Le disposizioni del presente articolo si 20 applicano anche alle variazioni essenziali di cui all'articolo 32. 2. Il permesso presentato ai sensi del comma 1 può essere rilasciato dallo sportello unico per l'edilizia di cui all'articolo 5, comma 4-bis, subordinatamente alla preventiva attuazione, entro il termine assegnato dallo sportello unico, degli interventi di cui al secondo periodo del presente comma. In sede di esame delle richieste di permesso in sanatoria lo sportello unico può condizionare il rilascio del provvedimento alla realizzazione, da parte del richiedente, degli interventi edilizi, anche strutturali, necessari per assicurare l'osservanza della normativa tecnica di settore relativa ai requisiti di sicurezza, e alla rimozione delle opere che non possono essere sanate ai sensi del presente articolo. Per le segnalazioni certificate di inizio attività presentate ai sensi del comma 1, lo sportello unico individua tra gli interventi di cui al secondo periodo del presente comma le misure da prescrivere ai sensi dell'articolo 19, comma 3, secondo, terzo e quarto periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che costituiscono condizioni per la formazione del titolo. 3. La richiesta del permesso di costruire o la segnalazione certificata di inizio attività in sanatoria sono accompagnate dalla dichiarazione del professionista abilitato che attesta le necessarie conformità. Per la conformità edilizia, la dichiarazione è resa con riferimento alle norme tecniche vigenti al momento della realizzazione dell'intervento. L'epoca di realizzazione dell'intervento è provata mediante la documentazione di cui all'articolo 9-bis, comma 1 bis, quarto e quinto periodo. Nei casi in cui sia impossibile accertare l'epoca di realizzazione dell'intervento mediante la documentazione indicata nel terzo periodo del presente comma, il tecnico incaricato attesta la data di realizzazione con propria dichiarazione e sotto la propria responsabilità. In caso di dichiarazione falsa o mendace si applicano le sanzioni penali, comprese

ISSN 2036-7821

parere dell'autorità preposta al vincolo in merito alla compatibilità paesaggistica dell'intervento.

Le difformità in esame (che non rientrino nelle ipotesi delle tolleranze) potranno essere

regolarizzare mediante la presentazione di una Segnalazione certificata di inizio

---

quelle previste dal capo VI del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. 3-bis. Per gli immobili ubicati nelle zone sismiche di cui all'articolo 83, ad eccezione di quelle a bassa sismicità all'uopo indicate nei decreti di cui al medesimo articolo 83, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 34-bis, comma 3-bis. 4. Qualora gli interventi di cui al comma 1 siano eseguiti in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, il dirigente o il responsabile dell'ufficio richiede all'autorità preposta alla gestione del vincolo apposito parere vincolante in merito all'accertamento della compatibilità paesaggistica dell'intervento, anche in caso di lavori che abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi ovvero l'aumento di quelli legittimamente realizzati. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Se i pareri non sono resi entro i termini di cui al secondo periodo, si intende formato il silenzio-assenso e il dirigente o responsabile dell'ufficio provvede autonomamente. Le disposizioni del presente comma si applicano anche nei casi in cui gli interventi di cui al comma 1 risultino incompatibili con il vincolo paesaggistico apposto in data successiva alla loro realizzazione. 5. Il rilascio del permesso e la segnalazione certificata di inizio attività in sanatoria sono subordinati al pagamento, a titolo di oblazione, di un importo: a) pari al doppio del contributo di costruzione ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, determinato in misura pari a quella prevista dall'articolo 16, incrementato del 20 per cento in caso di interventi realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire, nelle ipotesi di cui all'articolo 34, e in caso di variazioni essenziali ai sensi dell'articolo 32. Non si applica l'incremento del 20 per cento nei casi in cui l'intervento risulti conforme alla disciplina 21 urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda; b) pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile valutato dai competenti uffici dell'Agenzia delle entrate, in una misura, determinata dal responsabile del procedimento, non inferiore a 1.032 euro e non superiore a 10.328 euro ove l'intervento sia eseguito in assenza della segnalazione certificata di inizio attività o in difformità da essa, nei casi di cui all'articolo 37, e in misura non inferiore a 516 euro e non superiore a 5.164 euro ove l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda. 5-bis. Nelle ipotesi di cui al comma 4, qualora sia accertata la compatibilità paesaggistica, si applica altresì una sanzione determinata previa perizia di stima ed equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione; in caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui all'articolo 167, comma 1, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42. 6. Sulla richiesta di permesso in sanatoria il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale si pronuncia con provvedimento motivato entro quarantacinque giorni, decorsi i quali la richiesta si intende accolta. Alle segnalazioni di inizio attività presentate ai sensi del comma 1, si applica il termine di cui all'articolo 19, comma 6-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Nelle ipotesi di cui al comma 4, i termini di cui al primo e secondo periodo del presente comma sono sospesi fino alla definizione del procedimento di compatibilità paesaggistica. Decorsi i termini di cui al primo, secondo e terzo periodo, eventuali successive determinazioni del competente ufficio comunale sono inefficaci. Il termine è interrotto qualora l'ufficio rappresenti esigenze istruttorie, motivate e formulate in modo puntuale nei termini stessi, e ricomincia a decorrere dalla ricezione degli elementi istruttori. Nei casi di cui al presente comma, l'amministrazione è tenuta a rilasciare, in via telematica, su richiesta del privato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e dell'intervenuta formazione dei titoli abilitativi. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'istante può esercitare l'azione prevista dall'articolo 31 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. In caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti per la sanatoria, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica le sanzioni previste dal presente testo unico.

ISSN 2036-7821

attività (SCIA) e il pagamento, a titolo di oblazione, di una somma corrispondente a quella prevista dall'art. 36 bis comma 5 per l'accertamento di conformità per le parziali difformità e le variazioni essenziali.

Il nuovo art. 34 ter del Dpr 380/2001 estende il regime delle tolleranze (art. 34 bis) a tutte le parziali difformità realizzate durante i lavori per l'esecuzione di un titolo abilitativo (e non solo a quelle ante 77) a condizione che:

- siano state accertate all'esito di sopralluogo o ispezione dai funzionari incaricati di effettuare verifiche di conformità edilizia;

- in seguito a tali verifiche non sia seguito un ordine di demolizione o riduzione in pristino;

- sia stata rilasciata l'abitabilità/agibilità.

Tale previsione si pone l'obiettivo di tutelare il legittimo affidamento dei privati e di regolarizzare quegli interventi che sono stati accertati dall'Amministrazione ma non repressi in ragione della loro scarsa entità.

Come visto, in sintesi, la legge Salva-casa introduce una revisione delle tolleranze edilizie per interventi realizzati ante 24 maggio 2024, riconoscendo le prassi meno precise del passato. Non costituisce una sanatoria, ma un adattamento normativo che considera la tollerabilità delle difformità secondo il contesto storico, legittimando implicitamente le pratiche locali e richiedendo un'interpretazione evolutiva delle norme che tenga conto del contesto storico in cui le opere sono state eseguite.

D'ora in poi le tolleranze saranno solo quelle già previste dal previgente articolo 34-bis del Testo Unico dell'Edilizia.

Il principio innovativo della norma, al di là dell'aumento dei valori metrici sta nel riconoscimento dell'esigenza di una valutazione della Tollerabilità delle difformità delle pratiche edilizie del passato.

Il Legislatore fa un atto di consapevolezza, riconoscendo la differente sensibilità (diciamo così) di valutazione da parte delle pubbliche amministrazioni addette al rilascio dei titoli abilitativi.

6. Conclusioni.

Una prima riflessione è che la nuova normativa costituisce solo la base su cui si inseriranno le ulteriori integrazioni regionali, alcune espressamente richieste dalla legge, alcune derivanti dall'autonomia regionale in omaggio al principio di legislazione concorrente che caratterizza la materia edilizia, nonché le integrazioni da parte dei regolamenti comunali relativamente agli ambiti che la legge demanda ai Comuni.

ISSN 2036-7821

Ne deriveranno con estrema probabilità Circolari interpretative provenienti da Enti di vario ordine e grado, come accade sempre quando un nuovo corpus normativo deve essere metabolizzato dal sistema.

In passato il Legislatore demandato al potere normativo locale (e dunque alle scelte politiche locali) l'applicazione di norme di contenuto generale in ossequio a quel principio di sussidiarietà e adeguatezza, conducendo ad un eccessivo formalismo interpretativo che ha a sua volta determinato un'esplosione normativa in edilizia sempre più dettagliata sotto il profilo giuridico, ma che ha aumentato la distanza tra "Paese reale" (quello dei tecnici che applicano le norme) e "Paese legale" (quello del Legislatore che crea le norme).

Si auspica quindi che le intenzioni interpretative della nuova normativa rispettino la *voluntas legis* che, dichiaratamente sostanzialista, sembra perseguire il principio di "finalizzazione al risultato" che il Codice dei Contratti Pubblici espressamente enunciato, ma che appare comunque sotteso a qualsiasi applicazione normativa, tanto più se di natura tecnica, dal momento che la prima preoccupazione del Legislatore deve essere usare un linguaggio chiaro e comprensibile a chi le norme le deve applicare.

Solo con il tempo si potranno verificare gli esiti di questa normativa, il cui successo applicativo deriverà inevitabilmente dalla comprensibilità da parte degli operatori nonché dalla semplicità della sua applicazione.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La Specializzazione medica e il principio di incompatibilità: Rilievi sullo status giuridico dello specializzando durante la formazione specialistica

di Michele Liberio

(Abilitato alla professione di avvocato e consulente del lavoro - Funzionario Università degli Studi di Bari

Sommario

1. Brevi riflessi sull' evoluzione storica della normativa di settore. 2. La qualificazione dello status giuridico del medico in formazione specialistica 2.1 Il contratto e lo svolgimento dell'attività teorica e pratica. 3. Il principio di incompatibilità nella formazione specialistica medica: stato dell'arte. 4. Conclusioni.

Abstract

The work presents a critical analysis on the legal qualification of the doctor trainee specialist. Through an excursus on the various regulatory interventions related to specialist training, it focuses on examining the derogatory legislative activity of a nature with respect to the principle of incompatibility envisaged by Legislative Decree n. 368/99. The study examines the art. 1 paragraph from 547 to 548 ter et seq. of law no. 145/2018 (Calabria Decree) as amended by art. 44 quater of law 29 April 2024, n. 56 and the Legislative Decree n. 18 of 17/03/2020 and subsequent amendments (Cura Italia), questioning whether the principle of incompatibility is a theoretical principle that does not find application in practice, therefore "convalescent", or is to be considered an "insurmountable" principle. The qualifying affinities with the institutes in the field on the job training and apprenticeship are analyzed, comparing them with the new institute introduced with the art. 3-ter legislative decree 44/2023 converted into law 74/2023, which although differs from the provisions of the art. 41 of the Legislative Decree. 81/2015, retains similar elements.

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

ISSN 2036-7821

Introduzione.

Il saggio de quo ha come focus l'analisi dello status giuridico del medico in formazione specialistica per poterne far emergere le peculiarità e le irrisolte problematiche che da anni interroga gli addetti al settore[1], i quali a seguito di un intensa attività legislativa di deroga al principio generale di incompatibilità, si domandano se tale figura propenda verso quella della dirigenza medica (rapporto di lavoro subordinato) o sia orientata verosimilmente alla forma giuridica dell'apprendistato e/o formazione lavoro. L'intento del legislatore italiano, ma confermato anche in ambito europeo, è quello di escludere *tout court* che lo specializzando possa essere regolato da quanto previsto dal codice civile all'art. 2094 in materia di lavoro subordinato, né tantomeno esclusivamente all'art. 2222 in materia di rapporto di lavoro autonomo. Tale scelta, seppur non chiara e talvolta contraddittoria, si basa sull'assenza del principio sinallagmatico della prestazione e sulla circostanza che si tratta pur sempre di un percorso formativo. Questa volontà è rafforzata dalla legge n. 368/99 che oltre a chiarire che l'attività formativa sia pratica che teorica deve essere svolta a tempo pieno, sancisce il principio di incompatibilità con qualsiasi prestazione di lavoro subordinato o anche di lavoro autonomo svolto nello stesso periodo della formazione. La violazione comporta la decadenza dello specializzando. La norma inizialmente prevedeva solo una deroga espressa all'art. 24 comma 3 del D. Lgs. 368/99, come modificato dal D. Lgs. 277/03[2] consentendo allo specializzando di svolgere attività lavorativa in sostituzione di medici in libera scelta o medici di guardia. Unica possibilità di svolgere attività retribuita estesa agli specializzandi era quella dell'intramoenia. L'assenza di personale medico all'interno degli ospedali e più in generale nelle strutture del SSN, ha spinto il legislatore ad allentare il vincolo dell'incompatibilità, con un intervento normativo derogatorio così detto "Decreto Calabria", che consente agli specializzandi attraverso un bando pubblico con graduatoria separata rispetto a quella degli specializzati, di essere

[1] Daniele L., La natura del rapporto degli specializzandi in medicina e chirurgia in Rivista giuridica della Scuola, 1997, fasc.6, p. 1085-1088.

[2] Le uniche attività consentite sono quelle previste dalla L. n. 448 del 28 dicembre 2001 (finanziaria 2002), che all'art. 19 comma 11 stabilisce che "I laureati in medicina e chirurgia abilitati, anche durante la loro iscrizione ai corsi di specializzazione o ai corsi di formazione specifica in medicina generale, possono sostituire a tempo determinato medici di medicina generale convenzionati con il SSN ed essere iscritti negli elenchi della guardia medica notturna e festiva e della guardia medica turistica ma occupati solo in caso di carente disponibilità di medici già iscritti negli elenchi della guardia medica notturna e festiva e della guardia medica turistica". I medici ammessi in soprannumero possono svolgere attività libero - professionale compatibilmente con gli obblighi formativi. L'art. 19 comma 12 della L. 448/01 prevede inoltre che "Il medico che si iscrive alle scuole universitarie di specializzazione in medicina e chirurgia può partecipare successivamente, a fine corso o interrompendo lo stesso, ai concorsi per i corsi di formazione specifica in medicina generale. Il medico che si iscrive ai corsi di formazione specifica in medicina generale, previo svolgimento di regolare concorso, può partecipare successivamente a fine corso o interrompendo lo stesso, ai concorsi per le scuole universitarie di specializzazione".

ISSN 2036-7821

assunti da prima a tempo determinato e a conclusione del periodo di formazione a tempo indeterminato. Ulteriore allentamento si è verificato nell'epoca covid[3], prevedendo in via straordinario l'ingresso dei medici specializzandi all'interno delle strutture accreditate dal SSN sia con rapporto di lavoro a tempo determinato che con prestazioni di collaborazione coordinata e continuativa o lavoro autonomo. Oggi il legislatore, attraverso lo slittamento temporale del periodo di vigenza dello stato emergenziale, che consente l'applicazione degli istituti richiamati anche oltre il suddetto periodo, ci porta a riflettere se il principio di incompatibilità è un principio teorico che non trova applicazione nella pratica, quindi "convalescente", o se si tratta di un principio "insuperabile". A seconda delle conclusioni a cui perveniamo, conseguono dei riflessi differenti sulla qualificazione dello status giuridico dello specializzando. Se il principio di incompatibilità è da considerarsi ormai superato ciò determina la necessità di considerare lo specializzando come lavoratore subordinato regolato dalla normativa della dirigenza medica e dal relativo CCNL o tuttalpiù assimilabile a quella dell'apprendistato e/o formazione lavoro.

1. Brevi riflessi sull' evoluzione storica della normativa di settore.

Con il R.D. 30 settembre 1938, n. 1652 integrato dalla legge n. 78 del 26/01/1942, le regole per lo svolgimento dell'attività formativa dei medici specializzandi erano demandate totalmente alle università. Il sistema si presentava disomogeneo attraverso una diversificazione nel sistema di requisiti di ammissione, numero degli esami di profitto e le tipologie di attività pratiche da svolgersi. La volontà di stabilire il principio di reciproco riconoscimento dei titoli a livello europeo ha reso necessario un intervento normativo che, attraverso le direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, inserisce una serie di regole comuni per il conseguimento del titolo di specializzazione. Con il D.P.R. n. 162 del 10/03/1982 si avvia il processo di revisione della normativa relativa i percorsi formativi post-laurea con particolare riguardo alle scuole di specializzazione, attraverso il riparto di competenze tra Ministero e Università. Viene spostato in capo allo Stato la definizione dei requisiti di ammissione, durata e caratteristiche principali dei corsi, mentre viene attribuita alle università il compito di definire il piano didattico.

Il capitolo III° del provvedimento normativo citato, in via preliminare riconosce i corsi di specializzazione quali corsi ufficiali universitari, stabilendo all'art. 12 che l' istituzione delle stesse è disposta dallo Statuto dell'università, all'interno del quale si

[3] Decreto "Cura Italia", Decreto-Legge 17 marzo 2020, n. 18 misure di potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19 in G.U. Serie Generale n.70 del 17/03/2020 entrato in vigore il 17/03/2020. Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 24 aprile 2020, n. 27 in S.O. n.16, relativo alla G.U. 29/04/2020, n. 110.

ISSN 2036-7821

disciplina per ciascuna tipologia la durata del corso, l'elenco delle materie obbligatorie di insegnamento, la loro distribuzione e la propedeuticità nei diversi anni del corso, eventuali materie opzionali, le attività pratiche da svolgere, le modalità della frequenza delle attività didattiche e pratiche stabilendo la frequenza necessaria per sostenere gli esami annuali e finali, la determinazione del diploma di laurea richiesto per l'ammissione e le modalità di svolgimento degli esami.

Introduce l'obbligo degli esami di passaggio (teorico-pratico) ad opera di una commissione d'esame composta dal direttore di scuola e i docenti delle materie relative all'anno di corso. Stabilisce che è possibile ripetere l'anno solo una volta e per poter acquisire il titolo di specializzazione prevede una dissertazione scritta su una o più materie del corso. Ai fini dell'ammissione ai corsi di specializzazione la norma richiede come titolo di accesso il diploma di laurea e l'abilitazione professionale. L'art. 14 invece regolamenta la composizione e il ruolo del Consiglio della Scuola.

Ulteriore riordino avviene a seguito del recepimento, seppur tardivo e dopo aver subito una procedura di infrazione da parte della Commissione Europea[4], della direttiva n. 82/76/CEE attraverso il D.lgs. 8 agosto 1991 n. 257, intesa ad agevolare la libera circolazione dei medici ed il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli. La norma regolamenta la fase di programmazione del numero degli specialisti da formare che è da determinarsi con una periodicità triennale su base nazionale[5], previa valutazione dei posti disponibili che sono stabiliti con decreto del Ministro della Sanità di concerto con le regioni e le università sulla base dei posti resi disponibili nel rispetto a quanto previsto dall'art. 7 del decreto medesimo[6]. Con l'art.

[4] Corte di Giustizia 7 luglio 1987, C-49/87.

[5] "1. Con decreto del Ministro della Sanità, sentite le regioni e le provincie autonome, di concerto con il Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica, sentite le Facoltà di Medicina e Chirurgia, e con il Ministro del Tesoro, è determinato, ogni tre anni, il numero degli specialisti da formare sulla base delle esigenze sanitarie del Paese, tenuto conto delle capacità ricettive delle strutture universitarie e di quelle convenzionate con le Università, in relazione al contenuto specifico della formazione e delle risorse finanziarie comunque acquisite dalle Università. 2. In relazione alla programmazione di cui al comma 1, il Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica e tecnologica, sentito il Ministro della Sanità, determina il numero dei posti per ciascuna scuola le cui strutture siano corrispondenti ai requisiti previsti dall' art.7, tenuto conto delle richieste delle Facoltà di Medicina e della disponibilità di idonee strutture acquisite anche attraverso convenzioni. Il predetto decreto è adottato su parere del Comitato Consultivo di Medicina del Consiglio Universitario Nazionale".

[6] Art. 7 requisiti di idoneità delle strutture: "I requisiti di idoneità delle strutture ove si svolge la formazione specialistica sono determinati con decreto del Ministro dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica, di concerto con il Ministro della Sanità, su parere del comitato consultivo di Medicina del Consiglio Universitario Nazionale e del Consiglio Superiore della Sanità, tenuto conto: - della disponibilità di attrezzature e dotazioni strumentali per l'esercizio delle attività inerenti alla formazione specialistica; del numero dei posti letto e dell'organico di personale a fini assistenziali in relazione al numero degli specializzandi; della presenza di servizi generali e diagnostici collegati alla struttura dove si svolge la formazione; della tipologia delle patologie trattate e delle prestazioni eseguite annualmente; delle caratteristiche di professionalità del personale presente nella struttura. 2. Le modalità per la verifica della idoneità e della mancanza dei requisiti delle strutture sono

ISSN 2036-7821

4 si introducono elementi innovativi fondamentali se pur contradittori. Infatti mentre il comma 1° prevede l'obbligo del tempo pieno nella formazione specialistica con la "partecipazione alla totalità delle attività mediche del servizio nazionale…ivi comprese le guardie e l'attività operatoria per le discipline chirurgiche, nonché la graduale assunzione dei compiti assistenziali in modo che lo specializzando dedichi alla formazione teorica e pratica la sua attività professionale per l'intero anno" e ancora al 4° comma, parificando l'impegno dello specializzando a quello del personale del SSN a tempo pieno[7], di contro specifica che l'ammissione e la frequenza alla scuola non determina la costituzione di alcun rapporto di lavoro. Significativa è la previsione di una copertura assicurativa per i rischi professionali e gli infortuni connessi all'attività di formazione degli specializzandi, la quale è a carico dell'Università[8].

Per rispondere alle direttive europee, la norma de quo introduce la corresponsione della borsa di studio per tutta la durata del corso ad esclusione dei periodi di sospensione della formazione specialistica, con decorrenza dal 1991[9]. La borsa è soggetta a rideterminazione triennale[10] introducendo un meccanismo di adeguamento al tasso programmato d'inflazione[11]. Si afferma il principio generale di

determinate con decreto del Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica, di concerto con il Ministro della Sanità, tenuto conto delle diverse tipologie delle singole scuole".

[7] Comma 2° "Gli specializzandi sono utilizzati in attività di assistenza per il tirocinio pratico connesso alla specializzazione" e comma 4° " L'impegno richiesto per la formazione specialistica è almeno pari a quello previsto per il personale medico del Servizio Sanitario Nazionale a tempo pieno".

[8] Le Università sono tenute alla copertura assicurativa per i rischi professionali e gli infortuni connessi all'attività di formazione degli specializzandi. L'importo del relativo premio è detratto dalla borsa di studio di cui all'art. 6, spettante a ciascun specializzando.

[9] Comma 1°: Agli ammessi alle scuole di specializzazione nei limiti definiti dalla programmazione di cui all'art. 2, comma 2° in relazione all'attuazione dell'impegno a tempo pieno la loro formazione, è corrisposta, per tutta la durata del corso, ad esclusione dei periodi di sospensione della formazione specialistica, una borsa di studio determinata per l'anno 1991 in L. 21.500.000. Tale importo viene annualmente, a partire dal 1° gennaio 1992, incrementato del tasso programmato d'inflazione ed è rideterminato, ogni triennio, con decreto del Ministro della sanità, di concerto con i Ministri dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e del tesoro, in funzione del miglioramento stipendiale tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente del Servizio sanitario nazionale. Comma 2°: La borsa di studio viene corrisposta, in sei rate bimestrali posticipate, dalle università presso cui operano le scuole di specializzazione riconosciute ai sensi dell'art. 7. La corresponsione della borsa cessa nei confronti di coloro che non abbiano sostenuto, con esito positivo, la prova di esame annuale entro la sessione autunnale, con effetto dall'inizio del mese successivo a quello del definitivo mancato superamento della prova.

[10] E' singolare come pur avendo specificato che il rapporto di formazione non determina la costituzione di alcun rapporto di lavoro subordinato stabilisce che "l' importo viene annualmente, a partire dal 1° gennaio 1992, incrementato del tasso programmato d'inflazione ed è rideterminato, ogni triennio, con decreto del Ministro della Sanità, di concerto con i Ministri dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica e del Tesoro, in funzione del miglioramento tabellare minimo previsto dalla contrattazione relativa al personale medico dipendente del Servizio Sanitario Nazionale.

[11] La legge n. 207 del 30/12/2024 (bilancio 2025) al comma 336 introduce con decorrenza 2025-2026 un aumento della parte fissa del trattamento economico del 5% per tutte le specializzazioni mentre solo per alcune

ISSN 2036-7821

incompatibilità inibendo lo specializzando all'esercizio delle attività libero professionale esterna alle strutture assistenziali in cui si effettua la specializzazione ed ogni rapporto convenzionale o precario con il SSN.

Gli interventi normativi, in seguito, sono stati diversi e tutti posti in essere per meglio regolamentare il funzionamento delle scuole di specializzazione. Un primo riordino prende avvio con il D.M. 11 maggio 1995[12] , con l'introduzione di nuove specializzazioni[13] ed un ordinamento generale per tutte le scuole di specializzazione. Con il D.M. 17 dicembre 1997[14] vengono invece fissati i parametri per qualificare l'idoneità delle strutture dove si svolgono le attività formative specialistiche, con particolare riferimento alla rete formativa.

Successivamente con il D.lgs. n. 370/99 il legislatore pone gli argini per contenere il contezioso che si stava generando a causa del tardivo provvedimento con cui veniva riconosciuto il diritto a percepire la borsa di studio, attraverso l'inserimento di un vincolo temporale che ne escludeva la percezione a coloro i quali si erano iscritti prima dell'anno 1982[15]. In realtà la giurisprudenza ha esteso il raggio di riconoscimento anche a coloro che avevano iniziato i corsi prima dell'anno 1982, mentre per gli specializzandi che pur iscritti dopo l'entrata in vigore della direttiva comunitaria dell'82 ma prima del D.lgs. n. 257/91, si configura una responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c. per inadempimento di obbligazione ex lege (direttiva 82/76/CEE) in virtù della preminenza del diritto comunitario. In tal senso si è orientata la giurisprudenza specificando anche il foro competente, individuato in quello del luogo in cui deve essere eseguita l'obbligazione rimasta inadempiuta[16].

Solo con la nuova direttiva 93/16/CEE recepita con il D.lgs. n. 368/99 si riscrivono i principi che regolano la formazione specialistica garantendo, in applicazione degli obiettivi espressi nel processo di Bologna[17], una più agevole mobilità per gli

specializzazioni la parte variabile viene aumentata di una percentuale pari al 50 %. La norma introduce la previsione di un corrispettivo agli specializzandi di cui al comma 1 dell'art. 8 della legge 29/12/2000 n. 401 pari a 4.773 euro lordi annui.

[12] Modificazioni all'ordinamento didattico universitario relativamente alle scuole di specializzazione del settore medico in G.U. Serie Generale n. 167 del 19-07-1995 - Suppl. Ordinario n. 88.

[13] rispetto a quanto previsto dal R.D. 1652/1938.

[14] Decreto Ministeriale 17 dicembre 1997, pubblicato nella G.U. del 22 gennaio 1998 n. 17 identificazione dei requisiti di idoneità delle strutture per la formazione specialistica

[15] Roberto Pettinelli, Picunio Maria Laura, I medici specializzandi in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona". It, 438, 2021, p. 131.

[16] Corte Appello Sez. I Lecce 05/05/2021 n. 552; conferma il principio per cui il risarcimento del danno da tardiva attuazione delle direttive comunitarie va qualificata in termini di responsabilità contrattuale discendente dalla violazione dell'obbligo statuale di adempiere il diritto comunitario attraverso il recepimento di direttive non self-executing.

[17] garantire maggior armonizzazione e chiarezza in ordine al riconoscimento dei titoli a livello europeo vedi https://www.mur.gov.it/it/aree-tematiche/afam/politiche-internazionali/spazio-europeo-della-formazione-superiore-european.

ISSN 2036-7821

specializzandi anche rispetto alla possibilità di iscriversi agli ordini professionali degli stati europei e svolgere la relativa professione [18].

Nonostante i diversi interventi normativi sin qui descritti (se pur brevemente), il legislatore ha sentito nuovamente la necessità di riordinare il sistema delle scuole di specializzazione con particolare riguardo a quelle di area sanitaria[19], individuando per ognuna il profilo specialistico, gli obiettivi formativi ed i relativi percorsi didattici suddivisi in aree e classi, così come riassunte nell'allegato 1 del decreto n. 68/2015. In applicazione di quanto previsto all'art. 3 comma 3° del decreto citato, il legislatore attraverso il decreto del 16 giugno 2017, identifica i requisiti e gli standard per ogni tipologia di scuola, nonché gli indicatori di attività formativa ed assistenziale necessari per le singole strutture di sede e della rete formativa e definisce:

a) gli standard minimi generali e specifici, le modalità e i termini per l'accreditamento delle strutture clinico-assistenziali, ospedaliere e territoriali facenti parte della rete formativa delle scuole di specializzazione, come indicati nell' allegato 1;

b) i requisiti minimi generali e specifici di idoneità della rete formativa delle scuole di specializzazione, di cui all'allegato 2;

c) le disposizioni concernenti il sistema di gestione e certificazione della qualità, il Libretto-diario e il Diploma Supplement, di cui all'allegato 3, parte integrante del decreto;

d) gli indicatori di performance di attività didattica e formativa e di attività assistenziale, di cui all'allegato 4.

2. La qualificazione dello status giuridico del medico in formazione specialistica.

2.1. Il contratto e lo svolgimento dell'attività teorica e pratica.

L'art. 37 del d.lgs. n. 386/1999 stabilisce che all'atto dell'iscrizione lo specializzando debba sottoscrive un contratto annuale di formazione-specialistica. La norma specifica che il contratto è finalizzato esclusivamente all'acquisizione professionale inerente al titolo di specialista, mediante la frequenza programmata delle attività didattiche formali e lo svolgimento di attività assistenziali funzionali alla progressiva acquisizione delle competenze previste dall'ordinamento didattico delle singole

[18] Direttiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali.

[19] Decreto 4 febbraio 2015 riordino delle scuole di specializzazione di area sanitaria in G.U. serie generale n.126 del 03/06/2015 - suppl. ordinario n. 25.

ISSN 2036-7821

scuole, in conformità alle indicazioni dell'Unione europea. La norma altresì chiarisce che il contratto non dà in alcun modo diritto all'accesso ai ruoli del SSN e dell'Università o di alcun rapporto di lavoro con gli enti predetti. È del tutto evidente che il legislatore abbia voluto scongiurare ogni possibile fraintendimento rispetto al ruolo del contratto sottoscritto, correggendo il tiro rispetto alla denominazione utilizzata prima dell'intervento operato con la legge 23 dicembre 2005, n. 266[20] , e ribadendo esplicitamente che non si tratta di lavoro subordinato ma di attività formativa. In realtà l'utilizzo dello strumento contrattuale così come previsto dall'art. 1321 cc.[21] , pone in essere già da subito alcuni dubbi qualificatori, avendo il contratto per sua natura effetti patrimoniali[22]. Emerge la volontà del legislatore di dare vita a una fattispecie ibrida atipica che esula dalle previsioni normative in vigore, quali quella dell'apprendistato e della formazione lavoro[23], per i quali è prevista la stipula di un contratto di lavoro-formazione se pur a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e occupazione giovanile. Più simile sotto il punto di vista temporale è il contratto di formazione lavoro, inquanto prevede un periodo a tempo determinato[24].

Lo schema tipo contrattuale è approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri[25] ed è stipulato con l'università, ove ha sede la scuola di specializzazione, e con la regione nel cui territorio hanno sede le aziende sanitarie le cui strutture sono parte prevalente della rete formativa della scuola di specializzazione. Si tratta di un contratto in cui è assente il carattere plurisoggettivo[26], essendo regolato e previsto a livello nazionale attraverso uno schema tipo. Inoltre, alcune perplessità nascono anche rispetto agli attori coinvolti. Mentre il ruolo delle università[27] presso cui sono

[20] Il termine utilizzato era di "contratto annuale di formazione-lavoro".

[21] Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

[22] Non potendo ipotizzare l'applicazione di un accordo ai sensi dell'art. 144 cc..

[23] D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

[24] In ordine alla peculiarità dei due istituti si rinvia al paragrafo successivo.

[25] Su proposta del Ministro dell'Università e della Ricerca Scientifica e Tecnologica oggi MUR, di concerto con i Ministri della Sanità, del Tesoro e del Lavoro e della Previdenza Sociale, sentita la conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le provincie autonome di Trento e Bolzano. Approvato con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il 6 luglio 2007 "Definizione schema tipo del contratto di formazione specialistica dei medici".

[26] Si riporta recente giurisprudenza che affronta alcune tematiche rivenienti dai contratti di lavoro plurisoggettivi; Cass. Civ. Sez. Lav. 08/02/1988 n. 1343 si esprime sulla sussistenza del litisconsorzio necessario; Trib. Sez. lavoro Velletri, 29/09/2020 si esprime sulla sussistenza della responsabilità solidale per le obbligazioni relative al rapporto di lavoro. Qualora si avvalorasse la tesi secondo cui la sottoscrizione da parte della Regione del contratto di formazione specialistica abbia valenza plurisoggettiva, bisognerebbe interrogarsi e chiedersi se in caso di inadempimento e/o di ricorso all'autorità giudiziaria, sussiste un litisconsorzio necessario e soprattutto quali sono gli obblighi della Regione rispetto a quanto ivi pattuito e in che termini né risponderebbe. Si riporta giurisprudenza sui contratti in genere: Cass. Civ. sez. Lav. 11/04/1988, n. 2859; Trib. Sez. I Taranto 02/07/2024 n. 1931 in Giuffrè 2024.

[27] Il ruolo delle università e l'autonomia dopo la riforma del titolo V della Costituzione vedi: Balduzzi R., L'autonomia universitaria dopo la riforma del titolo V della Costituzione, Relazione al convegno "Autonomia

ISSN 2036-7821

istituite le scuole di specializzazione è palese, non è chiaro il ruolo della Regione. La previsione normativa prevede che il contratto sia sottoscritto anche dal Presidente della Regione preso cui sono istituite le strutture sanitarie facenti parte la rete formativa.

La Cassazione[28] si è espressa chiarendo che il contratto di specializzazione ex art. 37 del D.lgs. n. 368 del 1999, non dà luogo ad un rapporto plurisoggettivo tra medico specializzando, università ove ha sede la scuola di specializzazione e regione titolare delle strutture sanitarie prevalenti nella rete formativa, "atteso che la gestione, organizzazione ed economica, del rapporto è rimessa dalla legge unicamente all'Università". Gli Ermellini chiariscono che qualora un medico specializzando agisca nei confronti dell'università per sentire dichiarare che la frequenza della scuola si è svolta con le modalità del contratto di specializzazione, non sussiste litisconsorzio necessario tra università e regione, specificando però, che qualora l'università risulti soccombente, può rivalersi verso la regione nei limiti in cui questa abbia partecipato alla gestione del rapporto.

Il ruolo delle regioni[29] nella formazione specialistica è stato oggetto di recente intervento da parte della Corte Costituzionale[30], in ordine alla possibilità da parte delle stesse di prevedere alcune limitazioni e/o obblighi in capo agli specializzandi che usufruiscono di finanziamenti regionali. Preliminarmente è opportuno ricordare che il fabbisogno annuale del personale medico è determinato dal governo sentite le regioni nel rispetto di quanto previsto dall'art. 35 del D.lgs. n. 368 del 1999[31], anche se

---

dell'istruzione ed autonomia regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione", Università degli studi di Trento, 14/11/2003.

[28] Cass. Civ. Sez. Lav. 20/03/2012, n. 4412, in *Giust. Civ. Mass*. 2012, 3, 365.

[29] Romboli R., in tema di attribuzioni delle regioni e riparto della potestà legislativa nota a C. Cost. 15/05/2014, n. 126 in Il Foro Italiano, 2014, fasc.7-8 pag. 2020-2021.

[30] Corte Costituzionale del 15/05/2014, n. 126.

[31] Con cadenza triennale ed entro il 30 aprile del terzo anno, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, tenuto conto delle relative esigenze sanitarie e sulla base di una approfondita analisi della situazione occupazionale, individuano il fabbisogno dei medici specialisti da formare comunicandolo al Ministero della sanità e dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica. Entro il 30 giugno del terzo anno il Ministro della sanità, di concerto con il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica e con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, sentita la conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, determina il numero globale degli specialisti da formare annualmente, per ciascuna tipologia di specializzazione, tenuto conto delle esigenze di programmazione delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano con riferimento alle attività del servizio sanitario nazionale.

2. In relazione al decreto di cui al comma 1, il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, acquisito il parere del Ministro della sanità, determina il numero dei posti da assegnare a ciascuna scuola di specializzazione accreditata ai sensi dell'articolo 43, tenuto conto della capacità ricettiva e del volume assistenziale delle strutture sanitarie inserite nella rete formativa della scuola stessa.

3. Nell'ambito dei posti risultanti dalla programmazione di cui al comma 1, è stabilita, d'intesa con il Ministero della difesa, una riserva di posti complessivamente non superiore al 5 per cento per le esigenze della sanità militare, nonché' d'intesa con il Ministero degli affari esteri, il numero dei posti da riservare ai medici stranieri

ISSN 2036-7821

tale determinazione non tiene conto della riforma operata al titolo V, con il nuovo riparto delle competenze determinato dalla modifica dell'art. 117 Cost.[32]. I giudici

---

provenienti dai Paesi in via di sviluppo. La ripartizione tra le singole scuole dei posti riservati e' effettuata con il decreto di cui al comma 2, sentito, per gli aspetti relativi alla sanità militare, il Ministero della difesa.

4. Il Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica, su proposta del Ministro della sanità, può autorizzare, per specifiche esigenze del servizio sanitario nazionale, l'ammissione, alle scuole, nel limite di un dieci per cento in più del numero di cui al comma 1 e della capacità recettiva delle singole scuole, di personale medico di ruolo, appartenente a specifiche categorie, in servizio in strutture sanitarie diverse da quelle inserite nella rete formativa della scuola.

5. Per usufruire dei posti riservati di cui al comma 3 e per accedere in soprannumero ai sensi del comma 4, i candidati devono aver superato le prove di ammissione previste dall'ordinamento della scuola.

[32] La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;

b) immigrazione;

c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;

d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;

e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario

e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici[26];perequazione delle risorse finanziarie;

f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;

g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;

h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;

i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;

l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;

m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

n) norme generali sull'istruzione;

o) previdenza sociale;

p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;

q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;

s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; tutela della salute; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; governo del territorio; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa;coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato.

Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli

ISSN 2036-7821

hanno chiarito che le regioni nel predisporre le clausole da apporre ai contratti aggiuntivi da essi finanziati, devono farlo compatibilmente con quanto previsto dallo schema tipo approvato a livello nazionale[33]. Le clausole contrattuali previste dalle regioni non modificano lo schema tipo disciplinato dallo stato, ma si limitano ad adattarlo all'eventualità, contemplata dalla stessa normativa statale[34], che la regione finanzi contratti aggiuntivi, dovendosi escludere che ogni disciplina, la quale tenda a regolare e vincolare l'opera dei sanitari, rientri per ciò solo nell'area dell'ordinamento civile, riservata al legislatore statale.

La questione non è riconducibile solo alla materia dell'ordinamento civile di competenza esclusiva dello Stato, in quando la disposizione in esame incide contestualmente su una pluralità di materie quali ordinamento civile, professioni, tutela della salute. La disposizione è ascrivibile a materie diverse da quelle delle "Professioni" ovvero della "tutela alla salute", considerato che dalla formazione specialistica dipendono tanto l'esercizio della professione medica, quanto quella delle prestazioni rese all'utenza, e che nel caso di specie entrambe ricadono nella competenza concorrente delle Regioni.

Non si può negare il ruolo di coordinamento esercitato dalle regioni anche attraverso la conferenza Stato-Regioni, e la competenza se pur concorrenziale in tema di tutela alla salute, ma non spiega la necessità di prevedere la firma dei contratti dal Presidente della Regione. E' indubbio che il processo di decentramento del SSN ha dato vita a processi di differenziazione regionale dando origine inizialmente a sistema di governance tra regioni, che oggi trovano una convergenza attraverso la

---

accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive.

La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.

Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

[33] Contratto di formazione specialistica di cui al D.P.C.M. 6 luglio 2007 "definizione schema tipo del contratto di formazione specialistica dei medici". È prevista una doppia compatibilità sia con lo schema tipo che con la legislazione nazionale.

[34] L'art. 7 del D.P.C.M. 6 luglio 2007, ai sensi del quale, per quanto non espressamente previsto dal contratto nazionale, si applicano, fra le altre, «le specifiche disposizioni regionali in materia, in quanto compatibili con la normativa vigente e con quanto contenuto nel presente contratto». Secondo la Regione, dunque, è lo stesso schema tipo di contratto approvato dallo Stato a lasciare espressamente aperto uno spazio residuo alle disposizioni regionali, che sono quindi abilitate ad integrare il contenuto del contratto di formazione specialistica.

ISSN 2036-7821

new pubblic governance[35]. Evitando di dilungarsi sul tema, è opportuno chiarire che a seguito della riforma del titolo V, la tutela della salute è oggetto di competenza sussidiaria della regione. La giurisprudenza ha da tempo cercato di segnare il confine tra la competenza nazionale che fissa i livelli essenziali di prestazione e delle regioni, che attraverso un proprio modello organizzativo, ne coordinano il funzionamento[36]. Oggi il tema delle autonomie differenziata[37] pone in discussione i principi espressi dalla stessa giurisprudenza e dottrina considerato che la legge n. 86/2024 apre alle Regioni la possibilità di chiedere ulteriori funzioni anche in materia di "tutela della salute", seppur tale ampliamento potrebbe violare il principio costituzionale di

[35] Neri S., La costruzione dei servizi sanitari regionali e la governance del sistema sanitario in *R.P.S.* p. 97; Emerge come attraverso la regionalizzazione e il decentramento delle competenze organizzative del SSN hanno preso forma diversi modelli organizzativi tutti orientati a introdurre processi di aziendalizzazione delle strutture sanitarie e a introdurre forme di concorrenza nell'offerta dei servizi. In tali sistemi non sempre i processi di accreditamento delle strutture private è avvenuto in una logica di scollegamento con programmazione regionale concessi per lo più "caso per caso". Ciò è importante perché le strutture di produzione sono remunerate attraverso meccanismi differenti: mentre i presidi ospedalieri e gli ambulatori ASL sono finanziati prevalentemente mediante forme di budget interno o sulla base del costo dei fattori produttivi, mentre la Regione finanzia a sua volta le Asl attraverso meccanismi basati sulla quota capitale.

[36] D'arienzo Mariaconcetta, La tutela della salute tra stato e regioni, prima, durante e oltre l'emergenza sanitaria nell'interpretazione della Corte Costituzionale in *Diritti Regionali*. Rivista di diritto delle autonomie territoriali n. 1/2022, 2022, p. 252 e ss.; La Corte Costituzionale con la sentenza n. 37-2021 ha indicato lo Stato come il livello di governo "più adatto" ad assumere azioni e misure necessarie a tutelare in maniera uniforme sul territorio la salute dei cittadini preservando il nucleo essenziale del diritto alla salute. Tubertini Claudia, La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali in 'incontro autunnale del Gruppo San Martino "L'immagine ed il luogo dell'Amministrazione nelle sentenze della Corte Costituzionale successive alla riforma del Titolo V" – Perugia, 10-11 novembre 2005, Paris Davide, Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione della sussidiarietà in Amministrazione in Cammino; Biancolillo Caterina, Tutela della salute e ordinamento del personale: nuove conferme dalla Corte costituzionale circa il riparto di competenze fra Stato e regioni in Rivista IUS et SALUS, 3/2020: prevedere che «al fine di garantire il diritto alla salute e l'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, per i contratti a tempo determinato o flessibile del personale che presta servizio presso le Aziende sanitarie e ospedaliere della Regione Calabria, compresi i rapporti di lavoro cessati nell'ultimo periodo, è disposto il rinnovo fino al 31 dicembre 2019», entra chiaramente in contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, che riconduce alla competenza esclusiva del legislatore statale in materia di «ordinamento civile» la disciplina del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato quale è quello del personale del servizio sanitario nazionale-regionale; Camera dei deputati Ripartizione per materie dell'art. 117 Costituzione in https://leg16.camera.it/561?appro=904; Dell'Atti Luca, tutela della salute e modelli differenziati di governance. il regionalismo sanitario nella dialettica fra unità e autonomia, n. 3/2020.

[37] Massimo Bordignon, Ilaria Maroccia, Francesco Scinetti e Gilberto Turati, L'autonomia differenziata nella "tutela della salute" in OCP, 2024; Colaianni Nicola, Autonomia differenziata: ovvero privilegiata convegno Autonomia differenziata. Le ragioni del sì e del no organizzato dall'università LUM di Casamassima (Bari) il 4 marzo 2024; L'autonomia differenziata report GIMBE 2/2024; Angelini Francesca Filomena Autonomia differenziata e tutela della salute. Autonomia competitiva dei sistemi sanitari regionali vs universalismo solidale del sistema sanitario nazionale, 2019 in Federalismi.it.; Uricchio A. (2019). Autonomia regionale differenziata tra criteri di riparto delle funzioni e perequazione finanziaria, in F. Pastore (a cura di), Il regionalismo differenziato, *atti del convegno di Cassino* del 5/4/2019, Wolters Kluwer – Cedam, Padova, 2019; Calamo Specchia Marina, L'autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile in *AIC* 5/2023.

uguaglianza dei cittadini nel diritto alla tutela della salute, rischiando di creare un divario normativo e irreversibile tra Nord e Sud Italia.

3. Il principio di incompatibilità nella formazione specialistica medica: stato dell'arte.

La legislazione dell'emergenza sanitaria nel periodo Covid-19, ha attenuato il principio di incompatibilità per gli specializzandi medici, consentendo alcune tipologie di rapporto di lavoro quali: - Attività libero professionale e co.coc.co regolate dall'art. 2- bis del D.L. n. 18 del 17/03/2020 e ss.; - incarichi a tempo determinato regolati dall'art. 2-ter del D.L. n. 18 del 17/03/2020; - Sostituzione di pediatri regolata dall'art. 2-quinquies del D.L. n.18 del 17/03/2020 e ss..

Di seguito si riportano in sintesi le principali previsioni delle singole fattispecie regolate dal legislatore:

- L'art. 2-bis a) consente alle aziende e gli enti del SSN, di poter procedere al reclutamento di medici specializzandi iscritti al penultimo e ultimo anno di corso delle scuole di specializzazione, ove anche non collocati nelle graduatorie di cui all'art. 1, comma 547, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, conferendo incarichi di lavoro autonomo, anche di collaborazione coordinata e continuativa, di durata non superiore a 6 mesi, prorogabili. Gli specializzandi restano iscritti alla scuola di specializzazione e conservano il trattamento economico che verrà integrata dagli emolumenti corrisposti per l'attività lavorativa svolta. Il periodo di attività svolto viene riconosciuto ai fini del conseguimento del titolo di specializzazione. Le università devono garantire il recupero delle attività formative nel rispetto della durata legale del corso.
    - ✓ b) "procedere all'assunzione di cui all'art. 548-bis, legge 30 dicembre 2018, n. 145 nei limiti e con le modalità ivi previsti compreso il trattamento economico da riconoscere, anche in assenza dell'accordo quadro ivi previsto". Le assunzioni devono avvenire nell'ambito delle strutture accreditate della rete formativa e la relativa attività deve essere coerente con il progetto formativo deliberato dal Consiglio della Scuola di specializzazione.
- L'art. 2-ter, consente alle aziende e gli enti del SSN, verificata l'impossibilità di utilizzare personale già in servizio nonché ricorrere agli idonei collocati in graduatorie concorsuali in vigore, di conferire agli specializzandi iscritti al penultimo e ultimo anno di corso della

ISSN 2036-7821

scuola specializzazione, previo avviso pubblico, incarichi di lavoro a tempo determinato per la durata di 6 mesi. Tali incarichi sono prorogabili previa definizione dell'accordo previsto al settimo periodo dell'art. 1, comma 548-bis della legge 30/12/2018, n. 145[38]. Il suddetto accordo deve tener conto delle esigenze di recupero, all'interno della ordinaria durata legale del corso, e delle attività formative teoriche e assistenziali necessarie al raggiungimento degli obiettivi formativi

[38] 548-bis. Le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, nonché' le strutture sanitarie private accreditate, appartenenti alla rete formativa, nei limiti delle proprie disponibilità di bilancio e nei limiti di spesa per il personale previsti dalla disciplina vigente, possono procedere all'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato con orario a tempo parziale in ragione delle esigenze formative, disciplinato dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, di coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria di cui al comma 547, fermo restando il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea relativamente al possesso del titolo di formazione specialistica. Per le strutture private accreditate di cui al primo periodo, la facoltà assunzionale e' limitata agli specializzandi che svolgono l'attività formativa presso le medesime strutture. Il contratto non può avere durata superiore alla durata residua del corso di formazione specialistica, fatti salvi, per i medici specializzandi, i periodi di sospensione previsti dall'articolo 24, commi 5 e 6, primo periodo, del decreto legislativo 17 agosto 1999, n. 368, e può essere prorogato fino al conseguimento del titolo di formazione specialistica. L'interruzione definitiva del percorso di formazione specialistica comporta la risoluzione automatica del contratto di lavoro. I medici, i medici veterinari, gli odontoiatri, i biologi, i chimici, i farmacisti, i fisici e gli psicologi specializzandi assunti ai sensi del presente comma sono inquadrati con qualifica dirigenziale e al loro trattamento economico, proporzionato alla prestazione lavorativa resa e commisurato alle attività assistenziali svolte, si applicano, per quanto riguarda le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, le disposizioni del contratto collettivo nazionale di lavoro del personale della dirigenza medica, veterinaria e sanitaria del Servizio sanitario nazionale e, per quanto riguarda le strutture sanitarie private accreditate, le disposizioni dei rispettivi contratti collettivi nazionali di lavoro della dirigenza. Essi svolgono attività assistenziali coerenti con il livello di competenze e di autonomia raggiunto e correlato all'ordinamento didattico di corso, alle attività professionalizzanti nonché al programma formativo seguito e all'anno di corso di studi superato. Gli specializzandi, per la durata del rapporto di lavoro a tempo determinato, restano iscritti alla scuola di specializzazione universitaria e la formazione specialistica è a tempo parziale in conformità a quanto previsto dall'articolo 22 della direttiva n. 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005. Con specifici accordi tra le regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano e le università interessate sono definite, sulla base dell'accordo quadro adottato con decreto del Ministro dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, le modalità di svolgimento della formazione specialistica a tempo parziale e delle attività formative teoriche e pratiche previste dagli ordinamenti e regolamenti didattici della scuola di specializzazione universitaria. I suddetti accordi con le università sono adottati entro novanta giorni dalla richiesta dei soggetti di cui al primo periodo. In mancanza, le modalità di svolgimento della formazione specialistica a tempo parziale sono definite sulla base dell'accordo quadro di cui all'ottavo periodo. La formazione teorica compete alle università. La formazione pratica è svolta presso l'azienda sanitaria o l'ente d'inquadramento, purché accreditati ai sensi dell'articolo 43 del decreto legislativo n. 368 del 1999, ovvero presso gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Nel suddetto periodo gli specializzandi medici non hanno diritto al cumulo del trattamento economico previsto per i predetti specializzandi medici dal contratto di formazione specialistica di cui agli articoli 37 e seguenti del decreto legislativo n. 368 del 1999, fermo restando che il trattamento economico attribuito, con oneri a proprio esclusivo carico, dall'azienda o dall'ente d'inquadramento, se inferiore a quello già previsto dal contratto di formazione specialistica, è rideterminato in misura pari a quest'ultimo. A decorrere dalla data del conseguimento del relativo titolo di formazione specialistica, coloro che sono assunti ai sensi del presente comma sono inquadrati a tempo indeterminato nell'ambito dei ruoli della dirigenza del Servizio sanitario nazionale ai sensi del comma 548.

ISSN 2036-7821

previsti dal corso. Gli specializzandi continuano a percepire il trattamento economico (borsa), integrata dagli emolumenti corrisposti in proporzione all'attività lavorativa svolta.

- L'art. 2-quinquies consente ai medici iscritti al corso di specializzazione in Pediatria, di assumere incarichi provvisori o di sostituzione di pediatri di libera scelta convenzionati con il SSN. Il periodo di attività svolto viene riconosciuto ai fini del ciclo di studi che conduce al conseguimento del diploma di specializzazione. Anche in questo caso le università assicurano il recupero delle attività formative, teoriche e assistenziali fermo restano la durata legale del corso.

- Gli artt. 2-bis, 2-ter e 2-quinquies del D.L. n. 18 del 17/03/2020 e ss., sono stati oggetto di un nuovo intervento legislativo che, con il decreto milleproroghe 2023[39] prima e successivamente con il D.L. n. 202 del 27 dicembre 2024, ha spostato l'applicazione dei suddetti istituiti fino al 31/12/2025[40].
- L'art.12, comma 2, D.L. n. 34 del 30/03/2023 e ss., prevede una nuova deroga in via sperimentale per le attività libero professionale svolta dai medici D'emergenza e Urgenza, consentendo ai medici in formazione specialistica regolarmente iscritti al relativo corso di studi, di poter assumere incarichi libero professionali, anche di co.co.co., presso i servizi di emergenza-urgenza ospedalieri del SSN per un massimo di 8 ore settimanali, purché siano su base volontaria e al di fuori all'orario dedicato alla formazione. Tale previsione troverà applicazione sino al 31/12/2026[41]. Viene consentito altresì di prestare la propria collaborazione volontaria e occasionale, con contratto libero professionale, agli enti e alle associazioni che svolgono attività di raccolta di sangue ed emocomponenti. L'attività dovrà essere prestata al di fuori dell'orario dedicato alla formazione specialistica e fermo restando l'assolvimento degli obblighi formativi. L'attività svolta dallo specializzando dovrà essere coerente con il livello delle competenze e di autonomia raggiunto e correlato all'ordinamento didattico, alle attività professionalizzanti e il programma formativo seguito e all'anno di corso di studi superato. Gli specializzandi avranno diritto a conservare il trattamento previsto dalla formazione specialistica, e in aggiunta un compenso pari a 40 euro lordi comprensivi di oneri fiscali, previdenziali a carico dell'azienda o ente che

[39] D.L. n. 215 del 30/12/2023, art. 4, comma 4 e 5.

[40] L'art. 2-quinquies del decreto-legge 17/03/2020 n. 18 convertito con modificazione dalla legge 24 aprile 2020 n. 27 è stato modificato dal decreto c.d. "milleproroghe 2025" introducendo ai commi 1, 2, 3 la decorrenza applicativa in maniera strutturale dell'istituto dal 01/01/2025;

[41] La norma è stata interessata da una duplice modifica normativa ad opera del Decreto-legge n. 202 del 27/12/2024 e la legge n. 207 del 30/12/2024.

ISSN 2036-7821

conferisce l'incarico.

- La legge n.145/2018 all'art. 1 comma da 547 a 548 ter e ss. (Decreto Calabria) norma la possibilità, a partire dal secondo anno del corso di formazione specialistica, per i medici, medici veterinari, gli odontoiatri, i biologi, chimici, farmacisti, fisici e gli psicologi regolarmente iscritti, di essere ammessi alle procedure concorsuali per l'accesso alla dirigenza del ruolo sanitario nella specifica disciplina bandita e di essere collocati, in caso di esito positivo delle medesime procedure, in graduatoria separata. Le aziende e gli enti del SSN, nonché le strutture sanitarie private accreditate, appartenenti alla rete formativa, possono procedere all'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato con orario a tempo parziale in ragione delle esigenze formative di coloro che sono utilmente collocati nella graduatoria di cui al comma 547. Per le strutture private accreditate la facoltà di assunzione è limitata agli specializzandi che svolgono attività formativa presso le medesime strutture. Il contratto non può durare oltre la durata residua del corso di formazione specialistica[42]. L'interruzione dell'attività formativa determina la risoluzione automatica del contratto. L'attività svolta dovrà essere coerente con il livello di competenza e di autonomia raggiunto e correlato all'ordinamento didattico di corso, alle attività professionalizzanti e al programma formativo seguito e all'anno di corso superato. Pertanto gli specializzandi continueranno ad esseri iscritti al corso di specializzazione e svolgeranno la formazione pratica presso l'azienda sanitaria o l'ente di inquadramento purché accreditati, ovvero presso gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico. Nel periodo di vigenza del contratto lavorativo gli specializzandi non hanno diritto al cumulo del trattamento economico, che sarà a carico della struttura che ha proceduto all'assunzione. A decorrere dalla data di conseguimento del titolo di specializzazione, lo specializzando sarà inquadrato a tempo indeterminato.

Tali assunzioni, che possono avvenire in strutture sanitarie facenti parte della rete formativa di qualsiasi scuola di specializzazione della propria disciplina, così come chiarito con il D.M n. 35737 del 19/11/2021, sono normate da specifici accordi tra le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e le Università interessate, che sono definite sulla base dell' accordo quadro adottato con decreto del MUR di concerto con Ministero della Salute, previa intesa con la conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, attraverso cui si definiscono le modalità di svolgimento della formazione specialistica a tempo parziale e delle attività formative teoriche e pratiche previste dagli

[42] Fatti salvi i periodi di sospensione previsti dall' art. 24, commi 5 e 6, primo periodo del D.lgs.17/08/1999 n. 368.

ISSN 2036-7821

ordinamenti e regolamenti didattici della scuola di specializzazione universitaria.

L'accordo quadro agli art. 3 e 4 così prevede:

- 3. "L'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato con orario a tempo parziale può essere effettuata dalle aziende sanitarie, purché la struttura operativa nella quale lo specializzando è incardinato sia accreditata, per la specializzazione seguita dallo specializzando stesso, ai sensi dell'art. 43 del decreto legislativo n. 368 del 1999 e secondo i criteri stabiliti dai D.I. 68/2015 e 402/2017 e faccia parte della rete formativa di una delle scuole di specializzazione per la disciplina di interesse";
- 4. "In tutti i casi in cui la struttura operativa di cui al punto 3 non sia inserita nella rete formativa della sede della scuola di specializzazione cui è iscritto lo specializzando, si applicano le disposizioni di cui all'allegato 1 al D.I. n. 402/2017, per un periodo non superiore a 18 mesi**.** In tal caso dovrà essere redatto, a cura del Consiglio della Scuola stessa, entro 15 giorni dalla richiesta dell'azienda interessata, un progetto formativo individuale, da allegare al contratto di lavoro a tempo determinato, quale parte integrante del contratto stesso, attestante anche il grado di autonomia raggiunto dallo specializzando ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa".

Il Decreto Calabria è stato oggetto di importanti implementazioni con l'approvazione dell'art. 14 comma 1 della legge n. 34 del 2023, pubblicata sulla G.U. della Repubblica Italiana serie generale n. 124 del 29/05/2023 (emendamento ANAAO) che di seguito si riportano;

- L'assunzione degli specializzandi non è più emergenziale;
- Il contratto non può avere durata superiore alla durata residua del corso di formazione specialistica[43], fatti i salvi i periodi di sospensione previsti dall'art. 24, commi 5 e 6, primo periodo, del D. Lgs n.368/1999, e può essere prorogato fino al conseguimento del titolo di formazione specialistica;
- Si introduce anche il principio di assunzione d'ufficio dello specializzando da parte dell'azienda sanitaria dopo 90 giorni dalla sua richiesta, avendo efficacia anche in caso di diniego o mancata risposta dell'università. Il novellato testo normativo prevede che "i suddetti accordi con le università sono adottati entro novanta giorni dalla richiesta dei soggetti di cui al primo periodo. In mancanza, le modalità di svolgimento della formazione specialistica a tempo parziale sono definite sulla base dell'accordo quadro di cui all'ottavo periodo".

[43] (da 18 mesi passa a 36 mesi)

ISSN 2036-7821

Quest'ultima previsione[44] si è resa necessaria per evitare che vi fosse un blocco da

[44] La facoltà assunzionale degli specializzandi è prevista anche all'interno dell'art. 86 CCNL Area Sanità 2019-2022 come di seguito riportato: "Art. 86 Assunzioni a tempo determinato ai sensi della Legge 30 dicembre 2018, n. 145 1. Le Aziende ed Enti possono assumere dirigenti con contratto di lavoro a tempo determinato, ai sensi della Legge 30 dicembre 2018, n. 145 e s.m.i., commi 547 e segg., nei limiti dei vincoli finanziari previsti dalle vigenti disposizioni di legge in materia. I dirigenti così assunti coprono una frazione di posto di organico corrispondente alla durata della prestazione lavorativa. 2. Nel contratto di lavoro individuale, per il quale è richiesta la forma scritta, devono essere espressamente ed esaustivamente indicati: a) tipologia del rapporto di lavoro; b) la durata della prestazione lavorativa nonché della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno e del relativo trattamento economico. Quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione dell'orario di lavoro può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite c) data di inizio del rapporto di lavoro; d) area e disciplina o profilo professionale di appartenenza; e) incarico iniziale conferito e relativi elementi che lo caratterizzano; f) durata del periodo di prova; g) Unità Operativa di assegnazione e Presidio Ospedaliero o Struttura Territoriale sede dell'ordinaria attività lavorativa; 121 h) termine finale del rapporto di lavoro che non può essere successivo alla durata residua del corso di formazione specialistica, salvi i casi di sospensione previsti dall'articolo 24, commi 5 e 6, primo periodo, del D. Lgs. 17 agosto 1999, n. 368, e può essere prorogato fino al conseguimento del titolo di formazione specialistica; i) trattamento economico complessivo ai sensi del comma 7. 3. Il rapporto di lavoro dei dirigenti di cui al presente articolo è di tipo esclusivo; agli stessi non si applica il Titolo VIII (Libera professione intramuraria) ad eccezione dell'acquisto di prestazioni di cui all'art. 89, commi da 2 a 6 (Tipologie di attività libero professionale intramuraria) coerente con il livello di competenze e di autonomia raggiunto ferme restando le limitazioni di legge in materia. 4. In deroga a quanto previsto dall'art. 27, commi 2, 6 e 9 (Orario di lavoro dei dirigenti), l'orario di lavoro è di 32 ore settimanali dedicate all'attività lavorativa e all'attività formativa pratica ed è articolato su cinque o sei giorni, con orario convenzionale rispettivamente di 6 ore e 24 minuti e di 5 ore e 20 minuti. Sono applicabili, coerentemente con il livello di competenze e di autonomia raggiunto e ferme restando le limitazioni di legge in materia, le seguenti disposizioni di cui agli artt. 29 (Servizio di guardia), 30 (Servizio di pronta disponibilità), 31 (Lavoro straordinario), 85, commi 1, 5, 6 e 7 (Trattamento economico – normativo dei dirigenti con contratto a tempo determinato). È esclusa l'applicazione del CAPO VI (Formazione). 5. Ai dirigenti di cui al comma 1 le giornate di ferie sono riproporzionate in relazione al numero di ore settimanali rapportate al dirigente a tempo pieno di cui all'art. 32 (Ferie e festività soppresse). 6. In relazione alla durata prevista del rapporto di lavoro, il dirigente è sottoposto ad un periodo di prova, secondo la disciplina, dell'art. 16 (Periodo di prova), non superiore comunque a due settimane per i rapporti di durata fino a sei mesi e di quattro settimane per quelli di durata superiore. In deroga a quanto previsto dall'art. 16 (Periodo di prova), in qualunque momento del periodo di prova, ciascuna delle parti può recedere dal rapporto senza obbligo di preavviso né di indennità sostitutiva del preavviso, fatti salvi i casi di sospensione indicati nei citati articoli. Il recesso opera dal momento della comunicazione alla controparte e ove posto in essere dall'Azienda o Ente deve essere motivato. 7. Il trattamento economico del dirigente specializzando è riproporzionato in relazione al numero di ore settimanali rapportate al dirigente a tempo pieno. Il dirigente specializzando assunto ai sensi del comma 1 non ha diritto, per il relativo periodo, al cumulo del trattamento economico previsto dal contratto di formazione specialistica, di cui agli articoli 37 e seguenti del decreto legislativo n. 368/1999. 122 8. L'incarico attribuibile ai dirigenti del presente articolo è solo di tipo professionale iniziale. Tale incarico deve essere coerente con il livello di competenze e di autonomia raggiunto e correlato all'ordinamento didattico di corso, alle attività professionalizzanti nonché al programma formativo seguito e all'anno di corso di studi superato. La retribuzione di risultato è corrisposta in misura proporzionale alla durata dell'incarico ed in relazione ai risultati conseguiti. 9. In caso di risoluzione del rapporto di lavoro il termine di preavviso è fissato in un giorno per ogni periodo di lavoro di 15 giorni contrattualmente stabilito e, comunque, non può superare i 30 giorni nelle ipotesi di durata dello stesso superiore all'anno. In caso di dimissioni del dirigente, i termini sono ridotti alla metà, con arrotondamento all'unità superiore dell'eventuale frazione di unità derivante dal computo. Il rapporto di lavoro si risolve automaticamente, senza diritto al preavviso, alla scadenza del termine indicato nel contratto individuale o per effetto dell'interruzione definitiva del percorso di formazione specialistica. 10. Le aziende sanitarie presso le quali gli specializzandi sono assunti ne garantiscono il tutoraggio, ai sensi del D. Lgs. 368/1999 e s.m.i. svolto

ISSN 2036-7821

parte delle Università rispetto alla possibilità offerta dalla normativa, di consentire allo specializzando di svolgere l'attività pratica presso una struttura del SSN. Tale esigenza nasce anche dalla necessità di sopperire alla carenza di diversi medici specialisti nelle strutture sanitarie, creando di contro uno sbilanciamento rispetto al ruolo importante che gli stessi hanno all'interno delle strutture universitarie. Emerge come di fatto la figura dello specializzando venga considerata come unità di forza lavoro senza che però questo ruolo gli sia riconosciuto in via formale. Potremmo dire che si è venuta a costituire un ulteriore fattispecie ibrida di "lavoro subordinato"[45] non dissimile dalla forma contrattuale dell'apprendistato e/o formazione lavoro[46].

Attraverso un'analisi dei diversi dispositivi normativi, si intuisce senza grandi difficoltà, che il legislatore è intervenuto sempre in maniera straordinaria cercando di sopperire e risolvere le diverse problematiche con una metodica che potremmo definire "al bisogno", senza mai intervenire in maniera strutturale. Tale assioma viene confermato dal recente intervento del legislatore, che sceglie di modificare il "Decreto Calabria", con una previsione normativa di modifica all'interno di un provvedimento che certamente ha natura emergenziale e che ha come obiettivo principale quello di consentire un più agevole e rapido utilizzo delle risorse del PNNR[47].

L'art. 44 quater della legge 29 aprile 2024, n. 56, stabilisce una proroga nell'applicazione del decreto Calabria sino al 31/12/2026. Chiarisce che le aziende e

---

rispettivamente dai dirigenti medici, medici veterinari e sanitari della struttura nominati dalla scuola, nelle forme indicate dall'Università d'intesa con la direzione sanitaria e con i dirigenti responsabili delle strutture stesse. Il tutor nel corso dell'incarico stabilisce, sulla base delle competenze acquisite dallo specializzando e certificate secondo le modalità stabilite dalla scuola, le attività assistenziali che lo specializzando può via via svolgere in autonomia secondo quanto in questo senso attestato dalla scuola stessa, ferma restando la necessità per il tutor stesso di intervenire tempestivamente in caso di necessità. 11. Ai dirigenti di cui al presente articolo, fermi restando gli elementi di specificità di cui al presente articolo, per gli istituti non espressamente richiamati si applicano le disposizioni contrattuali previste per i dirigenti dell'area sanità a tempo pieno a rapporto esclusivo in quanto compatibili.

[45] In materia di lavoro atipico si segnala: Biagi M. e Tiraboschi M., Lavoro atipico: profili qualificatori e intensità dell'obbligo di sicurezza in *Diritto delle relazioni industriali* n.1-1999, p.59 e ss.; A. Uricchio, profili fiscali dei lavori atipici alla luce della legge Biagi; Biagi M., Le ragioni in favore di uno "Statuto dei nuovi lavoratori", *in Imprese& Stato*, n. 46, p. 41 e ss., 1998; Tiraboschi M. (1997), La legalizzazione della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo tra emersione del sommerso e promozione dell'occupazione: osservazioni dal punto di vista della sicurezza sul lavoro, in Biagi M. (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro. Commentario alla l. 196/1997*, Giuffrè`, Milano, p. 113 e ss. Tiraboschi M. (1997), Salute e sicurezza dei lavoratori temporanei: l'anomalia del caso italiano, in *DPL*, p. 1289 e ss.; Tiraboschi M. (1996), Lavoro atipico e ambiente di lavoro: la trasposizione in Italia della Direttiva n. 91/383/CEE, inq. Rivista, n. 3, p.51e ss. Tiraboschi M. (1996), Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement della giurisprudenza inglese?, inq. Rivista, n. 2, p.153 e ss.; Treu T. (1996), Intervento, in Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia, Cacucci, Bari.

[46] Sul tema si segnala Tiraboschi M., Apprendistato e lavoro pubblico: prime considerazioni sull'art. 2 del Decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80 in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2021, fasc. 3 pag. 908-913.

[47] Legge 29 aprile 2024, n. 56. conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 2 marzo 2024, n. 19, recante ulteriori disposizioni urgenti per l'attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (pnrr).

ISSN 2036-7821

gli enti del SSN nonché le strutture sanitarie private devono risultare accreditate alla data di stipula del contratto e che devono essere inserite in una rete formativa anche di un'altra scuola di specializzazione nella materia di interesse. Particolarmente controversia risulta la sospensione della certificazione delle attività formative da parte del Consiglio di Scuola, secondo quanto stabilito dal progetto formativo della scuola stessa, prevedendo l'obbligo in capo agli enti e aziende del sistema sanitario interessate a garantire, oltre il tutoraggio, anche la certificazione delle competenze acquisite dallo specializzando e le attività assistenziali che lo stesso può svolgere in autonomia. La norma chiarisce che tale certificazione sostituisce la prova di cui all'art. 38 comma 2 della legge n. 368/99 ed è valida al fine del rilascio del diploma [48]. Tale previsione si pone in antitesi rispetto a quanto affermato nei commi precedenti nel medesimo testo normativo laddove afferma che gli specializzandi "svolgono attività assistenziali con il livello di competenze e di autonomia raggiunto e correlato all'ordinamento didattico di corso, alle attività professionalizzanti nonché il programma formativo e l'anno di corso di studi superato". La norma da un lato richiede una coerenza al programma formativo seguito nonché all'anno di corso di studio superato e di contro invece sospende l'attività certificatrice del Consiglio di Scuola. Quindi chi certifica la coerenza con l'ordinamento?. Se si dovesse abolire l'esame di passaggio trasferendo in capo al tutor nominato all'interno delle strutture sanitarie il compito di stabilire le attività da svolgere e l'autonomia raggiunta indicando anche le attività pratiche svolte, qual è il ruolo delle Università? Sembrerebbe quasi che il legislatore abbia cercato di rafforzare il ruolo delle strutture del SSN in ordine alla qualificazione degli specializzandi emulando quanto succede per le attività professionalizzanti regolate nella forma dell'apprendistato che prevedono un tirocinio pratico presso le aziende per riconoscere le relative competenze attraverso la stipula di contratti di lavoro particolareggiati. Se la ratio dello sbilanciamento è confermato si pone in essere un'interferenza di competenze rispetto alle attività formative del post-laurea, che la norma individua in capo alle Università[49].

[48] Art. 38 comma 2 legge 368/99: Le modalità di svolgimento delle attività teoriche e pratiche dei medici in formazione, ivi compresa la rotazione tra le strutture inserite nella rete formativa, nonché il numero minimo e la tipologia degli interventi pratici che essi devono aver personalmente eseguito per essere ammessi a sostenere la prova finale annuale, sono preventivamente determinati dal consiglio della scuola in conformità agli ordinamenti e regolamenti didattici di cui al comma 1, ed e agli accordi fra le università e le aziende sanitarie di cui all'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni. Il programma generale di formazione della scuola di specializzazione è portato a conoscenza del medico all'inizio del periodo di formazione ed è aggiornato annualmente in relazione alle mutate necessità didattiche ed alle specifiche esigenze del programma di formazione del medico stesso.

[49] D.M. 270/04 art. 3. Titoli e corsi di studio. 1. Le università rilasciano i seguenti titoli: a) laurea (L); b) laurea magistrale (L.M.). 2. Le università rilasciano altresì il diploma di specializzazione (DS) e il dottorato di ricerca (DR). 3. La laurea, la laurea magistrale, il diploma di specializzazione e il dottorato di ricerca sono conseguiti al termine, rispettivamente, dei corsi di laurea, di laurea magistrale, di specializzazione e di dottorato di ricerca

ISSN 2036-7821

Si sottolinea che il nuovo testo normativo del "Decreto Calabria" va in antitesi anche rispetto a quanto previsto all'interno dello schema dell'accordo quadro[50], che si applica in maniera sistematica qualora sia l'università che la regione interessata non sottoscrivano un accordo nei termini di 90 giorni. Sarebbe opportuno che il legislatore intervenga riformando anche l'accordo Quadro del 2021 recependo così la novellata normativa, con particolare riguardo alla possibilità di assumere dal II anno oltre che a quanto previsto dagli art. 3 e 4.

Il Mur è intervenuto specificando con una nota che è da ritenersi invariata "la necessità a che gli specializzandi si sottopongano alla valutazione delle attività formative teoriche acquisite nel medesimo arco temporale". La nota precisa, che non essendovi retroattività della norma oggetto di disamina, con riferimento all'a.a. 2021-2022, non vi sarebbe altra soluzione che "mantenere comunque in capo all'Ateneo le attività di certificazione e verifica per ciò che concerne l'a.a. 2021/22". La nota ritiene che tale scelta sia giustificata anche dal fatto che le strutture sanitarie dovranno comunque adeguarsi e adottare inidonei interventi certificativi delle attività svolte dagli specializzandi.

A tal proposito è doveroso evidenziare che la nota non considera che le attività formative professionalizzanti hanno un'incidenza nel percorso formativo pari al 70%[51], e che i contratti di lavoro sottoscritti dai medici specializzandi prevedono

istituiti dalle università. 4. Il corso di laurea ha l'obiettivo di assicurare allo studente un'adeguata padronanza di metodi e contenuti scientifici generali, anche nel caso in cui sia orientato all'acquisizione di specifiche conoscenze professionali. 35. L'acquisizione delle conoscenze professionali, di cui al comma 4 è preordinata all'inserimento del laureato nel mondo del lavoro ed all'esercizio delle correlate attività professionali regolamentate, nell'osservanza delle disposizioni di legge e dell'Unione europea e di quelle di cui all'articolo 11, comma 4. 6. Il corso di laurea magistrale ha l'obiettivo di fornire allo studente una formazione di livello avanzato per l'esercizio di attività di elevata qualificazione in ambiti specifici. 7. Il corso di specializzazione ha l'obiettivo di fornire allo studente conoscenze e abilità per funzioni richieste nell'esercizio di particolari attività professionali e può essere istituito esclusivamente in applicazione di specifiche norme di legge o di direttive dell'Unione europea. 8. I corsi di dottorato di ricerca e il conseguimento del relativo titolo sono disciplinati dall'articolo 4 della legge 3 luglio 1998, n. 210, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 6, commi 5 e 6. 9. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 19 novembre 1990, n. 341, in materia di formazione finalizzata e di servizi didattici integrativi. In particolare, in attuazione dell'articolo 1, comma 15, della legge 14 gennaio 1999, n. 4, le università possono attivare, disciplinandoli nei regolamenti didattici di ateneo, corsi di perfezionamento scientifico e di alta formazione permanente e ricorrente, successivi al conseguimento della laurea o della laurea magistrale, alla conclusione dei quali sono rilasciati i master universitari di primo e di secondo livello. 10. Sulla base di apposite convenzioni, le università italiane possono rilasciare i titoli di cui al presente articolo, anche congiuntamente con altri atenei italiani o stranieri (4).

[50] Registro ufficiale. U. n. 0035737.19/11/2021

[51] Art. 2 comma 5 della D.M. 68/2015 "Almeno il 70% del complesso delle attività formative di cui al comma 4 del presente articolo è riservato allo svolgimento di attività formative professionalizzanti (pratiche e di tirocinio), pari a 126 CFU per le tipologie di scuole articolate in tre anni di corso, 168 CFU per le tipologie di scuole articolate in quattro anni di corso e 210 CFU per le tipologie di scuole articolate in cinque anni di corso. I CFU professionalizzanti hanno un peso in ore lavoro dello specializzando pari ad almeno trenta ore per CFU tali da equiparare l'impegno orario dello specializzando a quello previsto dal Servizio sanitario nazionale. Tenuto conto di quanto previsto dall'art. 1 del decreto del Presidente della Repubblica n. 382/1980 e successive modificazioni e

ISSN 2036-7821

solitamente 32 ore di lavoro settimanali a cui si aggiungono solo 6 ore di formazione teorica che fanno capo alle Università. Considerate le proporzioni di cui sopra, nonché che la norma non prevede più la certificazione delle attività da parte dei Consigli di Scuola, si avvalora la teoria dello sbilanciamento a favore delle UOC degli Enti accreditati al SSN che di fatto determinano e valutano la formazione dello specializzando.

Il comma 548-bis dell'art. art. 1 della legge n. 145/2018 è stata oggetto di una nuova modifica ad opera della legge n. 207 del 30/12/2024[52], prevedendo una proroga applicativa sino al 31 dicembre 2027. La norma introduce un chiarimento circa l'applicabilità nei casi in cui le unità operative non appartengano alla rete formativa per la disciplina oggetto di concorso, prevedendo che in tali casi si può procedere all'assunzione previa certificazione della sussistenza degli standard generali e specifici richiesti per l'accreditamento delle strutture facenti parte delle reti formative in base alla normativa vigente. La certificazione è rilasciata entro novanta giorni dalla richiesta, per ciascuna procedura concorsuale, con decreto del Ministero della Salute, di concerto con il Ministero dell'Università e della Ricerca. Quest'ultimo nei successivi 30 giorni deve adottare il provvedimento di inserimento nelle reti formative delle strutture.

Si interviene anche sull'art. 12, comma 2 del decreto-legge 30 marzo 2023, n. 24 convertito dalla legge 26 maggio 2023, n. 56, ampliandone la sfera applicativa, prevedendo per gli specializzandi di assumere su base volontaria e al di fuori dell'orario dedicato alla formazione, incarichi libero-professionali, anche di collaborazione coordinata e continuativa presso tutti i servizi sanitari[53] purché siano coerenti con l'anno in corso di studi superato e con il livello di competenza e di autonomia raggiunto. La norma non chiarisce il ruolo delle Scuole nonché se sussiste un obbligo di comunicazione o richiesta autorizzativa. Applicando in via analogica quanto previsto per l'attività volontaria svolta dagli specializzandi presso i centri di raccolta del sangue, così come chiarito dal Consiglio di Stato[54], sussiste in capo allo specializzando un onere di comunicazione[55] che consente al responsabile dei corsi e delle scuole di verificare il rispetto degli obblighi inerenti alla specializzazione. Il suddetto art. 12 è stato oggetto di due ulteriori interventi normativi di modifica. Il primo intervento ad opera del c.d. "decreto Mille Proroghe 2025"[56] amplia il periodo

integrazioni, l'attività didattica all'interno delle scuole di specializzazione rientra nei compiti didattici dei professori e ricercatori universitari.

[52] Supplemento Ordinario n. 43, della Gazzetta Ufficiale n. 305 del 31 dicembre 2024.

[53] Non più esclusivamente per i servizi di emergenza-urgenza ospedalieri del SSN.

[54] Consiglio di Stato atti normativi, 09/02/2023, n. 190 in *Foro Amm*. (II) 2023, 9, II,1239.

[55] Deve ricomprendere sia la data di inizio che la durata della collaborazione volontaria, "oltre che qualsiasi altra informazione".

[56] Decreto-legge 27 dicembre 2024 n. 202 pubblicano in G.U. 27 dicembre 2024 n. 302.

ISSN 2036-7821

entro cui maturare tre anni di servizio per l'accesso alla dirigenza presso i servizi di Emergenza e Urgenza, spostandolo sino al 31/12/2024. La Legge Finanziaria 2025[57], prorogando l'applicazione della norma sino al 2026, prevede la possibilità di prestare l'attività non solo presso servizi sanitari del SSN, ma anche presso strutture sanitarie private o libero professionali. La norma stabilisce che il compenso orario lordo di 40 euro comprensivi di tutti gli oneri fiscali, previdenziali e di ogni altro onere previsto a carico dell'azienda o dell'ente che ha conferito l'incarico è valevole solo per le strutture del SSN.

Si evidenzia come la formazione specialistica in ambito medico oggi consente una formazione a "due vie" perché a parità di prestazione e di orario di lavoro, corrisponde una diversità di trattamento: mentre lo specializzando collocato in rete formativa percepisce esclusivamente la borsa di studio, un suo collega che accetta un contratto di lavoro, percepisce per la medesima attività formativa e a parità di ore di lavoro, un compenso da dirigente medico. Il primo dovrà assoggettarsi alle verifiche (esame di passaggio), spostarsi nella rete formativa e seguire le indicazioni della Scuola di riferimento, l'altro invece dovrà presentare una certificazione a cura del suo tutor aziendale sulle attività svolte, e pur senza sostenere alcun esame di passaggio, potrà ottenere il medesimo titolo di specializzazione. Tale divergenza si evidenzia ancora di più se consideriamo i periodi di sospensione per malattia e gravidanza e l'obbligo di recuperare i suddetti periodi nella formazione[58], nonché il diritto alle ferie che non viene riconosciuto agli specializzandi in formazione che non hanno assunto alcun contratto di lavoro. Una maggior differenziazione vi è anche nel riconoscimento delle tutele previdenziali e assistenziali oltre che fiscali[59].

[57] Legge 30 dicembre 2024, n. 207.

[58] D.lgs. n. 368/99 art. 40 c.33 e c.5; Gli impedimenti temporanei superiori ai quaranta giorni lavorativi consecutivi per servizio militare, gravidanza e malattia, sospendono il periodo di formazione, fermo restando che l'intera sua durata non è ridotta a causa delle suddette sospensioni. Restano ferme le disposizioni in materia di tutela della gravidanza di cui alla legge 30 dicembre 1971, n. 1204 e successive modificazioni, nonché quelle sull'adempimento del servizio militare di cui alla legge 24 dicembre 1986, n. 958 e ss. modifiche."

[59] I medici in formazione specialistica, a decorrere dall'anno accademico 2006/2007, sono iscritti alla Gestione Separata INPS secondo quanto stabilito dall'articolo 1, comma 300, della legge finanziaria 266 del 2005 (per l'anno 2006). Infine, sono tenuti al pagamento della quota A del sistema previdenziale ENPAM e della quota di iscrizione all'Albo dell'Ordine dei Medici. L' art. 50, c. 1, lett. c) del Tuir, stabilisce che sono imponibili ai fini dell'Irpef le borse di studio percepite da soggetti fiscalmente residenti in Italia. La norma citata assimila ai redditi di lavoro dipendente "le somme da chiunque corrisposte a titolo di borsa di studio o di assegno, premio o sussidio per fini di studio o di addestramento professionale, se il beneficiario non è legato da rapporti di lavoro dipendente nei confronti del soggetto erogante", mentre per le borse di studio erogate in favore di soggetti non residenti, a stabilirne la loro imponibilità è l'art. 23, comma 2, lett. b), del Tuir che considera, "prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti:… b) i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere c),… del comma 1 dell'art. 50". La borsa erogata agli specializzandi non consiste in gettito reddituale ma rientra nei redditi esenti (vedi risoluzione 120/E del 22 novembre 2010, circolare 20/E del 18 maggio 2016, capitolo I, paragrafo 2, risoluzione 338/E del 30 ottobre 2002), pertanto lo specializzando non può essere

ISSN 2036-7821

Si segnala inoltre il tema della responsabilità professionale dei medici in formazione specialistica "autonomia vincolata" che certamente vede rafforzarsi in capo a chi assume il ruolo di dirigente medico[60].

Dalle considerazioni sin qui esposte si constata come lo status giuridico dello specializzando medico in formazione non sia chiaro e ben definito. Il ruolo dello specializzando nella tenuta del sistema sanitario nazionale è orami palese, considerato unità di lavoro indispensabile anche in considerazione dell'orario di lavoro che questi sono tenuti a svolgere. Per gli specializzandi si applica quanto previsto dalla direttiva 2003-88-CE e quindi per i medici in formazione sussistono limiti all'orario di lavoro medio settimanale che, in media non può superare le 48 ore e periodi di riposo minimi giornalieri di 11 ore consecutive per ogni periodo di 24 ore e settimanali di 24 ore consecutive per ogni periodo della durata di 7 giorni[61]. Si sottolinea come per gli specializzandi non sia previsto un periodo di ferie bensì un diritto di assentarsi di 30 giorni senza necessità di giustificazione[62].

La giurisprudenza[63] ritiene che non imponendo la normativa europea un obbligo di instaurare un rapporto di lavoro subordinato con i medici specializzandi, non si possa fare riferimento all'art. 36 della Cost. Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario le prestazioni svolte dai medici specializzandi non vanno a vantaggio dell'università ma della formazione teorica e pratica e del

identificato come nucleo familiare a sé e quindi acquisire lo status di studente indipendente. Sul tema della tassazione di lavoro dipendente: Uricchio A., Flessibilità del lavoro e imposizione tributaria, 2004; Uricchio A., La qualificazione del reddito di lavoro dipendente tra definizioni normative e itinerari della giurisprudenza in Diritto e Pratica Tributaria, 2002; Uricchio A., Il reddito dei lavori tra autonomia e dipendenza, Cacucci, Bari, 2006.

[60] Sul tema Di lello Finuoli Marina, La colpa penale del medico in formazione specialistica in *La legislazione Penale*, 2022, fasc.3 pag. 59-89; Panaia Assunta, L'autonomia vincolata dello specializzando in *Diritto.it*.; Limone C., Sulla colpa del medico specializzando in *G.I.*, 2013, fasc.1 pag. 162-163; Zingales Diana, "Autonomia vincolata vs erronee scelte diagnostico-terapeutiche del medico strutturato: quale spazio per una posizione di garanzia del medico specializzando? in *Cassazione Penale*, 2019 fasc. 4, p. 1591-1604; Arpaia G., il danno ricevuto dai medici specializzandi ante D.lgs.. 257/1991 ed il relativo onere della prova in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2016, fasc. 4 p. 99-103; De Luca Natale, Febi Edy, Montanari Vergallo Gianluca, La responsabilità penale degli specializzandi e dei tutors in *Rivista italiana di medicina legale*, 2010, fasc. 4-5, p. 617- 641;Brusco C., La colpa nella responsabilità penale del medico in *Danno e responsabilità*, 2006, fasc. 8-9, p. 831-835;Ciauri A., in tema di responsabilità professionale del medico specializzando che operi sotto le direttive del docente *Il nuovo diritto*, 2000, fasc.4 , p. 273-274; Basile Leopoldo, Spunti di riflessione sul tema della responsabilità professionale del medico in *diritto ed economia dell'assicurazione*, 1996, fasc. 2-3, p. 275-297. L'art. 38 comma 3 del d.lgs. n. 368/99 detta le modalità di svolgimento delle attività teoriche e pratiche finalizzate alla formazione.

[61] Agli specializzandi si applica quanto previsto dal Dlgs. 66/2023.

[62] Art. 40 c. 4 "non determina interruzione della formazione, e non devono essere recuperate, le assenze per motivi personali, preventivamente autorizzate salvo causa di forza maggiore, che non superino trenta giorni complessivi nell'anno accademico e non pregiudichino il raggiungimento degli obiettivi formativi. Si sottolinea che non viene riconosciuto il congedo matrimoniale.

[63] Cass. ord. n. 18667/2020; art. 36 Cost. che prevede il diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e la sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

ISSN 2036-7821

conseguimento a fine corso di un titolo abilitante[64]. Non si può non tener conto dei principio generale espresso in ambito giuslavoristico, per cui prevale l'accertamento delle effettive modalità di svolgimento della prestazione lavorativa nella qualificazione del rapporto di lavoro rispetto al "nomen iuris", svolgendo un ruolo importante ai fini di un corretto inquadramento l'utilizzo dei diversi indici sintomatici, complementari e/o sussidiari nonché i diversi elementi indiziari sviluppati in ambito giurisprudenziale, che svolgono il ruolo di faro nell'accertamento della subordinazione operata dal giudice del Lavoro[65]. Se consideriamo la natura del contratto sottoscritto dagli specializzandi naturalmente affine a quello sottoscritto nella forma del contratto di apprendistato[66] nel pubblico impiego o quello di alta formazione e ricerca ai sensi dell'art. 44 comma1 del D.lgs. n. 81/2015, potremmo concludere che, anche per gli specializzandi in assenza di vero progetto formativo, si viene a configurare un rapporto di lavoro di tipo subordinato, che, se pur non determina una trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato[67], potrebbe configurare profili di natura risarcitoria. Il contratto di apprendistato costituisce contratto a causa mista, configurandosi come rapporto di lavoro a tempo indeterminato a struttura bifasica, nel quale la prima fase è

[64] Cass. n. 18670/2017; Cass. n. 20403/2009, Cass. n. 6089/1998; Cass. n. 9789/95; Tribunale Sez. Lav. Modena, 05/06/2019 n. 121; Tribunale sez. I Catania, 16/08/2019 n. 3381; Consiglio di Stato sez. IV, 10/08/2000 n. 4442. Contro TAR Umbria 24/10/2002 n. 754 afferma che "rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto l'esclusione dal concorso di ammissione ad una scuola di specializzazione in medicina, inquanto il rapporto tra lo specializzando e l'ente gestore della scuola è assimilabile ad un rapporto di lavoro subordinato e più precisamente di pubblico impiego".

[65]Cass. Civ. sez. lav. 08/03/2024, n. 6344; Cass. Civ. Sez. Lav., 22/04/2022, n. 12919 "sono considerate le concrete modalità di svolgimento della prestazione"; Cass Civ. sez. Lav. 30/04/2021, n. 11424 "qualora l'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari come la collaborazione, la continuità delle prestazioni, l'osservanza di un orario determinato, il versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo del datore di lavoro"; Corte appello Milano sez. Lav., 26/09/2023, n. 817 "il giudice deve valutare in maniera rigorosa se quanto dichiarato nel documento contrattuale si sia tradotto nella realtà"; Trib. Sez. Lav. Biella, 03/10/2023, n. 218; Tribunale di Milano, 28/09/2023 in *Rivista italiana di diritto del lavoro* 2023,4,II,845; Tribunale sez. Lav. Cassino 17/05/2023 n. 393 "elemento decisivo nella qualificazione è da rivenirsi nella soggezione personale del lavoratore al potere direttivo" in Giuffrè, Dejure 2023; Corte di Appello sez. Lav. Roma, 11/05/2023, n. 1988, Giuffrè 2023; Contro Tribunale Trieste sez. Lav. 15/11/2022, n. 76 "qualora si sia incertezza sulla qualificazione del contratto di lavoro assume particolare rilievo il "nomen iuris" attribuito dalle parti" in Giuffrè 2023.

[66] Sul tema Papini Lorena, Reclutamento di giovani laureati nella PA con contratto di apprendistato, in *Diritto.it* 02/07/2024.

[67] Trattasi di principio consolidato dalla giurisprudenza con diversi interventi della Corte di cassazione la quale ribadisce che, nel rapporto di pubblico impiego a tempo determinato, l'eventuale violazione delle norme sul contratto a termine non può mai tradursi nella conversione del rapporto per espressa disposizione legislativa. Vedi ; Cassazione Civile sentenza n. 37750/2022; sentenza n. 24960 del 15/09/2021; Corte di Cassazione, sez. Lavoro, ordinanza n. 8671/19; Perrino A.M., n tema di trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato nel settore pubblico; Garofalo D., Riforma e controriforma della disciplina del contratto a termine in Ricci M. - D'Onghia M. (a cura di), *Il contratto a termine tra pubblico e privato. Atti del Convegno*, Giuffrè, Milano, 2007.

ISSN 2036-7821

contraddistinta da causa mista in cui avviene lo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione a cui si aggiunge l'elemento specializzante costituito dallo scambio tra attività lavorativa e formazione professionale, mentre la seconda residuale vede la trasformazione del rapporto in tipico rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato[68]. Così come avviene per i contratti di apprendistato anche i contratti di formazione specialistica medica sono finalizzati al conseguimento di una qualificazione professionale attraverso la formazione sul lavoro, per cui la "causa formativa" assume elemento essenziale del contratto, la cui assenza comporta nullità per mancanza della causa[69]. Una certa analogia si riviene con il nuovo istituto introdotto con l'art. 3-ter D.L. 44/2023 convertito in legge 74/2023, che se pur differisce dalla previsione dell'art. 41 del D.lgs 81/2015[70], conserva elementi non dissimili[71] quali "un contratto di lavoro a tempo determinato di apprendistato di durata massima di 36 mesi" al termine del quale si può procedere con la successiva trasformazione del rapporto di lavoro.

4. Conclusioni.

Attraverso i diversi interventi posti in essere dal legislatore possiamo affermare che la strada che viene di fatto tracciata va nella direzione di porre le basi per un nuovo percorso di formazione per i medici specializzandi, che si ispira e orienta verso la forma contrattuale dell'apprendistato della pubblica amministrazione. Tale istituto consentirebbe di utilizzare lo specializzando come forza lavoro all'interno delle strutture sanitarie durante il periodo di formazione, attraverso il riconoscimento delle sue attività come attività professionalizzanti, che da un lato gli riconoscono le competenze e la possibilità di inserimento nel mondo del lavoro nel ruolo di dirigenza medica e dall'altro contribuiscono al conferimento del titolo di specialista che rimane di competenza delle università.

Oggi si conferma l'esistenza di un doppio binario di formazione che caratterizza le specializzazioni mediche, dando origine a percorsi formativi impari[72] tra chi assume

[68] Consiglio di Stato sez. V, 24/11/2021 n. 7865 in foro amministrativo (II) 2021, 11, 1724.

[69] In materia di nullità del contratto di apprendistato: Consiglio di Stato sez. V 24/11/2021, n. 7865 in *Foro Ammnistrativo* (II) 2021,11, 1724; Cass. Civ. sez. lav. 13/03/2024 n. 6704 in *Diritto & giustizia* 2024, 14 marzo; Cass. Civ. sez. lav. 24/04/2023 n. 10826; Tribunale di Varese sez. lav., 16/12/2021 n. 777; Cass. civ. sez. lav. 24/02/2023 n. 5730;

[70] L'apprendistato nel settore privato è un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani. Si tratta di un contratto a causa mista dove oltre agli obblighi del lavoratore e datore si affiancano ulteriori obbligazioni del datore di formare e del lavoratore di frequentare regolarmente l'attività formativa.

[71] In particolare, l'apprendistato di alta formazione e ricerca per il conseguimento di titoli di studio universitari e della alta formazione, compresi i dottorati di ricerca.

[72] Rispetto sia agli aspetti retributivi che quelli assistenziali e previdenziali nonché la modalità di svolgimento della formazione.

ISSN 2036-7821

già dal secondo anno il ruolo di dirigente medico rispetto a chi prosegue la sua attività formativa all'interno della Scuola di Specializzazione. Possiamo affermare che si renda quanto mai necessaria una riforma dell'intero sistema di formazione specialistica in ambito medico, che non può prescindere dal riconoscimento a quest'ultimi del proprio apporto lavorativo, se pur in una fase formativa. Tale esigenza si deve coniugare necessariamente con la circostanza per cui il riconoscimento del titolo di specializzazione deve fare capo alle università, garantendo la loro autonomia didattica espressa dalla legge 270/04. Ciò presuppone che l'attività pratica specialistica non possa prescindere dal progetto formativo che deve essere condiviso tra gli i diversi attori coinvolti nella formazione del medico e parte integrante del contratto di lavoro. Si pone quindi il problema di riscrivere il principio di incompatibilità, oggi "convalescente", il cui affievolimento è determinato dall'apertura alla sottoscrizione quasi sistemica dello specializzando di un rapporto di lavoro a tempo determinato e che quindi ne caratterizza la su qualificazione giuridica da attività meramente formativa a quella di un rapporto di lavoro subordinato nel ruolo della dirigenza medica così come regolato dalla CCNL Area Sanità. L'allentamento del legislatore pare non voler essere oggi di tipo strutturale; infatti, ha operato un semplice rinvio alla deroga dell'esclusività e del tempo pieno per gli specializzandi che nel caso dell'applicazione del "Decreto Calabria" vede il capolinea fissato a dicembre 2027, mentre le altre tipologie che fanno riferimento al "Cura Italia" vedono una scadenza applicativa a dicembre 2025[73]. Anche qualora la carenza dei medici nel settore del SSN fosse da considerarsi risolto a breve tempo, ciò non giustificherebbe una legge di risacca, che vada nuovamente a rafforzare e ripristinare il suddetto principio, inquanto il riconoscimento dell'apporto lavorativo dello specializzando eseguito nella rete formativa, se pur nelle more del completamento della formazione, garantirebbe la possibilità costruire un sistema sanitario più forte e più solido, anche rispetto all'obiettivo di garantire una riduzione dei tempi di attesa. Tale riconoscimento avrebbe effetti di tipo qualitativo, stabilendo una forte connessione tra autonomia lavorativa e riconoscimento professionale senza trascurare gli aspetti previdenziali e assistenziali. Il ruolo dell'università dovrà comunque rimanere principale nelle attività formative, dovendo concordare ex-ante e verificare ex-post che l'attività professionale svolta all'interno delle strutture inserite in rete[74] e accreditate dal SSN sia coerente con il percorso formativo e che l'autonomia acquisita dallo specializzando gli consenta di conseguire il titolo di specialista.

[73] Decreto-legge 27 dicembre 2024, n. 202 c.d. Mille Proroghe" in *G.U. 27/12/2024 n. 302*;
[74] Strutture che devono possedere i requisiti stabiliti dai D.I. 68/2015 e 402/2017.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La programmazione nel ciclo di vita degli appalti pubblici

di Giovanna Tuccillo

(Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. L'evoluzione della normativa sui contratti pubblici – 2. La disciplina della programmazione prima del nuovo codice – 3. La programmazione nel codice del 2023 – 4. Il nuovo quadro della programmazione pubblica: principi generali, vincolatività e profili di impugnabilità.

Abstract

With the new public procurement code, which replaced Legislative Decree 18 April 2016, no. 50, procurement procedures and their operational phases have undergone significant evolution. The aim of the research is to analyse their developments, with particular attention to the very first phase of the procurement procedure: programming. The study starts from the 2006 Code, examining the provisions of Legislative Decree 50/2016, up to the code introduced by Legislative Decree 31 March 2023, no. 36. The specific object of investigation is the three types of programming: the programming of public works, the purchase of goods and services and the programming of strategic infrastructures and of pre-eminent national interest, illustrating the critical issues and strengths that this phase has exhibited as a result of the various disciplines that have intervened on the matter. Attention is paid, in particular, to its binding nature and to the consistency of the current discipline with respect to the principles expressly established by the new public procurement code..

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

ISSN 2036-7821

1. L'evoluzione della normativa sui contratti pubblici.

La disciplina sui contratti pubblici è stata per lungo tempo contemplata nella normativa sulla contabilità dello Stato[1], finalizzata a garantire una corretta gestione delle commesse pubbliche attraverso procedure ad evidenza pubblica. Tale collocazione aveva due obiettivi: da un lato assicurare le condizioni economiche più favorevoli all'amministrazione mettendo in concorrenza le imprese, dall'altro proteggere l'amministrazione dal rischio di collusione di queste ultime[2]. Tali obiettivi venivano perseguiti per mezzo di una serie di regole formali[3] e procedurali relative alla gara pubblica, volte a limitare il più possibile la discrezionalità dell'amministrazione, prevenendo così fenomeni corruttivi tra imprese e funzionari infedeli. Per questa via, la selezione dell'offerta migliore avveniva attraverso le procedure dell'asta pubblica e della licitazione privata e sulla base di un solo parametro vincolato (il prezzo offerto)[4].

L'impianto generale era, dunque, ispirato dall'intento di ridimensionare il potere di scelta dell'amministrazione a tutela, al contempo, della finanza pubblica e del contraente privato. Tale obiettivo veniva raggiunto attraverso stringenti regole formali e meccanismi automatici nella scelta del contraente, che finivano tuttavia per mettere in secondo piano l'interesse pubblico da perseguire, evidentemente non circoscrivibile ad una istanza di cautela finanziaria.

In seguito, l'irrompere del diritto europeo muta il quadro, a partire dalle direttive degli anni 70 del secolo scorso e prima metà degli anni 80[5], con le quali si pone progressivamente l'accento sull'esigenza di aprire il mercato degli appalti pubblici alla concorrenza a livello europeo a tutela delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato: libera circolazione di merci, lavoratori, capitali e impresa.

È l'avvio di un percorso che trova espressioni più consapevoli nella seconda metà degli anni 80[6], allorché il principio di concorrenza diventa il fulcro di un sistema di

---

[1] R.d. 18 novembre 1923, n.24401 e regolamento approvato con r.d. 23 maggio 1924, n.824.

[2] Da qui anche l'inserimento nel Codice penale di figure di reato come la turbativa d'asta e l'astensione dagli incanti (artt353 e 354 c.p.).

[3] M. CAFAGNO, *Gare pubbliche*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 2652 ove si sottolinea che «la regolazione rigida e preventiva dei procedimenti selettivi tende ad ovviare alle difficoltà che incontrerebbe un sistema di controllo dell'operato dei funzionari basato sull'osservazione postuma dei risultati contrattuali conseguiti; l'abbattimento della discrezionalità assicurato da una procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta si erge così a virtuale argine ai pericoli di arbitrio e corruttela».

[4] M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo,* Bologna, 2022, 420.

[5] Il riferimento è alle direttive 71/304/CEE in materia di appalti di servizi collegati a lavori pubblici, 71/305/CEE sui lavori pubblici e 72/277/CEE in materia di appalti di lavori pubblici, attuate dalla l. 8 agosto 1977, n. 584, e alle direttive 77/62/CEE e 80/767/CEE sugli appalti pubblici di forniture, attuate dalla l. 30 marzo 1981, n. 113.

[6] Il riferimento è alla direttiva 88/295 avente ad oggetto gli appalti pubblici di forniture; la direttiva 89/440 in tema di appalti di opere pubbliche; la direttiva 92/50 sugli appalti pubblici di servizi; le direttive 90/531 e 93/38 per quanto riguarda gli appalti di servizi forniture e lavori nei settori di acqua, energia, telecomunicazioni e

ISSN 2036-7821

regole che non guarda più soltanto alla tutela dell'amministrazione, ma soprattutto alla tutela degli operatori economici, nella prospettiva di una maggiore apertura ai mercati nazionali. Nella visione europea, con un approccio più flessibile e meno formalistico, un qualche margine di discrezionalità si ritiene infatti consenta all'amministrazione di coinvolgere nella contrattazione un quadro più ampio di soggetti economici con conseguente possibilità di valutare un numero maggiore di offerte e soluzioni.

Rispetto a questa ambizione, il quadro normativo presentava, tuttavia, più di una criticità, a partire dalla complessità e frammentazione delle norme, che potevano creare incertezze e rallentamenti nei processi di appalto, posto che la vigente regolamentazione specifica di settore (lavori, servizi, forniture) determinava, per ciascuno di essi, regimi parzialmente diversi. Per tale motivo, in ambito europeo, si avvertì l'esigenza di adottare regole comuni per tutti i settori, semplificando e armonizzando le procedure attraverso l'attuazione delle direttive UE 17 e 18 del 2004[7].

In ambito nazionale, dunque, l'attuazione delle stesse interveniva attraverso il Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163[8], allargando gli spazi della regolazione interna e dando maggiore rilievo al principio di economicità socialmente inteso, che impone, nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti, idonea valutazione rispetto alle istanze ambientali e sociali, nel quadro di una generale consapevolezza, da parte del legislatore comunitario, del ruolo dell'attività contrattuale come strumento di politica economica e sociale.

Il quadro regolatore abbandona progressivamente meccanismi automatici di scelta del contraente, per riconoscere dunque nuovi e più rilevanti margini di discrezionalità alle stazioni appaltanti.

L'ultima fase della regolazione europea riguarda il pacchetto di direttive del 2014[9], recepite nel nostro ordinamento con il Decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, con l'obiettivo di accrescere la produttività della spesa pubblica, facilitando la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici con procedure competitive che puntavano a un modello di integrazione sociale che garantisse pari opportunità a tutti gli operatori, perseguendo altresì la massimizzazione del

---

trasporti; le direttive 93/36 e 93/37, "testi unici" che raccoglievano e sistemavano le disposizioni previgenti relative agli appalti pubblici di forniture e lavori nei settori cd. ordinari.

[7] M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti,* in *Urb. e app.*, 2004, 7, 755.

[8] Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, rubricato «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE».

[9] In particolare: 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; 2014/24/UE sugli appalti pubblici; 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

ISSN 2036-7821

principio di concorrenza.

L'applicazione delle norme del 2016 non è stata, tuttavia, scevra da insidie. Da qui, pur in un quadro di stabilità della normativa europea, il recente intervento di riforma, assunto peraltro a specifico impegno dal governo italiano, nel 2021, nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNNR) [10] con il nuovo codice dei contratti pubblici (Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36)[11] volto ad una nuova sistematizzazione della materia, a partire dall'enunciazione di principi generali dell'attività contrattuale amministrativa.

Il ricorso ai principi generali rappresenta una novità di rilievo nella riforma del 2023. Il legislatore ha ritenuto essenziale ricorrere a tali principi per guidare in modo coerente e uniforme l'interpretazione delle disposizioni normative, fornendo un quadro di riferimento stabile che assicuri una maggiore efficienza, trasparenza e affidabilità nelle procedure di affidamento pubblico. La *ratio* generale è sicuramente quella di conferire maggiore flessibilità alle procedure di affidamento, orientando il sistema verso l'obiettivo finale: garantire un'efficace aggiudicazione e un'adeguata esecuzione dei contratti pubblici. Tale impostazione mira a bilanciare l'efficienza procedurale con l'attenzione al risultato concreto delle commesse pubbliche.

Tra i vari principi[12] enunciati, tre in particolare vengono riconosciuti dallo stesso codice come aventi valenza ermeneutica, tale da condizionare l'interpretazione di tutte le disposizioni codicistiche. Si tratta dei principi del risultato, della fiducia e di accesso al mercato. Tali principi attengono tutti alla cura dell'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione con una maggiore attenzione al rapporto tra questa e gli operatori economici.

Proprio con riguardo all'innovativo principio del risultato[13], è opportuno chiarire

[10] Tale programma è stato attuato mediante due fasi: in particolare, a una prima fase, già realizzata tempestivamente, con i decreti-legge n. 76/2020 e il citato n. 77/2021 (c.d. "decreti semplificazioni"), ha fatto seguito una seconda fase consistita in «*una serie di modifiche del codice dei contratti pubblici da attuarsi nel secondo trimestre 2023*». Le indicazioni del PNRR sono state recepite dalla legge delega 21 giugno 2022, n. 78, recante «*Delega al Governo in materia di contratti pubblici*».

[11] Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici.

[12] Tali principi sono: Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art 5); Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con gli enti del Terzo settore (art 6); Principio di auto-organizzazione amministrativa (art 7); Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art 8); Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art 9); Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art 10).

[13] Il risultato amministrativo ha costituito per lungo tempo oggetto di riflessioni e dibattiti in dottrina. Tra i contributi maggiormente significativi, si segnalano gli scritti di F. G. SCOCA, voce *Attività amministrativa, in Enc. del Dir.*, (Agg) VI, 2002, 10; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo, in Principio di legalità e amministrazione di risultati*, M. IMMORDINO e A. POLLICE (a cura di), Torino, 2004, 11 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, *in Riv. Foro amm.*, 1997, 3303 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato,* in *Annuario AIPDA*, 2002, 107 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo,*

ISSN 2036-7821

innanzitutto cosa si intenda per "risultato" nell'ambito dell'amministrazione. Questo principio mira a orientare l'azione amministrativa verso il conseguimento concreto degli obiettivi pubblici prefissati, promuovendo un'amministrazione più efficace ed efficiente. L'amministrazione di risultato richiede, quindi, che le attività e le decisioni pubbliche siano finalizzate non solo al rispetto delle norme formali, ma anche al raggiungimento degli esiti sostanziali che rispondano agli interessi della collettività. Il nuovo Codice dei contratti pubblici non intende, tuttavia, il "risultato" in termini generali di efficacia dell'azione amministrativa, bensì lo inserisce specificamente nell'ambito dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti. In tale contesto, il principio del risultato implica che le amministrazioni debbano puntare non solo a rispettare i requisiti legali e procedurali, ma anche ad assicurare che i contratti pubblici producano effettivamente i benefici attesi in termini di qualità e tempestività. Si tratta, quindi, di un concetto di risultato che guarda all'impatto concreto e misurabile delle forniture, lavori e servizi, valutando il rispetto degli obiettivi contrattuali come un criterio centrale per il buon esito della procedura.

In dottrina, si è peraltro già posto il tema del presunto conflitto tra il risultato e il principio di legalità, ed infatti «permaneva il timore che l'enfasi del risultato ponesse in pericolo il rispetto del principio di legalità, minandolo nei suoi stessi presupposti: il risultato non era elemento pertinente alla legittimità degli atti e dei comportamenti amministrativi. Probabilmente, più delle valutazioni di ordine strettamente giuridico, era proprio l'utilizzo del lemma "risultato", ciò che generava maggiore ansia di sorta nel dibattito generale»[14].

Le perplessità si concentravano sulla necessità di trovare un equilibrio tra l'efficienza e l'efficacia dell'azione amministrativa e il rispetto rigoroso delle norme giuridiche, garantendo al contempo trasparenza, responsabilità e legittimità nell'operato delle amministrazioni pubbliche.

Tale rapporto dipende, tuttavia, dall'analisi di due fattori principali: la definizione di "risultato amministrativo" e l'ambito della legalità[15].

Il risultato amministrativo è visto come la realizzazione specifica dell'interesse pubblico che è conseguenza della norma che conferisce rilevanza giuridica a un fatto e quindi al risultato. La norma giuridica può qualificare come rilevante sia il

---

semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione", *in Riv. Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, 2002, 127 ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023; sugli aspetti sostanziali e processuali del principio del risultato si veda anche G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio di risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, 2024.

[14]M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, 2024, 208.

[15]S. PERONGINI, B. MEROLA, *Il principio di concorrenza nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p.60 ss.

ISSN 2036-7821

perseguimento sia il raggiungimento del risultato, attribuendo maggiore importanza alla realizzazione concreta del miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti, ossia dell'interesse all'aggiudicazione.

In altre parole, con l'art 1 del codice il risultato amministrativo è integrato nella legalità: la norma giuridica include il risultato nel perimetro della legalità, definendo così la rilevanza giuridica del risultato e la sua efficacia.

La novità principale rispetto alla normativa precedente è che il principio cardine dell'azione amministrativa non è più esclusivamente la legalità intesa quale fondamentale presidio della concorrenza e della lotta alla corruzione, ma include anche i principi di economicità, efficacia ed efficienza, mutuati dal modello aziendale in riferimento non ad un interesse pubblico generale, ma allo specifico interesse dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione. Questi principi, radicati nell'articolo 97 della Costituzione, garantiscono il corretto perseguimento dell'interesse pubblico e la qualità dell'azione amministrativa.

Con il codice dei contratti pubblici si assiste, dunque, ad un nuovo equilibrio tra legalità e risultato, proponendo una legalità orientata al buon andamento, intesa come legalità di risultato all'affidamento e alla esecuzione dei contratti.

È in questo senso che il principio di risultato diviene criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale[16] e per l'individuazione della regola del caso concreto[17].

Sotto questo profilo, si regista un cambio di passo, posto che «in passato, infatti, in un contesto in cui al centro della disciplina vi erano gli interessi alla tutela della legalità e alla prevenzione della corruzione, la discrezionalità, anche se formalmente proclamata, fatalmente si paralizzava»[18].

Strettamente correlato al principio di risultato[19], anche il principio di fiducia segna un nuovo termine di riferimento per il potere discrezionale che l'amministrazione sperimenta nelle gare pubbliche.

Se consideriamo la fiducia come un valore fondamentale per il funzionamento di

---

[16] Sul punto vedi M. R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *federalismi.it*, 2023; M. R. SPASIANO, *Codificazione di principi e rilevanza del risultato*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, I, Napoli, 2023, 69, quando, sulla premessa della convergenza del risultato nella legalità, afferma che «l'uso della discrezionalità amministrativa completa il processo di adattamento della norma al caso di specie, laddove l'agente è chiamato a definire in dettaglio il contenuto e i confini del risultato, a predisporre la più congrua azione amministrativa rispetto alle esigenze del caso di specie, sino a definire — come rilevato — le "regola del caso" che l'amministrazione [...] sarà vincolata sia a rispettare che a far rispettare».

[17] Art 1 comma 4 D.lgs.36/2023.

[18] G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 291.

[19] R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 3.

ISSN 2036-7821

un'economia di mercato e di ogni forma di collaborazione, è evidente che essa deve operare su più livelli. La fiducia deve esistere tra: legislatore e amministrazione; pubblica amministrazione e funzionari; amministrazione e operatori privati e viceversa; infine, tra giudice, amministrazione e privati[20].

È importante sottolineare come l'articolo 2 del codice dei contratti pubblici si concentri ampiamente sul rapporto tra l'amministrazione e i suoi funzionari[21], menzionando solo una volta i privati. Ciò nella convinzione che la paura della firma[22] sia provocata non dal timore delle sanzioni quanto piuttosto da norme di difficile applicazione. Ma se la fiducia fosse davvero il fondamento di queste relazioni, ogni collaborazione dovrebbe basarsi su una condotta generale dell'amministrazione ispirata a tale principio. Solo intrecciando tutte queste relazioni di fiducia, l'amministrazione potrebbe ritrovare la libertà d'azione che sembra aver smarrito nel corso del tempo.

Possiamo quindi affermare che «la fiducia è il sostrato etico del rapporto che si instaura tra l'operatore economico ed i funzionari pubblici e riguarda tutti i soggetti coinvolti nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. La fiducia è anche quella che l'ordinamento giuridico ripone nella pubblica amministrazione e nell'esercizio del potere discrezionale che non è incondizionata, ma è collegata al raggiungimento del risultato»[23].

Il terzo principio fondamentale è quello di accesso al mercato espressamente stabilito dall'art 3 del D.lgs. n. 36/2023: «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non

[20] R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Il principio della fiducia nell'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici,* in AA.VV, *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 46 ss.

[21] Art. 2 D.lgs. n.36/2023: «L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti.

Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7».

[22] S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 1, 293.

[23] E. FOLLIERI, *Principi generali(artt.1-12). Natura del codice dei contratti pubblici. Gli allegati,* in V. FANTI (a cura di), *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Napoli, 2023, 25.

ISSN 2036-7821

discriminazione, di pubblicità e trasparenza». Le procedure di gara devono essere progettate per incentivare la partecipazione del maggior numero possibile di concorrenti qualificati, evitando criteri troppo restrittivi che potrebbero limitare la concorrenza e la trasparenza è un elemento chiave per garantire che tutte le informazioni relative alle gare pubbliche siano facilmente accessibili e pubblicizzate in modo adeguato. La *ratio* di tale norma è la conservazione di un mercato concorrenziale che garantisca agli operatori economici pari opportunità di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica[24].

Dall'analisi di tali principi, si osserva che uno degli obiettivi del nuovo codice è sicuramente quello di ampliare la discrezionalità dell'amministrazione[25]. Questa volontà risulta dalla previsione stessa di tali principi, i quali, nel loro insieme, configurano un sistema in cui all'amministrazione è attribuita una maggiore libertà di valutazione per perseguire efficacemente gli obiettivi di interesse pubblico. La valorizzazione del principio di risultato[26], ad esempio, permette all'amministrazione di adattare le proprie decisioni ai fini concreti dell'affidamento, concentrandosi sull'efficacia dell'intervento e sugli impatti reali per la collettività.

L'investimento sulla discrezionalità è riscontrabile anche in relazione alla normativa che disciplina le fasi che regolano la procedura di appalto – programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione – poiché il Codice sancisce espressamente che i principi debbano orientare l'azione amministrativa in ciascuna di queste fasi.

Il principio di risultato, quindi, non è solo un obiettivo astratto, ma un criterio prioritario che guida concretamente la programmazione, favorendo una selezione di progetti rispondente ai reali bisogni pubblici, la progettazione mirata a soluzioni sostenibili, e l'affidamento ed esecuzione del contratto nel rispetto degli obiettivi di qualità e tempestività[27].

---

[24] G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali,* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, 294.

[25] Sul punto vedi L. CARBONE, *La genesi del nuovo Codice*, in C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli 2023, 12.

[26] A. SANDULLI, *Il principio di risultato quale criterio interpretativo e applicativo,* in *Diritto pubblico,* 2024, fasc.2, 350 ss., osserva come «i super-principi della fiducia e dell'accesso al mercato operano sì, quali criteri di interpretazione e di applicazione dell'intero Codice, ma in qualità di vassalli del principio di risultato, che è il faro del

Codice, il super-principio primo, come detto».

[27] Sul punto interessante è quanto affermato da E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni,* in *Dir. amm.*, 2023, 841 ove si afferma che «Si è soliti immaginare le fasi di gara e di esecuzione quali ovvi luoghi di atterraggio per l'applicazione del principio di risultato (oltreché per quello di fiducia), e se ne comprende la ragione: è lì che si annidano le maggiori *impasse* ed i grandi nodi della burocrazia difensiva. Eppure, una lettura del genere sarebbe abbastanza imprecisa, non fosse altro perché oggi il codice ha adottato una espressione, qual è quella del ciclo di vita, che, sebbene riferita espressamente alla digitalizzazione, induce purtuttavia a guardare la frammentata vicenda del contratto pubblico come ad un

ISSN 2036-7821

Il principio di risultato è peraltro centrale anche nella valutazione della responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nell'intero ciclo di vita dell'appalto.

Poste queste premesse, l'attenzione verrà posta sulla fase di programmazione degli appalti pubblici, la quale «rappresenta il primo e imprescindibile momento procedurale nella dinamica di indizione di un appalto. Essa risponde all'esigenza di determinazione delle necessità delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché di valutazione delle strategie di approvvigionamento e di ottimizzazione delle risorse a disposizione delle stesse»[28]. In relazione alla stessa ne saggeremo l'evoluzione nel quadro delle recenti trasformazioni dell'evidenza pubblica, anche nella prospettiva di valutare quanto l'attuale configurazione normativa dell'istituto appaia adeguata nella dimensione della garanzia di effettività dei riferiti principi generali dell'azione contrattuale pubblica.

2. La disciplina della programmazione prima del nuovo codice.

La programmazione rappresenta il fondamento logico di ogni comportamento umano razionale e organizzato. Secondo una fondamentale definizione di Giannini, essa consiste «nella determinazione dell'ordinata spaziale o temporale di un oggetto al fine di raggiungere un obiettivo»[29]. E dunque nel diritto amministrativo la programmazione è l'insieme di atti amministrativi[30] che definiscono una serie di interventi da attuare in una specifica area o settore, entro un dato periodo di tempo e

unicum. Se così è, il risultato è un principio che percorre tutto il ciclo di vita del contratto pubblico: dalla programmazione alla sua esecuzione».

[28] S. ARMATI, *Programmazione e progettazione gare d'appalto,* in *fondistrutturali.formez.it*, 2017.

[29] In particolare, Giannini parla di pianificazione, ritenendo che non sia possibile trarre una distinzione razionale tra programmazione e pianificazione, M. S. GIANNINI, *Pianificazione,* in *Enc. Dir.,* XXXIII, 1983, 629. Sul dibattito circa la differenza o assonanza tra le due locuzioni vedi V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo,* Napoli, 1962, 268; M. CARABBA, *Programmazione economica,* in *Enc. Dir.,* XXXVI, 1987, 1113 che dopo aver puntualizzato che tali locuzioni hanno acquisito un significato specifico nei differenti campi scientifici e tecnici identifica un contenuto formale, che connota lo strumento pianificatorio nel linguaggio comune alle diverse discipline in cui essa è compresa, riconducibile al seguente schema: determinazione di uno o più obiettivi compatibili; indicazione dei mezzi, delle procedure e dei tempi necessari per raggiungere gli obiettivi prefissati; controllo dei risultati conseguiti; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 746, considera piani e programmi, termini da ritenersi equivalenti, essendo utilizzato in maniera dalla legislazione.

[30] Sulla nozione di atti di programmazione M. CARABBA, *Programmazione,* 1997, tratto *dal Digesto delle discipline pubblicistiche*, secondo cui: «I procedimenti di programmazione sono da ricondurre alla connotazione dei «procedimenti precettivi o prescrittivi» volti a definire obiettivi, modi, mezzi, tempi, dell'attività amministrativa e della gestione di bilancio. Gli atti di programmazione, che concludono la fase decisionale del procedimento sono «atti amministrativi generali». Sulla nozione di atti amministrativi generali vedi anche G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, 1963, 13 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 288; G. DELLA CANEA, *Atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZERMAN, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2012, 66.

ISSN 2036-7821

con risorse specifiche. In particolare, nei contratti pubblici, essa riveste un ruolo essenziale per l'ottimizzazione della spesa pubblica e come garanzia di trasparenza dell'azione amministrativa[31].

L'ordinamento contempla una pluralità di forme di programmazione[32], al punto da poter ricavare un vero e proprio principio di programmazione, inteso anche come metodo democratico per la gestione delle attività dei pubblici poteri, che rifletta uno specifico approccio culturale e politico. Esso richiede trasparenza, partecipazione, responsabilità, coordinamento, efficienza e sostenibilità, per garantire che l'azione pubblica sia sempre orientata al bene comune e al progresso della società nel suo complesso[33]. Adottare e attuare pienamente questo principio è essenziale per rafforzare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche.

Con riguardo alle gare d'appalto, originariamente, solo per i lavori pubblici, l'attività di programmazione era prevista come obbligatoria e preliminare alla progettazione, all'articolo 14 della legge 11 febbraio 1994, n.109 (La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici) poi trasposto, con qualche modifica nell'art 128 D.lgs. n. 163/2006. In particolare, quest'ultima disposizione chiariva che: «l'attività di realizzazione dei lavori … di singolo importo superiore a 100.000 euro si svolge sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso». Quindi, solo per i lavori che eccedevano i 100.000 euro, l'amministrazione godeva di ampia discrezionalità non essendo vincolata al loro inserimento nel programma triennale e neanche dall'elenco dei lavori da inserire in quell'anno.

---

[31] P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2011, 1 ss.

[32] La scienza giuridica ha spesso manifestato un certo scetticismo nel tentativo di fornire una definizione univoca di programmazione per la varietà di normative e i diversi contesti politico-istituzionali in cui essa è utilizzata. Infatti, è opportuno sottolineare che la nozione di programmazione nasce sul terreno delle scienze economiche per poi trovare una propria sistemazione teorica e descrittiva nell'ambito di altre scienze sociali, dalla scienza politica, alla scienza dell'amministrazione. Sul concetto di programmazione vedi M. S. GIANNINI, *Dell'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 313 ss.; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, 299 ss.; S. CASSESE, *Tipologia della programmazione economica*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato dì diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, , Padova, 1977, I, 301 ss.; C. GESSA, *Il vincolo giuridico del piano economico*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Milano, 1987 che considera la programmazione strumento preordinato a comporre il disegno dello Stato sociale e a governare, in vista del conseguimento degli obiettivi previsti, il rapporto tra la libertà privata, diritto garantito nel limite di altri valori tutelati, e l'intervento pubblico, volto a realizzare fini sociali non contrastabili dall'iniziativa privata né gravabili su di essa.

[33] S. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari del Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 23-24 ove si afferma che «Questa connotazione policentrica e progressiva della fattispecie programmatoria si traduce e trova corrispondenza appunto nella funzione autorganizzatrice ed autoportante della sequenza di atti che, nel periodo triennale, vengono via via a comporla ed integrarla»

ISSN 2036-7821

In ogni caso, la programmazione, sia con la riferita legge quadro che successivamente nel codice del 2006, aveva carattere vincolante, con regole rigide ed una procedura quasi del tutto automatica. Infatti, la stessa si articolava in cinque fasi, a partire dalla elaborazione del quadro dei bisogni, un documento generale per identificare le opere prioritarie per i fini istituzionali. La seconda fase prevedeva invece la redazione degli studi di fattibilità, che indicavano i costi di realizzazione e gestione dell'opera, il suo impatto ambientale e i benefici socioeconomici. Dopo l'elaborazione degli studi di fattibilità, si compilava il programma triennale dei lavori pubblici, nel quale le opere approvate in base agli studi venivano inserite nel piano secondo criteri di interesse pubblico, urgenza degli interventi e obiettivi da raggiungere[34].

La pubblicazione dello schema di programma triennale avveniva una sola volta ogni tre anni, salvo aggiornamenti annuali che richiedevano nuova pubblicazione ed infine, ogni anno si procedeva all'approvazione del programma triennale e dei suoi aggiornamenti, insieme all'elenco dei lavori da eseguire nell'anno stesso, inoltre, il programma triennale poteva essere aggiornato annualmente per tenere conto di nuove situazioni o valutazioni più approfondite[35].

Come già anticipato, l'iter procedurale richiesto per l'aggiudicazione degli appalti era spesso articolato e macchinoso, con numerosi passaggi formali che aumentavano i tempi e i costi delle gare. Da qui la necessità di una riforma sostanziale della normativa sugli appalti pubblici, intervenuta con la legge delega 2016 n.11[36] (che è conseguenza delle direttive 2014), con cui si assiste ad una evoluzione della fase di programmazione con «la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema, gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi»[37].

Tale delega ha trovato attuazione con il D.lgs. n. 50/2016 nel quale la programmazione si inserisce all'articolo 21 che sancisce l'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di programmare oltre i propri lavori anche i propri acquisti di beni e servizi. Dunque, con il D.lgs. 50/2016 si registra una

[34] Art. 128 d.lgs. 163/2006.

[35] La priorità era data ai lavori di manutenzione, al completamento di opere in corso, ai progetti esecutivi approvati e ai lavori finanziabili con capitale privato. Ogni intervento doveva essere descritto con le sue finalità, le eventuali problematiche ambientali e i costi previsti.

[36] L. 28 gennaio 2016, n. 11, recante «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture».

[37] L'art. 1, comma 1, lett. bb), l. n. 11 del 2016.

ISSN 2036-7821

generalizzazione dell'obbligo di programmazione che diviene presupposto imprescindibile nella procedura di affidamento di un contratto. La programmazione diviene triennale per i lavori pubblici e biennale per gli acquisti di beni e servizi. Inoltre, «i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti»[38]. Con essa l'amministrazione rende vincolanti le proprie scelte garantendo maggiore soddisfacimento degli interessi pubblici che deve perseguire[39] e lo fa con una discrezionalità di tipo tecnico nella scelta dei lavori che soddisfino i bisogni della collettività e nell'elaborazione degli studi di fattibilità con valutazioni sociali, economiche e dunque tecniche, per predisporre quelli che saranno gli strumenti attuativi vincolanti rispetto alla scelta effettuata.

L'atto di programmazione si configura quindi come atto che stabilisce l'*an* della scelta discrezionale ma anche il *quando*, potendo l'amministrazione predisporre un ordine di priorità degli interventi da realizzare, ad esempio nelle opere pubbliche. Il *quomodo* si pone invece in una fase successiva di scelta degli strumenti più vantaggiosi con cui realizzare gli interventi necessari.

Il codice del 2016 ha introdotto dunque una visione più integrata della programmazione, richiedendo un coordinamento maggiore tra i diversi livelli di governo (nazionale, regionale e locale) e con i piani urbanistici e territoriali. Tale circostanza ha portato ad una pianificazione più coerente e sinergica riducendo duplicazioni e conflitti tra diverse amministrazioni. La possibilità di aggiornamenti più frequenti del programma triennale ha permesso una maggiore reattività alle esigenze emergenti, rendendo la programmazione più dinamica e adattabile; inoltre, l'utilizzo di criteri più chiari e oggettivi per la valutazione delle priorità ha contribuito ad una maggiore efficienza nella selezione dei progetti, assicurando che le risorse fossero destinate alle opere più urgenti e rilevanti come nel caso delle opere incompiute, le quali, con la previgente disciplina caratterizzata da una gerarchia rigida delle priorità basata sulla manutenzione, il completamento e il coinvolgimento del capitale privato e dunque con il fine di prevenire l'impatto sulla finanza pubblica, non lasciavano spazio a soluzioni innovative come il ridimensionamento, la cessione o la demolizione[40].

[38] Art 21, D.lgs. 50/2016.

[39] R. DI PACE, *L'attività di programmazione come presupposto di decisioni amministrative,* in *Diritto e società*, 2017, 20.

[40] Infatti, l'art. 128 comma 3 del D.lgs. n. 163/2006 stabiliva che: «Il programma triennale deve prevedere un ordine di priorità. Nell'ambito di tale ordine sono da ritenere comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, i progetti esecutivi approvati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario». Con il codice del 2016, all'art. 21 comma 2, vi è un richiamo espresso alle opere incompiute, inserite nella programmazione triennale dei lavori pubblici «ai fini del loro completamento ovvero per l'individuazione di soluzioni alternative

ISSN 2036-7821

Il riferimento espresso alle opere pubbliche incompiute e le soluzioni previste per la loro gestione nell'ambito della programmazione dei lavori pubblici riflettono la volontà di razionalizzare l'impiego delle risorse pubbliche, introducendo una maggiore elasticità nella pianificazione. Questo approccio consente di rispondere a nuove esigenze attraverso una valutazione mirata che contempli la trasformazione, il completamento di opere già finanziate o altre soluzioni alternative, al fine di massimizzare l'utilità dell'investimento e minimizzare gli sprechi. Infine, il rafforzamento del monitoraggio e del controllo ha migliorato la gestione dei progetti e la rendicontazione, contribuendo a una maggiore efficienza e responsabilità nell'uso delle risorse pubbliche.

La programmazione, con le norme del 2016, diviene dunque più flessibile e tale da riconoscere più ampi margini di discrezionalità, per quanto ancora limitati, alle scelte della pubblica amministrazione: «essa non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa»[41].

Nondimeno, nel codice del 2016, mancava ogni riferimento allo schema di programma e alla sua pubblicazione[42] e ciò comportava una minore partecipazione dei cittadini alle scelte di programmazione, poiché ad essere pubblicato era non già lo schema di programma, ma il programma completo e già definito dall'amministrazione stessa. La pubblicazione del solo programma completo e già definito significava che i cittadini non avevano la possibilità di partecipare attivamente o di esprimere le loro opinioni e preoccupazioni sulle scelte di programmazione prima che queste fossero formalmente adottate. Inoltre, non pubblicando lo schema di programma preliminare, l'amministrazione non rendeva accessibile ai cittadini e agli altri *stakeholder* la fase iniziale della programmazione degli acquisti e tale mancato accesso riduceva la trasparenza del processo decisionale, impedendo una comprensione chiara delle intenzioni e delle priorità dell'ente pubblico. Quindi, per garantire la partecipazione della collettività nelle scelte programmatiche, è stato introdotto l'articolo 22 del D.lgs.50/2016 ha previsto per la realizzazione di grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza

quali il riutilizzo, anche ridimensionato, la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera pubblica, la vendita o la demolizione».

[41] ANAC, *Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*, determinazione n. 5 del 6 novembre 2013, dalle quali è stato tratto gran parte del materiale poi confluito nel D.M. 16 gennaio 2018, n.14, Regolamento recante procedure e schemi-tipo per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, del programma biennale per l'acquisizione di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali.

[42] A. BARONE, *Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2018.

ISSN 2036-7821

sociale e di forte impatto ambientale, l'istituto del dibattito pubblico[43] con la funzione di raccogliere le osservazioni dei soggetti pubblici e privati portatori di interessi nella fase di programmazione delle scelte. Questa misura ha migliorato la trasparenza e la partecipazione dei cittadini per questi tipi di progetti, permettendo un maggiore coinvolgimento delle comunità nelle decisioni che hanno un forte impatto sul territorio. Tuttavia, questa disposizione si applica solo ad una parte specifica dei progetti pubblici e quindi la maggior parte dei contratti e dei programmi di minore entità pur avendo un impatto significativo sulle comunità locali, non sono soggetti allo stesso livello di trasparenza e partecipazione. Di conseguenza, sebbene l'articolo 22 non abbia risolto completamente il problema della scarsa partecipazione pubblica nella programmazione degli acquisti pubblici, ha comunque reso la programmazione triennale più trasparente, sostenibile, integrata e flessibile[44].

3. La programmazione nel nuovo codice.

L'articolo 37 del D.lgs. n.36/2023 conserva il principio introdotto dall'articolo 21 del D.lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che gli atti di programmazione devono essere approvati in conformità con i documenti di pianificazione e in coerenza con il

[43] L'istituto si è sviluppato nell'ordinamento francese, a partire dalla l. n. 95-101 del 2 febbraio 1995 (c.d. *loi Barnier*) fino alla più recente introduzione del Code de l'environnement. Quanto alla letteratura italiana sul *dèbat public,* cfr. Y. MANSILLON, *L'esperienza del dèbat public in Francia*, in Democrazia e Diritto, 2006, III, p.101-114; si veda, altresì, *C. BOVA, Gli istituti del dèbat public e dell'enquete public*, in G.C. DE MARTIN, D. BOLOGNINO (a cura di), *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, 2010, 211 ss.; A. AVERARDI, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2016, 505 ss.; G. PEPE, *Dibattito pubblico ed infrastrutture in una prospettiva comparata,* in *federalismi.it*, fasc. 5, 2019; M. TIMO, *Gli attori del "dibattito pubblico", in Giornale di diritto amministrativo,* 2019 fasc. 3, 301 ss.; G. MARCHETTI, *Il dibattito pubblico tra Francia e Italia, strumento di partecipazione nella realizzazione delle grandi opere,* in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2019, fasc. 2, pp. 615 ss. Con riferimento, invece, alla letteratura francese, si veda C. BLATRIX, L. BLONDIAUX, J.M. FORNIAU, B. HÉRIARDDUBREUIL, R. LEFEBVRE, M. REVEL (a cura di), *Le dèbat public: une experience française de dèmocratie partecipative, La dècouverte*, Parigi, 2007.

[44]Sul punto vedi F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione,* in, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici,* Torino, 2019, 245 ss., il quale osserva che: «La novità registratasi a metà degli anni '90 e progressivamente affermatasi è rappresentata dall'obbligo imposto a tutte le "amministrazioni aggiudicatrici" di modulare le proprie competenze in materia di opere e lavori pubblici seguendo una predeterminata scansione temporale e di contenuti, direttamente strumentale alla effettuazione delle scelte di fondo ed alla loro attuazione coordinata e verificabile. In questa direzione, l'analitica disciplina dettata dapprima dal D.lgs. n 163/2006 e dal d.P.R. n.207/2010, ora dal D.lgs. n.50/2016 (come aggiornato dal D.lgs. n.56/2017), conferma la valenza del programma dei lavori pubblici (e pure quello biennale di forniture e servizi) come "atto amministrativo programmatico" incidente in via diretta e in termini di autovincolo sui futuri atti dell'Amministrazione e in via indiretta su eventuali situazioni giuridiche qualificate di soggetti terzi interessati alla realizzazione degli interventi programmati (tanto da dover essere assistito da pubblicità). La natura di atto condizionante la successiva attività dell'Amministrazione (dalla progettazione alla scelta delle modalità realizzative e dell'esecutore) è resa ancor più significativa sia dalle limitate (ed eccezionali) condizioni di modificabilità del programma, sia dalla centralità e rilevanza del c.d. "legame finanziario", il che in linea con la previsione generale di cui all'art 21 comma 1 del codice».

ISSN 2036-7821

bilancio[45]. Questo collegamento tra la programmazione dei contratti pubblici e la contabilità pubblica aveva in passato posto problemi applicativi soprattutto per gli enti locali, in relazione alle norme del testo unico sull'ordinamento degli enti locali (D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267). In particolare, i problemi applicativi derivano dal fatto che gli enti locali devono garantire che gli atti di programmazione degli acquisti siano pienamente conformi ai documenti di pianificazione strategica e al bilancio e ciò richiede una stretta integrazione e coordinamento tra i diversi uffici e settori dell'amministrazione, il che poteva essere complicato da realizzare. Inoltre, le tempistiche per la programmazione dei contratti pubblici e per l'approvazione del bilancio spesso non coincidono: la programmazione triennale degli acquisti deve essere allineata al ciclo di bilancio annuale e triennale, creando difficoltà nella sincronizzazione delle scadenze e nell'adeguamento delle previsioni di spesa.

In sintesi, il collegamento tra la programmazione dei contratti pubblici e la contabilità pubblica ha rappresentato una sfida per gli enti locali a causa delle esigenze di coordinamento, sincronizzazione delle tempistiche, rispetto dei vincoli di bilancio, e necessità di trasparenza e tracciabilità. Tali fattori hanno dunque reso la gestione delle risorse pubbliche un processo complesso e articolato.

Ma la novità del nuovo codice è sicuramente rappresentata dal ridimensionamento del carattere vincolante della fase di programmazione, nell'ambito della quale è possibile individuare tre livelli: la programmazione preliminare, il programma triennale e l'elenco annuale[46].

Ed infatti, con la disciplina previgente, la programmazione triennale era considerata fortemente vincolante, specialmente per quanto riguarda l'indicazione dei lavori da avviare nella prima annualità, il che lasciava poca flessibilità alle amministrazioni per adattarsi a nuove necessità che potevano emergere. Con il nuovo codice viene introdotto il concetto di programma preliminare, ossia una sorta di bozza iniziale che identifica i progetti potenziali che l'amministrazione intende realizzare nel corso dei successivi anni e include una serie di interventi e opere che potrebbero essere considerati per l'inclusione nel programma triennale dei lavori pubblici. Esso fornisce una visione generale dei potenziali progetti e serve come base per ulteriori analisi e valutazione. In tale programma preliminare, centrale è il documento di fattibilità delle alternative progettuali per gli interventi superiori alla soglia di rilevanza

[45] A. GRAZIANO, *Programmazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, 1128, il quale evidenzia che, nonostante il legislatore non abbia previsto che i programmi pluriennali di lavori, servizi e forniture siano collegati al bilancio, ma solo che siano "coerenti" con esso; tuttavia, deve certamente ritenersi che la differenza sia solo formale, "la coerenza postulando in ogni caso l'osservanza dei principi e delle linee di fondo del bilancio stesso".

[46] R. GRECO, Presidente di sezione del Consiglio di Stato, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 4.

ISSN 2036-7821

europea.

Il programma triennale è uno strumento più definitivo e vincolante: si tratta di un documento ufficiale che elenca i progetti specifici che l'amministrazione intende realizzare nei successivi tre anni. Si tratta di progetti selezionati e approvati in base a criteri specifici, come l'urgenza degli interventi, la disponibilità di risorse finanziarie e le priorità dell'amministrazione.

Infine, l'elenco annuale reca nel dettaglio i progetti che saranno avviati nel primo anno ed include informazioni dettagliate su ciascun progetto (dalla descrizione dell'opera all'importo stimato, passando per la localizzazione e lo stato di avanzamento della pianificazione). Esso fornisce una visione più articolata dei lavori pubblici che verranno effettivamente realizzati nel periodo preso in considerazione, consentendo un monitoraggio più preciso e una migliore gestione delle risorse. L'elenco annuale e i relativi aggiornamenti rappresentano gli strumenti pratici per implementare gli obiettivi triennali trasformandoli in programmi realizzabili e progetti che possono essere effettivamente avviati ed ogni opera viene associata ad una fonte di finanziamento, «stanziata nello stato di previsione o nel bilancio o comunque disponibile»[47]. L'elenco annuale dei lavori diventa così un atto distinto dal programma triennale, ma solo per i lavori pubblici, a differenza dell'obbligo previsto dall'articolo 21 D.lgs. n. 50/2016 di indicare nel programma triennale i lavori da avviare nella prima annualità[48].

In sintesi: il programma preliminare fornisce una visione iniziale dei potenziali progetti; il programma triennale individua i progetti definitivi per i successivi tre anni; l'elenco annuale fornisce dettagli specifici sui progetti che verranno attuati nell'anno corrente[49]. Questi strumenti sono fondamentali per una corretta pianificazione e gestione dei lavori pubblici, garantendo trasparenza, efficienza ed efficacia nell'utilizzo delle risorse pubbliche ed è attraverso tali strumenti che l'amministrazione realizza quelli che sono i tre programmi fondamentali previsti dal codice: il programma triennale dei lavori pubblici, il programma triennale degli acquisti di beni e servizi e il programma delle infrastrutture strategiche e di primaria importanza per il Paese. Tali programmi rappresentano un sistema integrato per la gestione delle risorse pubbliche, bilanciando vincolatività e adattabilità alle esigenze emergenti.

Il programma triennale dei lavori pubblici, che comprende anche le attività di

[47] Articolo 37 d.lgs. 36/2023.

[48] L. MURGOLO, *Programmazione e progettazione(artt.37-47),* in *Corso sui contratti pubblici riformati dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36,* Napoli, 2023, 143 ss.

[49] Il programma triennale include anche i lavori di manutenzione ordinaria di valore superiore alla soglia di rilevanza europea, senza la necessità del DOCFAP, il documento di fattibilità delle alternative progettuali.

ISSN 2036-7821

manutenzione, si basa sugli studi di fattibilità[50] e sulla valutazione dei bisogni della comunità. Nella disciplina previgente, le opere incompiute non erano sufficientemente integrate nella programmazione, il che portava ad un accumulo di progetti non completati senza adeguata supervisione e ciò ha portato all'introduzione nel programma triennale, disciplinato dal nuovo codice, anche delle opere incompiute, dei lavori realizzabili tramite contratti di concessione o partenariato pubblico-privato, e dei lavori complessi, con un elenco annuale dei lavori pubblici che soddisfano determinati criteri. In particolare, con l'allegato I.5 sono definiti gli schemi-tipo, gli ordini di priorità degli interventi, comprensivi del completamento delle opere incompiute e dell'effettuazione dei lavori programmati e non avviati e la specificazione delle fonti di finanziamento[51].

A conferma della maggiore discrezionalità attribuita alla pubblica amministrazione nella fase di programmazione, la disciplina degli acquisti di beni e servizi viene ridefinita con alcune innovazioni significative, tra cui l'allungamento a tre anni dell'orizzonte temporale della programmazione e l'aumento della soglia minima dei contratti obbligatori nella programmazione a 140.000 euro.

---

[50] Allegato I.7 articolo 2 comma 2: «Il DOCFAP individua e analizza le possibili soluzioni progettuali che possono riguardare: l'ipotesi di non realizzazione dell'intervento, ove applicabile, le scelte modali e le alternative di tracciato per le infrastrutture lineari (oppure relative alla mobilità e al trasporto); per le opere puntuali, l'alternativa tra la realizzazione di una nuova costruzione o il recupero di un edificio esistente, ovvero il riutilizzo di aree dismesse o urbanizzate o degradate, limitando ulteriore consumo di suolo; sempre per le opere puntuali di nuova costruzione la localizzazione dell'intervento. Il DOCFAP, ove pertinente e richiesto dal committente, può analizzare anche le soluzioni tecniche, economiche e finanziarie, anche in relazione agli aspetti manutentivi dell'opera da realizzare. Il DOCFAP, ove pertinente e richiesto dal committente, prende in considerazione e analizza tutte le opzioni possibili, inclusa, ove applicabile, l'ipotesi di non realizzazione dell'intervento, al fine di consentire un effettivo confronto comparato tra le diverse alternative. Il DOCFAP, inoltre, evidenzia le principali incidenze delle alternative analizzate sul contesto territoriale, ambientale, paesaggistico, culturale e archeologico, nonché, per gli interventi sulle opere esistenti, sulle caratteristiche storiche, architettoniche e tecniche. A tal fine è prevista la possibilità di effettuare indagini preliminari».

[51] Il secondo comma dell'art. 3 dell'allegato I.5 stabilisce che:

«Gli schemi-tipo per la programmazione triennale dei lavori pubblici di cui all'articolo 37 del codice, sono costituiti dalle seguenti schede:

a) A: quadro delle risorse necessarie alla realizzazione dei lavori previsti dal programma, articolate per annualità e fonte di finanziamento;

b) B: elenco delle opere pubbliche incompiute;

c) C: elenco degli immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione, ivi compresi quelli resi disponibili per insussistenza dell'interesse pubblico al completamento di un'opera pubblica incompiuta. Sono, altresì, indicati i beni immobili nella disponibilità della stazione appaltante o dell'ente concedente concessi in diritto di godimento, a titolo di contributo, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione;

d) D: elenco dei lavori del programma con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

e) E: lavori che compongono l'elenco annuale, con indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione;

f) F: elenco dei lavori presenti nel precedente elenco annuale nei casi previsti dal comma 3 dell'articolo 5, comma 3».

ISSN 2036-7821

La disciplina previgente richiedeva che tutti i contratti, inclusi quelli di piccola entità, venissero inseriti nel programma triennale, il che generava una procedimentalizzazione eccessiva per contratti di scarso impatto economico. Inoltre, gli enti locali dovevano affrontare il problema della sincronizzazione tra i tempi di approvazione del bilancio e quelli della programmazione dei contratti, con notevoli difficoltà di gestione.

Al contrario, con un orizzonte temporale più esteso, la pubblica amministrazione può pianificare gli acquisti in modo più strategico, prevedendo le esigenze future e riducendo il rischio di emergenze o acquisti d'urgenza e con l'aumento della soglia minima ha maggiore discrezionalità per gli acquisti di importo inferiore alla nuova soglia, riducendo la burocrazia e i tempi di approvazione per questi contratti e concentrando l'attenzione e le risorse su contratti di maggiore valore e impatto, migliorando la gestione dei progetti più significativi.

Non è più richiesta la trasmissione dell'elenco delle acquisizioni di valore superiore a 1 milione di euro al Tavolo tecnico[52] e non è più necessario individuare i bisogni soddisfacibili con capitali privati nei programmi degli acquisti: si tratta di una modifica che ha sia la finalità di allineare la programmazione degli acquisti di beni e servizi alla programmazione triennale dei lavori e, innanzitutto, alla programmazione triennale degli enti locali contenuta nel DUP[53] e nel bilancio di previsione, che quella di escludere gli appalti inferiori a 140.000 euro, per i quali si potrà quindi procedere senza la relativa previsione nel programma. Al comma 4 dell'articolo 37, viene poi sostituito il sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture con il sito istituzionale e la Banca dati nazionale dei contratti pubblici nelle quali il programma triennale e i relativi aggiornamenti vengono pubblicati rispondendo dunque agli obblighi di trasparenza.

Inoltre, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti devono designare un referente per la redazione di questo programma, la cui elaborazione, approvazione, aggiornamento e modifica[54] sono disciplinate dall'articolo 7 dell'Allegato I.5. Se non

[52] Il Tavolo tecnico, composto da un rappresentante della presidenza del Consiglio dei ministri, un rappresentante del ministero dell'Economia e i rappresentanti dei soggetti aggregatori, è stato istituito con D.P.C.M. 14 novembre 2014.

[53] Documento unico di programmazione (DUP), fattispecie della contabilità armonizzata che ha sostituito la previgente Relazione previsionale e programmatica.

[54] L'articolo 7 comma 8 dell'allegato I.5:

«I programmi triennali degli acquisti di forniture e servizi sono modificabili nel corso dell'anno, previa apposita approvazione dell'organo competente, da individuarsi, per gli enti locali, secondo la tipologia della modifica, nel rispetto di quanto previsto all'articolo 37, comma 1, del codice, qualora le modifiche riguardino:

a) la cancellazione di uno o più acquisti già previsti nell'elenco annuale delle acquisizioni di forniture e servizi;

b) l'aggiunta di uno o più acquisti in conseguenza di atti amministrativi adottati a livello statale o regionale;

ISSN 2036-7821

viene redatto un programma triennale degli acquisti per mancanza di acquisizioni, ciò viene comunicato sulla sezione "Amministrazione trasparente" del profilo del committente.

L'art. 39 del D.lgs. 36/2023, infine, reintroduce la programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di primaria importanza nazionale[55]. Queste infrastrutture, qualificate dal governo, sono fondamentali per la competitività e la sicurezza del Paese. La qualificazione avviene su proposta dei ministri competenti, previa consultazione delle Regioni interessate o su proposta delle Regioni stesse gli interventi relativi a queste infrastrutture sono inclusi negli accordi di programma e possono essere approvati mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri in caso di dissensi qualificati[56].

I tre programmi previsti dal nuovo codice dei contratti pubblici, il programma triennale dei lavori pubblici, il programma triennale degli acquisti e il programma delle infrastrutture strategiche, offrono dunque un sistema coerente e integrato per la gestione delle risorse pubbliche. Il loro carattere vincolante è fondamentale per garantire la responsabilità delle amministrazioni, ma è altrettanto importante che ci sia una certa flessibilità per rispondere a esigenze emergenti e i principi di fiducia e risultato devono guidare l'intero processo, assicurando che le decisioni siano trasparenti e che gli interventi rispondano ai reali bisogni della comunità. Solo così si potrà costruire un rapporto di fiducia tra le istituzioni e i cittadini, favorendo una gestione più efficace delle opere e dei servizi pubblici.

4. Il nuovo quadro della programmazione pubblica: principi generali, vincolatività e profili di impugnabilità.

Come si è già anticipato, la disciplina della programmazione dei lavori pubblici, inquadrata nel contesto del nuovo codice dei contratti pubblici entrato in vigore nel 2023, deve allinearsi ai principi fondamentali di risultato, fiducia e accesso al mercato, che sono chiave ermeneutica delle norme del nuovo codice. Questo nuovo quadro normativo ha come obiettivo primario non solo la razionalizzazione dei processi di appalto, ma anche la promozione di una cultura della trasparenza e della

c) l'aggiunta di uno o più acquisti per la sopravvenuta disponibilità di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie;

d) l'anticipazione alla prima annualità dell'acquisizione di una fornitura o di un servizio ricompreso nel programma triennale degli acquisti;

e) la modifica del quadro economico degli acquisti già contemplati nell'elenco annuale, per la quale si rendano necessarie ulteriori risorse».

[55] A. CANCRINI *La programmazione e la progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, 3, 319 ss.

[56] Art.39, comma 8, D.lgs. n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

partecipazione attiva dei cittadini. La programmazione, infatti, è concepita per garantire che gli obiettivi siano definiti in modo chiaro e misurabile, così da consentire alle amministrazioni pubbliche di rendere conto delle proprie azioni e dell'utilizzo delle risorse, consentendo di strutturare le gare in modo che siano più accessibili ad un numero ampio e diversificato di operatori economici, includendo anche le PMI.

Pertanto, sebbene la disciplina della programmazione dei lavori pubblici sia teoricamente coerente con tali principi, la sua efficacia dipende dalla capacità delle amministrazioni pubbliche di applicarli in modo concreto e sistematico, garantendo una gestione trasparente, un coinvolgimento attivo della comunità e un monitoraggio costante dei risultati. Solo così si potrà costruire un sistema di appalti pubblici che risponda realmente alle esigenze dei cittadini e favorisca una *governance* partecipativa e responsabile.

Il programma triennale dei lavori pubblici non è dunque semplicemente un elenco di opere da realizzare, ma è un vero e proprio strumento attraverso il quale le amministrazioni possono dimostrare la propria affidabilità e competenza.

Ciò comporta garantire un corretto utilizzo delle risorse finanziarie e prevenire la cosiddetta "programmazione rovesciata"[57], dove le decisioni sull'intervento pubblico dipendono dalla disponibilità di finanziamenti, che spesso comportano scelte improvvisate che non soddisfano le esigenze della comunità. Ed infatti con la legge n. 109 del 1994 abbiamo visto come la programmazione dei lavori pubblici fosse più vincolante e rigida, con una disciplina attenta più alle risorse finanziare che ai bisogni dei cittadini: i progetti definiti dovevano essere eseguiti in modo quasi automatico, senza molta flessibilità nell'adeguare la programmazione alle esigenze emergenti.

Con l'introduzione del codice dei contratti pubblici del 2006 (D.lgs. n. 163/2006), si è cercato di introdurre maggiore flessibilità nella programmazione dei lavori pubblici, ma in realtà venivano ancora definiti i progetti, con una piccola apertura alla possibilità di apportare modifiche in corso d'opera o di adeguare la programmazione alle nuove esigenze. In seguito, il D.lgs. n. 50/2016 ha ulteriormente affinato la programmazione dei lavori pubblici, introducendo la programmazione triennale che ha reso più dinamica la gestione dei lavori pubblici, consentendo aggiornamenti annuali per tenere conto di cambiamenti nei bisogni o nelle priorità.

Ma il maggior grado di flessibilità si è raggiunto con il D.lgs. n. 36/2023: la programmazione dei lavori pubblici è stata ulteriormente rivista, con l'introduzione di una disciplina più dettagliata e specifica, con criteri più chiari per l'inserimento dei

[57] R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, 306.

ISSN 2036-7821

lavori nei programmi triennali e maggiori possibilità di modifica dei programmi stessi, per adattarsi meglio alle esigenze emergenti. In generale, si è passati da una programmazione rigida e vincolante ad una più flessibile e adattabile nel corso delle varie discipline intervenute.

Il carattere più o meno vincolante della programmazione si riflette poi sulla potenziale lesività e dunque, impugnabilità degli atti di programmazione. Se con l'art. 14 Legge n. 109/94 e l'art. 128 D.lgs. n. 163/2006 il programma triennale delle opere pubbliche era vincolante e rigido per l'amministrazione, ciò non si traduceva nella capacità di incidere direttamente nella sfera giuridica dei terzi[58]. Ed infatti sul punto, la giurisprudenza maggioritaria esclude la possibilità di autonoma impugnazione degli atti di programmazione in quanto inidonei a costituire vincoli direttamente lesivi per i privati.

Tuttavia, in passato il Consiglio di Stato[59] ha sostenuto che l'inserimento di un'opera pubblica nel programma triennale potrebbe comunque incidere sull'interesse dei privati: ad esempio un'opera contestata fino al momento della sua inclusione nel programma triennale poiché non realizzabile, ma che successivamente lo diviene in base all'ordine di priorità del programma approvato[60]. Con l'inserimento di un'opera nel programma triennale già dalla redazione del programma, viene destinata una determinata quantità di risorse finanziarie[61] e organizzative dell'ente secondo l'ordine di priorità stabilito e quindi si determina una tangibile e concreta incisione dell'interesse dei soggetti coinvolti ai quali deve essere consentita una reazione dinanzi all'autorità giurisdizionale[62].

---

[58] La legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/ 90) fa riferimento ad «atti di pianificazione e di programmazione» per escludere che a questa tipologia di provvedimenti così come agli atti normativi ed agli atti amministrativi generali si applichino le norme di portata generale sulla «partecipazione al procedimento amministrativo». L'art. 3 della legge n. 241 esclude l'obbligo di motivazione «per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale». Sul problema della motivazione degli atti programmatori si veda F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Il codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, 300 ss.; S. BACCARINI, *Sindacabilità della discrezionalità del potere di pianificare e legittimità della normativa*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, II, 100.

[59] Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002 n. 5824.

[60] *Op.ult.cit.*, 4.

[61] Consiglio di Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002 n. 5824 precisa anche che «Il programma triennale delle opere pubbliche ex art.14 della l.n.109 del 1994 non è attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità delle scelte effettuate; e pertanto vanno riconosciuti ai cittadini ed alle associazioni rappresentative di interessi ambientali sia il diritto di accesso ai documenti ed agli altri atti istruttori sia la facoltà di presentare osservazioni e proposte circa il programma triennale redatto dai componenti organi comunali».

[62] *Op.ult.cit.*, 323 ove si afferma che «Non avendo il programma un'efficacia esclusivamente interna all'amministrazione ma effetti diretti per la stessa comunità interessata alla realizzazione dell'opera è suscettibile di impugnazione da parte dei singoli cittadini o dalle associazioni che tutelano i valori illegittimamente incisi dal

ISSN 2036-7821

Al contrario, il giudice di prima cure in talune occasioni[63] ha affermato che la delibera che approva la programmazione triennale dei lavori pubblici non può essere impugnata immediatamente, poiché non causa alcun danno diretto e immediato. Essendo un atto di pianificazione e orientamento, non è da considerarsi lesivo di per sé e di conseguenza non è immediatamente impugnabile.

Recentemente, tuttavia, il Consiglio di Stato[64], ha confermato che i ricorsi contro atti di natura generale e programmatica, che non producono effetti lesivi immediati e autonomi, non sono ammissibili, poiché eventuali conseguenze dannose si verificheranno solo con l'adozione degli atti applicativi successivi. Gli atti, anche se di carattere generale o regolamentare, possono essere impugnati se hanno un effetto immediatamente vincolante, cioè se condizionano l'attività amministrativa futura, al punto che gli atti successivi si limitano a confermare o riconoscere ciò che è stato già stabilito[65].

Alla luce della giurisprudenza maggioritaria, la programmazione triennale non sembra considerata idonea a produrre effetti lesivi delle posizioni giuridiche soggettive dei terzi, configurandosi piuttosto come atto di indirizzo e pianificazione, che di per sé non determina l'insorgenza di situazioni giuridiche soggettive lesive. Resterebbe in ogni caso la possibilità di contestare indirettamente la programmazione triennale impugnando gli atti esecutivi specifici derivanti da essa, come le delibere di approvazione dei singoli progetti o i bandi di gara. In tal caso, il ricorrente dovrebbe dimostrare come l'atto esecutivo, derivante dalla programmazione triennale, produca un effetto lesivo immediato, diretto e concreto.

Dal punto di vista della pienezza della tutela giurisdizionale, la scelta di non consentire ai soggetti interessati di contestare immediatamente l'atto di programmazione triennale, ma di attendere l'adozione degli atti esecutivi[66], presenta

programma medesimo. Pertanto, possono, quindi essere impugnate le determinazioni a contrarre ed i successivi bandi di gara da parte dei soggetti che si ritengono lesi dalla violazione delle priorità».

[63] In particolare, con sentenza T.A.R. Campania sez. V, Napoli, 2 novembre 2020, n. 4965.

[64] Consiglio di Stato, sez. V., 28 marzo 2022, n. 2276.

[65] In tal senso vedi anche T.A.R. Campania, sez. V, Napoli, 03 febbraio 2022, n.768 secondo cui: «Gli atti amministrativi generali sono impugnabili in via diretta solo ove contengano disposizioni in grado di ledere in via diretta ed immediata le posizioni giuridiche soggettive dei destinatari; negli altri casi, divengono impugnabili solo allorquando sorga l'interesse a ricorrere, ovvero assieme all'atto applicativo che produca, come nella specie, una lesione effettiva, e non solo ipotetica o futura. Tale immediata lesività è da accertarsi con riferimento al concreto ed attuale pregiudizio che l'atto arreca all'interesse sostanziale dedotto in giudizio e non già con riguardo alla possibile futura incidenza dell'atto sulla sfera giuridica del ricorrente»; T.A.R. Napoli, (Campania) sez. IV, 24 maggio 2010, n.8353;

[66] Sulla decorrenza del termine per impugnare si è espresso anche il Consiglio di Stato sez. VI, 08/09/2009, n.5258 secondo cui: «La lesione, dunque, non può che verificarsi a seguito dell'emanazione del provvedimento applicativo di quello generale; cosicché il termine per impugnare, contestando le prescrizioni generali in concreto applicate, decorre dalla conoscenza del provvedimento che ne fa applicazione; quest'ultimo, infatti, è quello che comporta l'attualità e la concretezza della lesione della situazione soggettiva protetta».

ISSN 2036-7821

alcune criticità. Da un lato, questo meccanismo potrebbe garantire che siano impugnati solo gli atti che producono un'effettiva lesione, riducendo il rischio di un contenzioso eccessivo sulle fasi preliminari del processo decisionale; tuttavia, dall'altro, esso può limitare la tutela dei diritti dei privati, che potrebbero subire effetti pregiudizievoli derivanti dalla programmazione stessa senza avere immediato accesso alla giustizia.

Inoltre, quando un atto esecutivo derivante dalla programmazione viene impugnato, al ricorrente si richiede di dimostrare che l'atto specifico incida direttamente nella propria sfera giuridica. Tale requisito, pur teso a mantenere un equilibrio tra il diritto dell'amministrazione alla pianificazione e la tutela degli interessi privati, potrebbe al contempo rivelarsi un ostacolo alla tutela piena e tempestiva di chi subisce un pregiudizio potenziale già dalla fase programmatica. Di fatto, il sistema di tutela condizionata non elimina il rischio che la concreta protezione giurisdizionale sia effettivamente garantita solo a fronte di una lesione già attuale, lasciando quindi senza immediato rimedio chi percepisce una minaccia diretta ma ancora non realizzata.

Questo sistema solleva dunque questioni sul principio di effettività della tutela giurisdizionale: se da un lato può ridurre i ricorsi pretestuosi contro atti di programmazione, dall'altro, rischia di rallentare o ostacolare il ricorso per chi già si trova in una posizione di possibile pregiudizio, sollevando dubbi sulla reale adeguatezza della tutela garantita.

La programmazione triennale, infatti, sebbene formalmente considerata un atto di indirizzo generale, può comunque avere effetti immediatamente lesivi nei confronti di soggetti coinvolti, soprattutto quando comporta una limitazione immediata delle possibilità operative dei terzi. Nel caso di programmazione triennale per opere pubbliche, la previsione di una determinata infrastruttura in un'area può limitare immediatamente l'utilizzo del terreno da parte dei proprietari o condizionare le scelte urbanistiche e commerciali dei privati, che subiscono restrizioni alle loro facoltà di disposizione già dalla fase di programmazione.

In questo contesto, la programmazione triennale incide direttamente sui diritti dei soggetti interessati, non solo indirettamente tramite atti esecutivi. L'effetto lesivo può consistere nella riduzione del valore dei beni[67] o nella limitazione delle possibilità di

[67] Ad esempio, recentemente, il T.A.R. Lazio, sez. I, Latina, 08/01/2024, n.12 con riferimento ad un contenzioso circa l'ammissibilità del ricorso avverso un atto di individuazione dei siti idonei alla localizzazione e realizzazione degli impianti di smaltimento dei rifiuti ha stabilito che esso «è immediatamente lesivo per i proprietari delle aree interessate, con conseguente legittimazione e interesse ad agire ai fini della sua impugnativa, anche per la perdita immediata del valore di mercato dei beni stessi e a prescindere dalla effettiva futura realizzazione dell'impianto (nella fattispecie l'atto era stato adottato ai sensi dell'art. 197, comma 1, d. lg. 3 aprile 2006 n. 152 dal Commissario ad acta nominato dalla Regione a causa dell'inerzia della Provincia)».

ISSN 2036-7821

sviluppi futuri, soprattutto se le decisioni future saranno meramente ricognitive della programmazione già approvata.

La tutela giurisdizionale può pertanto risultare tardiva e inidonea a scongiurare il pregiudizio per l'interesse del privato.

Se dunque può affermarsi con certezza che il cambiamento verso una maggiore flessibilità della disciplina in termini di discrezionalità delle scelte amministrative è stato motivato dalla necessità di rendere la gestione dei lavori pubblici più efficiente, consentendo una migliore risposta alle esigenze della comunità e una maggiore elasticità nell'allocazione delle risorse, anche alla luce dei principi del nuovo codice, la possibilità di accedere direttamente alla giustizia avverso i vizi della fase di programmazione potrebbe essere oggetto di ripensamento.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Interoperabilità dei dati della pubblica amministrazione. Novità in materia di dati sanitari

di Martina Maggiolini

(Dottoranda di ricerca presso l'Università "Magna Graecia" di Catanzaro)

Sommario

1. La rilevanza dei dati detenuti dalla P.A.; 2. Sull'Interoperabilità; 3. Dati sanitari e l'Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità (INI); 4. Novità in materia di riutilizzo dei dati sanitari; 5. Brevi riflessioni conclusive.

Abstract

The growing value of government data is giving rise to deep reflections. The essay aims to analyze the relevance of data with particular reference to health data by deepening the topic of interoperability of the same as well as the recent Regulation on the European Health Data Space.

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

ISSN 2036-7821

1. La rilevanza dei dati detenuti dalla P.A..

È "*consapevolezza diffusa, quasi scontata, che i dati costituiscono il "petrolio" dell'economia della conoscenza, o il combustibile della digitalizzazione*"[1].

Ora è necessario chiarire in che termini i dati possono rappresentare il "petrolio" anche per la pubblica amministrazione.

La circolazione dei dati risulta una vera e propria necessità al fine di addivenire ad un'azione amministrativa più operativa ed efficace: nel corso delle pagine che seguono si tenterà di fornire gli elementi utili a cogliere i vantaggi e le criticità connesse alla circolazione di informazioni in formato digitale detenute dalle amministrazioni pubbliche.

La raccolta di dati costituisce, oggi, una possibilità di semplificazione dell'attività amministrativa[2], consentendo la riduzione di energie nella già disposizione di informazioni.

Ciò è stato assunto come principio dall'originario dettato dell'articolo 50 del Codice dell'amministrazione digitale (CAD), secondo cui ogni dato che risulta trattato da una P.A. deve essere reso fruibile ovvero accessibile dalle altre P.A. ove necessario allo svolgimento delle funzioni attribuite all'amministrazione che ne fa richiesta.

Dunque, lo Stato digitale[3] rappresenta lo strumento applicativo di tale principio, essendo – altresì - una declinazione del principio di buon andamento della pubblica amministrazione[4].

Nel sistema amministrativo pubblico i dati possono rappresentare una risorsa se inseriti in modelli di interoperabilità idonei allo scambio continuo ed aggiornato.

In tale declinazione, i dati e – dunque - le informazioni contenute, sono strumentali all'esercizio delle funzioni istituzionali di ciascuna pubblica amministrazione.

---

[1] Cfr. B. Ponti, *Tre scenari di digitalizzazione amministrativa "complessa": dalla interoperabilità predicata alla standardizzazione praticata*, Istituzioni del federalismo, 2023; C. Silvano, *La digitalizzazione dei servizi sanitari alla luce del riparto di competenze tra Stato e Regioni. Il caso del Fascicolo Sanitario Elettronico*, federalismi.it 2/2023

[2] Sul processo di semplificazione amministrativa tradizionale, diffusamente: M.A. Sandulli, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in GiustAmm, 2005, G. Corso, *Attivita` economica privata e "deregulation"*, in Riv. trim. dir. pubbl, 1998; R. Ferrara, *Le «complicazioni» della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualita*? in Dir. proc. Amm., 1999; Id., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla liberta` dell'amministrazione?* , in Dir. e soc., 2000, 101 ss.; M. Cartabia, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella legge annuale di semplificazione*, in Dir. Pubbl., 2000; M.R. Spasiano, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettivita` dell'esercizio del potere pubblico*, in Foro amm. T.A.R., 2010

[3] Cfr. L. Torchia, *Lo Stato digitale. Una introduzione,* Il Mulino, Bologna, 2023; E. Carloni, *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in Giornale di diritto amministrativo, 2012; B. Carotti, *L'amministrazione digitale: le sfide culturali e politiche del nuovo Codice*, Giornale di diritto amministrativo, 2017,

4 Cfr. sui principi ampiamente E. Cassetta (a cura di) F. Fracchia, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2024;

ISSN 2036-7821

Nondimeno, risulta necessario che le pubbliche amministrazioni siano inserite in sistemi connessi ed armonici, idonei allo scambio di informazioni[5].

L'ordinamento è chiamato ad individuare istituti e meccanismi che consentano alle informazioni digitali di poter migrare da un centro di imputazione pubblico ad un altro, al fine di essere utilizzati dall'amministrazione di destinazione[6].

Dunque, l'impegno dell'ordinamento è sia di carattere tecnico dovendo individuare le modalità di implementazione di nuovi sistemi digitali, sia a carattere regolatorio dovendo individuare una completa copertura normativa al fine di consentire un uso legittimo di tali strumenti.

Importanza pregnante in tale apparato hanno le *Basi di Dati di Interesse Nazionale* (BDIN) che costituiscono un sistema informativo armonico che tiene in considerazione il multilivello istituzionale e assicurano l'allineamento e la fruizione delle informazioni[7].

Le BDIN rappresentano l'occasione di raccolta omogenea in origine delle informazioni utilizzabili da altre pubbliche amministrazioni, offrendo out-put di qualità intesa come certezza e completezza dei dati.

Ora, è evidente che il "dato" è il mezzo attraverso il quale le pubbliche amministrazioni acquisiscono informazioni necessarie all'espletamento della propria funzione, divenendo - al contempo - un elemento essenziale ed imprescindibile dell'azione amministrativa.

Sicché, i poteri delle autorità pubbliche comprendono la raccolta ed il possesso di informazioni, anche sensibili, delle più disparate fattispecie soggettive ed oggettive.

Così, la rilevanza delle banche dati[8], in relazione alla funzione amministrativa, assume maggiore forza con l'introduzione degli strumenti digitali come contrasto all'inefficienza amministrativa.

Invero, il legislatore ha qualificato le tecnologie dell'informazione e della comunicazione come strumenti "*per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione*"[9].

---

5 Cfr. T. Agnoloni, *Dall'informazione giuridica agli open data giuridici*, in G. Peruginelli, M. Ragona (a cura di), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Napoli, ESI, 2014

6 Cfr. A. Contaldo, *La disciplina organizzativa del sistema pubblico di connettività nelle amministrazioni pubbliche: profili giuridici e problematiche attuative*, Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, n. 5-6/2018

7 Cfr. art. 60, comma 2 del CAD.

8 Cfr. G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informati ci nel settore pubblico,* in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020

9 In dottrina, S. Pellizzari, *Make it better and simpler: Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento nell'Unione Europea,* in Dir. pubbl., vol. 18, 1, 2012; P. Lazzara, *Il principio di semplificazione del procedimento,* in M. Renna, F. Saitta (a cura di), Studi sui principi del

ISSN 2036-7821

Occorre, inoltre, segnalare che i dati possiedono un volto statico, rappresentato dalla loro raccolta e dalla loro conservazione ed un volto dinamico, inerente alle molteplici attività connesse all'utilizzo degli stessi.

È, dunque, oltre alle possibilità di accesso e disposizione dei singoli dati digitali in modo semplificato, è l'insieme dei dati a costituire un importante valore conoscitivo ed informativo -anche- per finalità di pubblico interesse[10].

Tali informazioni costituiscono un patrimonio conoscitivo che supera l'interesse del singolo, ponendosi come un interesse della collettività volto a soddisfare esigenze diverse: partecipazione dei cittadini, formazione dell'opinione pubblica, studio, miglioramento dei servizi, attività decisionali e di ricerca ecc.[11].

Tale aspetto, è particolarmente rilevante per quanto attiene la riutilizzabilità dei dati amministrativi e alla trasparenza[12], quest'ultima intesa come capacità dell'amministrazione di rendere intellegibile l'*agére* amministrativo[13].

Pertanto, si può preliminarmente affermare, che la digitalizzazione dei dati risulta essere una fase necessaria e prodromica allo scambio ed al trattamento dei dati stessi.

Occorre indagare in che modo i dati possono essere fruiti e il valore pubblico apportato dalla loro interoperabilità.

2. Sull'interoperabilità.

A partire dalla fine del secolo scorso l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione[14] introduceva il principio di interoperabilità[15] per la rete unitaria

diritto amministrativo, Milano, 2012; G. Carullo, *Open Data e partecipazione democratica,* in Istituzioni del Federalismo, 2019, n. 3

[10] Cfr. Ampiamente in N. Pica, *Una lettura giuspubblicistica del dibattito civilistico sulla patrimonializzazione dei dati personali*, Amministrativamente, 3/2021

[11] Cfr. P. Marsocci, *Cittadinanza digitale e potenziamento della partecipazione politica attraverso il web: un mito così recente già da sfatare?*, in Rivista AIC, 1/2015; E. Carloni, M. Falcone, *L'equilibrio necessario. Principi e modelli di bilanciamento tra trasparenza e privacy,* in Diritto pubblico, 2017, 3, p. 732 osservano che il "nuovo scenario digitale" è "l'ambiente nel quale le persone non solo sono poste in pericolo dalla circolazione di informazioni, ma grazie a questa stessa circolazione di informazioni operano, comunicano, si esprimono, realizzano se stesse e le proprie potenzialità".

[12] Cfr. M. Bombardelli, *La trasparenza nella gestione dei documenti amministrativi*, in F. Merloni (a cura di), La trasparenza amministrativa, Giuffrè, Milano, 2008;

[13] Cfr. A. F. Spagnuolo, E. Sorrentino, *Alcune riflessioni in materia di trasformazione digitale come misura di semplificazione*, in federalismi.it, n. 8/2021

[14] "*AIPA (Autorità per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione) Ente istituito dal d. legisl. 39/1993, per coordinare le pubbliche amministrazioni nella progettazione dei sistemi informatici e nello sviluppo delle professionalità necessarie a gestire le nuove tecnologie. Il d. legisl. 196/2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) ha trasformato l'AIPA nel Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA). Con il d. legisl. 177/2009, il CNIPA è stato a sua volta trasformato nell'Ente nazionale per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione*". Così in https://www.treccani.it/enciclopedia/aipa-autorita-per-l-informatica-nella-pubblica-amministrazione_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/

ISSN 2036-7821

della pubblica amministrazione, avendo il compito di promuovere, coordinare, pianificare e controllare lo sviluppo di sistemi informativi automatizzati delle Pp.aa, secondo criteri di standardizzazione, interconnessione e integrazione dei sistemi stessi.

Successivamente con l'entrata in vigore del Codice dell'amministrazione digitale l'interoperabilità viene definita come la peculiarità di un sistema di rete aperto e pubblico, capace di interagire in modo automatico con altri sistemi al fine di scambiare informazioni ed erogare servizi[16].

Il concetto di interoperabilità si pone in un sistema di vasi comunicanti con il principio di matrice europea quale il principio di *Once only* secondo cui è necessario fornire una sola volta le informazioni alla pubblica amministrazione che le indicizzerà nelle banche dati accessibili dalle altre pubbliche amministrazioni favorendo la costituzione di un sistema integrato di informazioni digitali sicure e di rapido accesso[17].

Al fine di costituire un sistema di informazioni efficiente è necessario che le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati collaborino nella sua implementazione.

A dimostrazione della rilevanza del concetto di interoperabilità dei dati è l'adozione della determinazione n. 547 del 1° ottobre 2021 dell'Agid recante le "*Linee guida sull'interoperabilità tecnica delle pubbliche amministrazioni*" e le "*Linee guida tecnologiche e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici*"[18], entrambe redatte ai sensi dell'articolo 71, 73 e 75 del Codice dell'amministrazione digitale.

In tale sede, l'Agid conferma la portata dell'interoperabilità come strategia per un'effettiva ed efficacie trasformazione digitale della pubblica amministrazione: carattere necessario – ma non da solo sufficiente- al fine di indirizzare l'agére pubblico verso un nuovo modo di interagire all'interno della p.a., tra pp.aa. diverse e tra pp.aa. e cittadini.

---

[15] Cfr. G. Carullo, *Interoperabilità dei dati e riflessi organizzativi: il caso della conservazione digitale*, in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale,* Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'università di Torino, Torino, 2021.

[16] Art. 1 CAD

[17] Cfr. D. U. Galetta, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare,* Federalismi, 2022

[18] Consultabili al seguente link: https://www.agid.gov.it/sites/default/files/repository_files/547_dt_dg_n_547_1_ott_2021_adozione_lg_interoperabilit_tecnica_e_sicurezza.pdf

ISSN 2036-7821

Attraverso tali Linee guida vengono implementati l'interfaccia di comunicazione e l'identificazione di strategie di protezione e sicurezza[19] dei dati condivisi al fine di migliorare il servizio erogato e la conservazione della documentazione[20].

Altresì, l'interoperabilità rientra nelle misure della pubblica amministrazione digitale 2026[21], la quale promuove lo scambio di dati detenuti da diversi enti pubblici.

In tale contesto si afferma la Piattaforma digitale nazionale dati[22], pensata con il fine di incoraggiare l'uso e la consapevolezza dell'architettura del patrimonio informativo da parte delle pubbliche amministrazioni nonché per la condivisione delle informazioni tra i soggetti che hanno diritto di accedervi con l'obiettivo di semplificare le procedure amministrative, e dopo la modifica introdotta con il d.l. 77/2021, anche, e innanzitutto, "*ai fini dell'attuazione dell'articolo 50*"[23].

Pertanto, detta piattaforma costituisce l'infrastruttura tecnologica che abilita l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni, dei gestori di servizi pubblici e delle società a controllo pubblico[24].

Sicché, se si amplia l'ambito d'azione, è evidente come l'interoperabilità, tra Pp.Aa., tra PA e cittadini, nonché imprese, rappresenta un momento di svolta e di trasformazione della Pubblica amministrazione in un apparato più attuale e vicino ai bisogni della società in continua evoluzione[25].

Dunque, il modello interoperabile permette la collaborazione tra pubbliche amministrazioni e tra queste e soggetti terzi, mediante soluzioni digitali che favoriscono lo scambio e l'interazione di informazioni e dati in linea con i principi della comunicazione n. 134 del 23 marzo 2017 della Commissione Europea[26].

---

[19] Si veda E. Sorrentino, A. F. Spagnuolo, *Gestione e conservazione dei dati sanitari. Il vulnus normativo che impatta su sicurezza e data protection*, Federalismi.it, 2024; P. Guarda, *I dati sanitari*, in V. Cuffaro, R. D'orazio, V. Ricciuto (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo,* Giappichelli, Torino, 2019, p. 594; di F. Caggia, *Il trattamento dei dati dei dati sanitari sulla salute, con particolare riferimento all'ambito sanitario,* in V. Cuffaro, R. D'Orazio, V. Ricciuto (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali,* Giappichelli, Torino, 2007

[20] Cfr. F. Giglioni, *Regole migliori producono risultati migliori? La sfida della nuova "Agenda" europea sulla better regulation,* in Giornale di diritto amministrativo 5/2015

[21] Per dettagli https://padigitale2026.gov.it/misure/

[22] Art. 50 ter CAD introdotto dall'articolo 45 del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217

[23] Art. 50-ter, co. 1, Codice dell'amministrazione digitale cui il Il decreto Semplificazioni (d.l. 76/2020) ha operato una totale riscrittura della norma; I. Macrì, *Open data, open format trasparenza e pubblicità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni*, Azienditalia, 2021

[24] Cfr. M. Aldinucci, *L'infrastruttura necessaria per creare interoperabilità tra pubbliche amministrazioni,* in R. Cavallo Perin (a cura di), *L'amministrazione pubblica con i bigdata: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale,* Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'università di Torino, Torino, 2021

[25] Sulle trasformazioni del diritto amministrativo, dovute alla complessità della società, cfr. S. Cassese, *Mezzo secolo di trasformazioni del diritto amministrativo, in Diritto amministrativo e società civile.* Vol. I. Studi introduttivi, Bologna, BUP, 2018, pp. 3 ss; S. Cassese, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive,* parte VI, Milano, Giuffrè, 2010

[26] Cfr. https://eur-lex.europa.eu

ISSN 2036-7821

Come evidenziato, i dati pubblici, oggi, se utilizzati assecondando la loro massima potenzialità, possono migliorare i servizi esistenti, svilupparne dei nuovi e creare nuove opportunità di 'efficientamento, della macchina amministrativa.

Ciò avviene tramite la raccolta dei dati che diventano immediatamente fruibili, snellendo gli adempimenti sia della pubblica amministrazione, sia del privato-impresa.

Quindi, se utilizzati sapientemente, i dati pubblici digitali sono in grado di incrementare in modo esponenziale l'efficienza amministrativa e semplificare le procedure e le incombenze, sia dal lato della pubblica amministrazione, sia dal lato del privato.

In tale ottica, l'interoperabilità consente di ridurre i margini di errore ed i tempi di gestione con una conseguente riduzione a lungo termine anche dei costi tradizionali. È -però- da verificare la sostenibilità dei costi di implementazione e gestione di *software* e banche dati nel medio lungo termine al fine di cogliere se, almeno in termini economici, la digitalizzazione[27] e l'interoperabilità dei dati pubblici rispondono ai principi di economicità ed efficienza.

Altresì, l'assunto principio di interoperabilità costituisce un corollario del principio di leale collaborazione[28].

Invero, i momenti di coordinamento dell'attività amministrativa[29] rappresentano le modalità più efficienti di azione: si pensi alla conferenza di servizi, istituto ormai consolidato nel nostro ordinamento, il quale consente una riduzione dei tempi e delle energie attraverso uno scambio di informazioni e tramite la collaborazione tra diverse amministrazioni.

Allo stesso modo, oggi, l'interoperabilità costituisce un tassello imprescindibile della cooperazione in sede procedimentale: la connessione e lo scambio dei dati garantisce la completezza della fase istruttoria, inglobando flussi documentali riferibili in partenza a diverse amministrazioni[30].

---

[27] Cfr. R. Rolli, M. D'Ambrosio, *La necessaria letturaantropocentrica della rivoluzione 4.0,* P.A. Persona e Amministrazione, 2021; D.U. Galetta –J.G. Corvalán, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, federalismi.it, 3/2019; P. Forte, *Diritto amministrativo e dataScience. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI),* PA Persona e Amministrazione, 1, 2020

[28] Cfr. D.U. Galetta, *Digitalizzazione e diritto ad una buona amministrazione (il procedimento amministrativo, fra diritto UE e tecnologie ICT),* in R. Cavallo Perin, D.U. Galetta (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020

[29] Cfr. V. Bachelet, *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia,* Giuffrè, 1957; S. Cassese, *Il coordinamento prima e dopo Bachelet*, in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa. In ricordo di Vittorio Bachelet,* Bologna, Il Mulino, 1982

[30] Cfr. F. Cardarelli, 3-bis. *Uso della telematica*, in M. A. Sandulli (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, 2010

ISSN 2036-7821

Il fondamento dell'interoperabilità è garantito a livello costituzionale dall'articolo 117, secondo comma, lett. r), nella parte in cui attribuisce allo Stato la competenza legislativa esclusiva del "*coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale*".

Da tanto discende la volontà costituzionale di assicurare un'armoniosa ed uniforme diffusione del sistema informativo che nel contesto attuale passa attraverso lo scambio di dati digitali[31].

Sul punto, la Corte Costituzionale ha precisato che il riferimento del coordinamento – di cui alla lettera r) dell'art. 117 Cost., secondo comma – inerisce "*anche i profili della qualità dei servizi e della razionalizzazione della spesa in materia informatica, in quanto necessari al fine di garantire la omogeneità nella elaborazione e trasmissione dei dati*" e che agli organi dello Stato è attribuito il "*coordinamento meramente tecnico, per assicurare una comunanza di linguaggi, di procedure e di standard omogenei, in modo da permettere la comunicabilità tra i sistemi informatici della pubblica amministrazione*"[32].

Dunque, l'interoperabilità si pone come uno strumento imprescindibile per favorire la collaborazione tra le pubbliche amministrazioni, mostrandosi oggi come una sfida ed una necessità.

3. Dati sanitari e l'Infrastruttura Nazionale per l'Interoperabilità (INI).

L'interoperabilità dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, come si è visto, sta assumendo un valore crescente. In particolare, l'interoperabilità dei dati nel settore sanitario rappresenta un passaggio imprescindibile verso una medicina personalizzata che favorisce il rapporto di cura medico-paziente.

Dunque, poter disporre della storia clinica e dei dati del paziente consente l'instaurazione di un rapporto di cura attento alle necessità dell'assistito secondo un modello di cura completo.

A tal fine risulta necessario, però, che i dati siano affidabili, autentici, integri e leggibili per come previsto dall'articolo 44 CAD)[33].

---

[31] Cfr. B. Carotti, *Digitalizzazione della PA e interoperabilità: lo stato dell'arte secondo la Commissione europea,* in Osservatorio sullo Stato Digitale, 2021

[32] Cfr. Corte costituzionale, sent. 10 gennaio 2004, n. 17, successivamente Corte costituzionale, sent. n. 31 del 2005; in dottrina V. Sarcone, *La leale collaborazione vale anche per l'eGovernment?,* federalismi.it, 5/2005

[33] Cfr. "di conservazione dei documenti informatici assicura, per quanto in esso conservato, caratteristiche di autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità, reperibilità, secondo le modalità indicate nelle Linee guida." in dottrina M.T. Guaglianone, E. Cardillo, M.T. Chiaravalloti, A.F. Spagnuolo, G.A. Cavarretta, *La conservazione dei documenti che alimentano il Fascicolo Sanitario Elettronico,* in Riv. it. di informatica e diritto, 2020

ISSN 2036-7821

Un sistema di dati efficiente è fondato sulla loro immediata disponibilità e sulla certezza che siano stati conservati correttamente e tutelati da possibili modifiche e/o alterazioni[34].

In ambito sanitario, il principale strumento di raccolta dati è il fascicolo sanitario elettronico (FSE)[35], il quale necessita di un sistema interoperabile al fine di poter mostrare appieno le sue potenzialità.

Il fascicolo sanitario elettronico[36], istituito dal decreto legge n. 179/2012, convertito in legge n. 221/2012[37] è definito come "*un pilastro all'interno delle iniziative che si inseriscono nel percorso verso la Sanità Digitale*", che "*costituisce il principale fattore abilitante per il raggiungimento di significativi incrementi della qualità dei servizi erogati in ambito sanitario e dell'efficienza*"[38].

Le sue potenzialità – non del tutto manifestate prima dell'avvento della pandemia da Covid-19 – hanno spinto il legislatore ad adottare "Misure urgenti in materia di FSE" attraverso il D.l. n. 34/2020[39].

Tale intervento ha ampliato il catalogo delle tipologie di dati sanitari che devono essere inseriti nel FSE comprendendo anche la documentazione relativa a prestazioni erogate al di fuori del SSN, includendo tra i soggetti tenuti ad aggiornarlo, oltre all'assistito, anche i professionisti sanitari e sociosanitari operanti sia nell'ambito dell'SSN e SSR che al di fuori.

Tale novità ha ampliato l'ambito oggettivo di operatività del FSE consentendo la raccolta di un maggior numero di informazioni utili alla cura del paziente.

Sicché, nell'ormai avviato processo di digitalizzazione[40] della pubblica amministrazione, l'Interoperabilità rappresenta una condizione imprescindibile per una gestione efficiente dei dati elettronici.

Anche il CAD prevede che le pubbliche amministrazioni devono utilizzare nel rapporto con le altre PP.AA., nei rapporti interni e con soggetti privati le nuove

---

[34] Cfr. M. Guercio, *Conservare il digitale. Principi, metodi e procedure per la conservazione a lungo termine di documenti digitali*, Laterza, 2013

[35] Cfr. 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, Torino, 2021; S. Corso, *Il fascicolo sanitario elettronico 2.0. Spunti per una lettura critica*, Le Nuove leggi civili commentate, 2/2024

[36] Cfr. G. Lofaro, *Piattaforma di Telemedicina e Fascicolo Sanitario Elettronico: il raccordo dei flussi informativi per i servizi sanitari digitali alla luce delle nuove linee guida,* Amministrativ@mente, 2/2023

[37] Cfr. G. Comandè, L. Nocco, V. Peigné, *Il fascicolo sanitario elettronico: uno studio multidisciplinare*, in Riv. it. med. leg., 2012, 105 e ss.

[38] Questa la descrizione del FSE rinvenibile nel sito ufficiale "fascicolosanitario.gov.it"

[39]Cfr. E. Sorrentino, A.F. Spagnuolo, *La sanità digitale in emergenza Covid- 19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico,* Federalismi.it, 2020

[40] Cfr. S. Coronato *Gli strumenti necessari al processo di digitalizzazione del S.S.N.,* in Il Diritto Sanitario Moderno, 2019

ISSN 2036-7821

tecnologie dell'informazione e della comunicazione assicurando l'interoperabilità dei sistemi e il perfezionamento dei processi[41].

Invero, la volontà di sistemi informatici interoperabili incontra difficoltà già nei differenti *standard* e modalità di raccolta dei dati.

Conseguentemente, ciò si pone come ostacolo alla collaborazione e allo scambio di informazioni tra amministrazione nonché tra pubblica amministrazione ed interessati[42].

Altresì proprio per la rilevanza crescente, è necessario che i dati[43] siano tutelati da *cyber* attacchi[44], prevedendo misure di sicurezza volte alla protezione dei sistemi informatici e dall'integrità dei dati stessi[45].

Ebbene, nel settore sanitario il bisogno di sistemi interoperabili ha spinto il legislatore alla costituzione dell'infrastruttura nazionale per l'interoperabilità tra i fascicoli sanitari elettronici regionali al fine di creare un modello di gestione dell'intera rete[46].

Più precisamente, il livello di raccolta regionale di FSE si rapporta con INI in modo interoperabile al fine di trasmettere, collezionare e richiedere dati e informazioni sanitarie secondo procedure sicure a garanzia dei consensi indicati dagli assistiti[47].

Dunque, l'istituzione dell'infrastruttura nazionale per l'interoperabilità, avvenuta nel 2018, segna il passaggio ad un sistema centralizzato di dati e documenti interoperabili in grado di ridurre il "*divide*" tra le diverse regioni nell'attivazione ed implementazione del FSE.

Sicché l'Infrastruttura nazionale per l'interoperabilità rappresenta un supporto per le regioni che ancora non hanno implementato a dovere il fascicolo sanitario elettronico[48].

Pertanto, l'istituzione di una infrastruttura nel settore sanitario a livello centrale mostra la necessità di armonizzare l'accesso al servizio pubblico sanitario a livello

---

41 Art. 12 co.2 CAD

42 Cfr. G. Carullo, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa,* Torino, 2012; R. Cavallo Perin, *Pubblica amministrazione e data analysis, in Id., L'amministrazione pubblica coni big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale,* Torino, 2021

43 Il Financial Times ha elaborato un algoritmo in grado di calcolare il valore dei dati personali nel mercato: https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/?ft_site=falcon#axzz2WDzN1Z8V

44 Cfr. I. Macrì, Cybersicurezza per la Pubblica Amministrazione, in Azienditalia, 2021, n. 12

45 Cfr. E. Sorrentino, A.F. Spagnuolo, *La sanità digitale in emergenza Covid-19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico,* in Federalismi, 2020; A. Pietroletti, A. Nicotra, *Tutela della salute, sistemi digitali e privacy,* Rivista italiana di informatica e diritto, 2022

46 Cfr. comma 15-ter, art. 12, del d.l. n. 79/2012, recentemente modificato dal decreto rilancio (cfr. art. 11 del d.l. 16 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77)

47 Cfr. fascicolosanitario.gov.it

48 Cfr. G. Escurolle, *Le novità sul Fascicolo Sanitario Elettronico (FSE)*, Ciberspazio e Diritto, 2020

ISSN 2036-7821

regionale attraverso uno strumento di connessione tra realtà diverse in grado di integrare un sistema più idoneo alla presa in cura del paziente.

Rimane da indagare se questo accentramento nella gestione dei dati sanitari possa incidere sulla competenza concorrente in materia sanitaria, risultando limitata – in questo specifico caso- dalla competenza esclusiva in materia di informatizzazione.

Ciò impone ulteriori riflessioni sul rapporto di competenze statali e concorrenti a partire dalla gestione dei dati sanitari, giungendo ad una più ampia considerazione se ciò possa comportare una limitazione nelle determinazioni regionali in ambito sanitario.

4. Novità in materia di riutilizzo dei dati sanitari.

L'importanza dell'interoperabilità dei dati detenuti dalla pubblica amministrazione è stata avvertita a livello europeo già dall'European Interoperability Framework (EIF), la quale precisava che "*l'interoperabilità dei servizi pubblici resi nello spazio europeo è la capacità di sistemi organizzativi diversi di interagire per il raggiungimento di reciproci vantaggi e obiettivi comuni mediante la condivisione di informazioni e conoscenze, e lo scambio di dati supportati dai rispettivi sistemi ICT*"[49].

Dunque, già da tale definizione, è evidente come l'implementazione di sistemi interoperabili richiede *ex se* l'elaborazione uniforme delle informazioni da parte di sistemi differenti. Da tanto dovrebbe discendere l'erogazione di servizi più omogenei, immediati ed accessibili[50].

A maggior ragione, nel settore sanitario ove si è affermato il concetto di *E-health*[51] che comprende servizi molto diversi fra di loro che trovano fondamento in una visione armoniosa ovvero l'utilizzo delle tecnologie al fine di garantire una migliore risposta ai bisogni dei cittadini contenendo la spesa sanitaria pare indifferibile una armonizzazione nella gestione dei dati digitali.

Invero, consapevoli della necessità di applicazione delle tecnologie al settore sanitario, sia a livello nazionale che sovranazionale, si è proceduti, a più riprese, con

[49] Cfr. Allegato 2 alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Verso l'interoperabilità dei servizi pubblici europei, 16 dicembre 2010 (COM (2010) 744) final),2

[50] Cfr. M. Lehne, J. Sass, A. Essenwanger, J. Schepers, S. Thun, *Why digital medicine depends on interoperability,* NPJ Digit Med., v. 2.79, 2019.

[51] Cfr. D. Morana, T. Balduzzi, F. Morganti, *La salute "intelligente": eHealth, consenso informato e principio di non-discriminazione,* Federalismi.it, 2022

ISSN 2036-7821

l'adozione di politiche di sviluppo del settore che, tuttavia, hanno incontrato e continuano ad incontrare dei rallentamenti in sede attuativa[52].

Da ultimo, la necessaria interoperabilità dei dati sanitari è stata accolta in un ampio e importante progetto dell'Unione europea ovvero la costituzione dell'European healt data space e dal conseguente Regolamento UE European Health Data Space approvato il 24 Aprile 2024[53].

Tale regolamento rappresenta un ulteriore passo nel solco dell'utilizzo dei dati[54] che segue all'approvazione del "Data Act"[55] e "Data Governance Act"[56], con l'obiettivo di offrire un quadro regolatorio europeo teso alla tutela, all'interoperabilità e al riutilizzo dei dati.

Il Regolamento European Health Data Space rappresenta un momento di 'efficientamento' dell'accesso[57] e del controllo da parte dei titolari dei dati sanitari e *medio tempore* di ampliamento dell'ambito di riutilizzo[58] per obiettivi di pubblico interesse (c.d. utilizzo secondario[59]).

Dunque, il principale obiettivo è quello di istituire un ecosistema dei dati sanitari, regolamentato in maniera uniforme a livello europeo e volto a eliminare le limitazioni di condivisione e scambio dei dati sanitari tra i diversi Stati europei.

Il fine ultimo è la creazione di un sistema di dati sanitari a beneficio dei pazienti e dell'intera collettività[60].

---

[52] Cfr. C. Tubertini, *La mobilità sanitaria: potenzialità e limiti nella prospettiva della piena tutela del diritto alla salute,* in L.P. Tronconi (cur.), *Unione europea e diritti alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate,* Rimini 2016; G. Polifrone, *Sanità digitale. Prospettive e criticità di una rivoluzione necessaria*, Milano 2019

[53] https://eur-lex.europa.eu

[54] Cfr. R. Rolli, M. D'Ambrosio, *Consenso e accountability: i poli del commercio dei dati personali online*, P.A. Persona e Amministrazione, 2022

[55] Reg. (UE) 2023/2854 del 13 dicembre 2023 riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo).

[56] (Reg. (UE) 2022/868 del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati).

[57] Cfr. F. C. Rampulla, G. C.Ricciardi A. Venturi, *Digitalizzazione delle amministrazioni e accesso ai dati e ai documenti informatici sanitari*, federalismi.it 2/2024

[58] Cfr. M.Falcone, *Dati aperti e diritto al riutilizzo delle informazioni: la declinazione italiana del paradigma degli open data,* in B. Ponti (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Maggioli, 2016; G. Luchena, S. Cavaliere, *Il riutilizzo dei dati pubblici come risorsa economica: problemi e prospettive*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, 2020, n. 1

[59] L'art. 2, paragrafo 2, lett. (e), del Regolamento definisce "l'uso secondario" come il trattamento di dati sanitari elettronici per finalità diverse da quelle per cui tali dati erano stati inizialmente raccolti ovvero le finalità relative all'"uso primario". D'altra parte, la precedente lett. (d) dell'art. 2, paragrafo 2, definisce l'"uso primario" come il trattamento dei dati sanitari elettronici per la fornitura di assistenza sanitaria volta a valutare, mantenere o ripristinare lo stato di salute della persona fisica a cui si riferiscono tali dati, compresa la prescrizione, la distribuzione e la fornitura di medicinali e dispositivi medici, nonché per i pertinenti servizi sociali, amministrativi o di rimborso.

[60] https://dirittoaldigitale.com/2024/05/16/dati-sanitari-parlamento/

In apertura, il Regolamento istituisce lo Spazio Europeo dei Dati Sanitari individuando regole, *standard* e infrastrutture comuni, nonché un quadro per la *governance* dei dati sanitari, con l'obiettivo di facilitare l'accesso ai dati sanitari elettronici ai fini del loro utilizzo primario e secondario.

Altresì, vi è un espresso richiamo al Regolamento generale sulla protezione dei dati personali, nonché all'AI Act, i quali risultano integrati e specificati dal Regolamento in commento.

Inoltre, viene istituita un'infrastruttura transnazionale per consentire l'uso primario e secondario dei dati sanitari elettronici all'interno dell'Unione europea, nonché sono previste delle norme di coordinamento nazionale ed europeo per l'uso primario e secondario dei dati sanitari elettronici.

Pertanto, pare opportuno segnalare come il Regolamento si pregia principalmente per aver normato l'uso primario e l'uso secondario dei dati sanitari[61].

Per quanto riguarda l'uso primario dei dati sanitari, l'art. 5 del Regolamento individua le categorie di dati sanitari elettronici che dovranno essere resi accessibili e condivisi per finalità di cura e assistenza del paziente, prevedendo la possibilità per gli Stati membri di integrare categorie aggiuntive di informazioni.

Tali categorie sono definite "*priority categories of personal electronic health data for primary use*" ed includono: informazioni generali sul paziente ("*patient summaries*") - come dati identificativi e di contatto - informazioni su eventuali coperture assicurative del paziente, le sue vaccinazioni, allergie, gravidanze, i farmaci assunti o in corso di assunzione, piano di cura, storia clinica del paziente; prescrizioni elettroniche; immagini mediche e relativi referti; risultati di analisi mediche, incluse le analisi di laboratorio e altri esami diagnostici con i relativi referti nonché dimissioni del paziente.

In tal modo, si vuole garantire la circolazione europea di strumenti come il fascicolo sanitario elettronico e cartelle cliniche elettroniche con l'obiettivo di superare i limiti nazionali nei processi di cura, armonizzandoli a livello sovranazionale.

È così possibile assicurare una migliore qualità di prestazione sanitaria a livello europeo, dando la possibilità ai pazienti e ai medici di accedere ai dati sanitari in qualsiasi Stato membro.

[61] Cfr. C. Colapietro, A. Iannuzzi, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. Califano (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli, 2017; G. D'ippolito, *Il principio di limitazione della finalità del trattamento tra data protection e antitrust. Il caso dell'uso secondario di big data*, in Dir.Inf.e Inf., n. 6/2018,

ISSN 2036-7821

Il Regolamento, poi, si preoccupa di disciplinare dettagliatamente le modalità di esercizio del diritto di accesso, di integrazione e di rettifica da parte dei titolari dei dati.

Altresì, è previsto il diritto dei pazienti di inibire l'accesso ai propri dati sanitari sia da parte degli operatori sanitari che da parte degli altri soggetti legittimati ad utilizzare i dati per l'uso secondario (sottoponendo questa seconda ipotesi a stringenti condizioni).

Al fine di garantire l'interoperabilità dei dati a livello europeo, il Regolamento predispone dei criteri di redazione dei documenti e di supporto degli stessi per semplificarne la portabilità[62].

Inoltre, come anticipato, il Regolamento disciplina l'utilizzo secondario dei dati sanitari consentendo ai soggetti pubblici e privati, nonché ai singoli ricercatori l'accesso ai dati per scopi di innovazione, attività didattiche, sicurezza dei pazienti ovvero medicina personalizzata.

Più precisamente, l'utilizzo secondario dei dati sanitari è giustificato (ed autorizzato) per i seguenti obiettivi:di pubblico interesse nel campo: della salute pubblica e del lavoro; di policy making e di approfondimento di attività della pubblica amministrazione; di studi statistici; di formazione nel settore sanitario o dell'assistenza; di potenziamento dei trattamenti di cura; di ricerca scientifica relativa al settore sanitario o dell'assistenza, che sia di vantaggio per pazienti, professionisti sanitari e amministratori della sanità[63].

Al contempo, il Regolamento prescrive le finalità per cui non è consentito il riutilizzo dei dati sanitari: marketing; sviluppi di prodotti nocivi alla salute; decisioni che incidano sugli aspetti sociali legali o economici del titolare dei dati.

Dunque, l'utilizzo secondario, risulta giustificato dalla finalità di interesse generale della società all'utilizzo di tali dati ed è assoggettato ad un'apposita autorizzazione a livello centrale che dovrà essere rilasciata ad opera degli organismi responsabili dell'accesso ai dati.

Sicché, il soggetto interessato all'accesso dei dati dovrà presentare una formale richiesta segnalando le finalità che vuole perseguire e le misure di sicurezza da adottare. Una volta presentata la richiesta, l'autorità incaricata dovrà decidere entro tre mesi circa l'autorizzazione.

Una volta rilasciata, l'autorizzazione avrà una durata determinata in relazione al tempo necessario per le finalità indicate e comunque non superiori a 10 anni[64].

[62]https://dirittoesanita.unipv.it
[63] www.agendadigitale.eu
[64] L'accesso potrà avvenire in forma pseudonimizzata ovvero anonimizzata.

ISSN 2036-7821

Inoltre, il regolamento prevede che gli utenti dei dati sanitari si debbano impegnare a non rendere disponibili ovvero fornire l'accesso a soggetti terzi non indicati in sede di richiesta di autorizzazione.

Dunque, il Regolamento si impone come un momento di trapasso e progresso in ambito sanitario. Dall'utilizzo e riutilizzo[65] dei dati possono discendere grandi vantaggi per la collettività, rappresentando - al contempo - la possibilità concreta di superare le disomogeneità normative e le problematiche riguardanti le erogazione di servizi sanitari, sia a livello sovranazionale che nazionale[66].

5. Brevi riflessioni conclusive.

A valle delle considerazioni circa le potenzialità dell'implementazione di sistemi informatici interoperabili pare utile segnalare come il riconoscimento della rilevanza dell'interoperabilità dei dati è da rintracciare già nell'art. 3-bis della Legge n. 241/1990, il quale afferma che al fine di conseguire un livello di efficienza superiore le pubbliche amministrazioni debbono agire attraverso strumenti telematici sia all'interno della medesima P.A. sia tra diverse PP.AA. che tra queste e i privati[67].

Dunque, l'esistenza di banche dati e di sistemi interoperabili consente di ridurre tempi ed energie della pubblica amministrazione[68] ancorché risulta da verificare se i costi di implementazione e gestione dei software siano sostenibili nel tempo, bilanciando il tutto con le più generali criticità connesse alla digitalizzazione della pubblica amministrazione.

---

[65] In materia di riutilizzo dei dati a livello comunitario il primo intervento è rappresentato dalla direttiva 2003/98/CE, del 17 novembre 2003, «relativa al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico», che indicava le condizioni fondamentali per il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico nell'Unione europea. Successivamente con la direttiva 2013/37/UE si imponeva come regola generale l'obbligo per gli Stati membri di rendere riutilizzabili tutti i documenti delle pubbliche amministrazioni sia per fini commerciali sia non commerciali, con l'imposizione di una determinata licenza di riutilizzo. A livello interno la direttiva veniva recepita con d.lgs. n. 36 del 2006 che con s.m.i. stabiliva che «l'uso del dato di cui è
titolare una pubblica amministrazione o un organismo di diritto pubblico, da parte di
persone fisiche o giuridiche, a fini commerciali o non commerciali diversi dallo scopo
iniziale per il quale il documento che lo rappresenta è stato prodotto nell'ambito dei fini istituzionali». Dunque, le modalità di riutilizzo variano in base al documento che contiene il dato se già reso disponibile o meno. In dottrina G. Luchena, S. Cavaliere, *Il riutilizzo dei dati pubblici come risorsa economica: problemi e prospettive,* Rivista giuridica del Mezzogiorno, 2020, n. 1

[66] https://www.agendadigitale.eu

[67] Altresì, il CAD all'art. 12 stabilisce che "le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione"

[68] Cfr. B. Carotti, *La riforma della pubblica amministrazione – L'amministrazione digitale e la trasparenza amministrativa,* Giornale di diritto amministrativo, 2015, n. 5; D. Bolognino, A. Corrado, A. Storto, *La digitalizzazione e la pubblica amministrazione, in G. Rosaria et al. (a cura di) Il diritto nell'era digitale: persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022

ISSN 2036-7821

Si è evidenziato come l'opportunità di disporre di informazioni sanitarie provenienti da diverse amministrazioni rende possibile ottenere un quadro più completo rispetto alla posizione del singolo offrendo altresì un servizio personalizzato[69].

Altro aspetto rilevante, come si è visto, è la riduzione delle difficoltà che i cittadini possono incontrare nell'accedere ai servizi erogati dalla pubblica amministrazione con particolare riferimento al settore sanitario.

Si è ampiamente detto che il Fascicolo sanitario elettronico, quale principale strumento di raccolta dati sanitari digitali, trova la sua forza nell'interoperabilità delle informazioni in esso contenute. I vantaggi connessi all'utilizzo di tale strumento non si limitano soggettivamente al solo paziente, bensì diventa uno strumento utile per il personale sanitario nonché per l'efficientamento del servizio sanitaria.

Sicché il valore dei dati non è da rintracciare in informazioni a sé stanti ma considerati in un insieme aggiornato ed attendibile.

A conferma di ciò si inserisce lo Spazio Europeo dei Dati Sanitari che riconosce la necessità di disporre di informazioni sanitarie sia al fine di istaurare rapporti di cura adeguati, sia come momento di raccolta di informazioni utili agli stakeholder operanti nel settore.

Proprio per la rilevanza crescente, i dati rappresentano un punto di interesse[70] che li espone a *cyber* attacchi[71], rendendo necessario la previsione di misure di sicurezza volte alla protezione dei sistemi informatici e dall'integrità dei dati[72].

L'eventuale rischio a cui si espongono i dati dei singoli, risulta oggi giustificato - almeno a livello europeo - dalla prevalenza nel bilanciamento di interessi, dell'interesse della collettività relati all'utilizzo primario e secondario dei dati[73].

Pertanto, in un quadro così delineato è auspicabile l'ampliamento e l'affermazione di sistemi interoperabili sicuri, in grado di fornire informazioni complete ed istantanee; risulta, altresì, necessario tratteggiare con maggior rigore i limiti di uso e riuso dei dati per scongiurare il rischio di alterazione o sfruttamento improprio degli stessi per fini ultronei all'interesse collettivo.

---

[69] *Ibidem*

[70] Il Financial Times ha elaborato un algoritmo in grado di calcolare il valore dei dati personali nel mercato: https://ig.ft.com/how-much-is-your-personal-data-worth/?ft_site=falcon#axzz2WDzN1Z8V

[71] Cfr. I. Macrì, *Cybersicurezza per la Pubblica Amministrazione*, Azienditalia, 2021, n. 12

[72] Cfr. E. Sorrentino, A.F. Spagnuolo, *La sanità digitale in emergenza Covid-19. Uno sguardo al fascicolo sanitario elettronico,* in Federalismi, 2020; E. Sorrentino, M. T. Guaglianone, E. Cardillo, M. T. Chiaravalloti, *La conservazione dei documenti che alimentano il Fascicolo Sanitario Elettronico (Digital Preservation of clinical Documents in the context of the Italian Federated Electronic Health Record),* Rivista italiana di informatica e diritto, 2020

[73] Cfr. N. Maccabiani, *Tra coordinamento informativo e livelli essenziali delle prestazioni: il caso del Fascicolo Sanitario Elettronico,* federalismi.it, 2023; N.Posteraro, *Sanità digitale, Fascicolo Sanitario Elettronico e PNRR,* Sanità Pubblica e Privata, 2023; G. Crisafi, *Fascicolo sanitario elettronico: 'profilazione' e programmazione sanitaria*, Federalismi.it, 2022.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il fragile equilibrio tra l'intelligenza artificiale e la trasparenza nelle decisioni amministrative

di Lydia Martucci

(Praticante avvocato)

Sommario

1.Premessa 2. L'impatto dell'intelligenza artificiale sulle decisioni amministrative 3. Il problema della tracciabilità delle decisioni automatizzate 4. La responsabilità della P.A. in caso di violazione delle decisioni.

Abstract

Artificial Intelligence (AI) systems become more integrated into public administration, but this relationship often leads to delicate issues such as the lack of transparency and traceability of administrative decisions. The lack of clear mechanisms to track AI-based decisions complicates the understanding of how choices are made, undermining transparency. Moreover, the public administration (PA) faces growing challenges regarding the responsibility for decisions influenced by AI.

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

1. Premessa.

In una realtà digitale, come quella attuale, mutano le esigenze e di conseguenza anche le funzioni e i ruoli, attribuiti sempre più spesso a sistemi intelligenti. La diffusione dell'intelligenza artificiale fa sorgere un interrogativo: i robot sono in grado di pensare? È questa la domanda che molti si sono posti quando si è iniziato ad accostare il tema dell'Intelligenza Artificiale a quello del diritto amministrativo. Le macchine non sono più solo un mero strumento per realizzare un corso di azioni decise da un agente umano ma gradualmente hanno acquisito la libertà di adottare autonomamente le decisioni più rilevanti per la persona[1]. Queste entità artificiali sono costituite da una rete neurale che riproduce la linea del cervello umano perché l'intento dei robot è quello di riprodurre i caratteri umani utilizzando un'intelligenza più avanzata e portando a numerosi vantaggi.

Nel presente articolo si andrà ad analizzare come l'intelligenza artificiale cerchi di conformarsi ai principi del diritto amministrativo ma spesso con risultati fallimentari. Invero, se da un lato l'ausilio dell'IA snellisce le procedure amministrative evitando eventuali errori, dall'altro, le limitazioni che connotano questi sistemi contrastano con il principio di trasparenza nelle decisioni amministrative. La trasparenza "*si contrappone a tutto ciò che si occulta per favorire interessi personali e di gruppo, configurandosi come esigenza di chiarezza, di comprensibilità, di non equivocità di una struttura e del suo agire, anche al fine di garantire l'affidamento dei cittadini", nonché l'imparzialità, il buon andamento e la legalità dell'azione amministrativa*[2]". Pertanto, parlare di trasparenza implica chiarezza e conoscibilità dell'azione amministrativa, che rappresentano un qualcosa in più rispetto alla mera pubblicità o accesso agli atti. L'ambiguità di alcuni algoritmi, alla base dell'intelligenza artificiale, si contrappone alla chiarezza lasciando inerme il privato, incapace di predisporre una corretta difesa e mettendo in discussione anche l'obbligo della P.A. di motivare i propri provvedimenti in modo preciso e puntuale, che contrariamente apparirebbero confusionari ed enigmatici.

Il tema dell'intelligenza artificiale suscita numerose preoccupazioni anche in merito alla corretta applicazione del principio di legalità, nel caso di specie è opportuno chiedersi, se l'Intelligenza Artificiale sia in grado di adottare un provvedimento conforme alla legge e di comprendere i principi etici sottesi alla decisione.

---

[1] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e futuro delle libertà*, BioLaw Journal, n. 1, 2019.

[2] F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, Il presente lavoro è destinato agli Studi in memoria di Roberto Marrama, in corso di pubblicazione. Ci si riferisce al lavoro del Maestro che intendiamo ricordare con questo scritto: *R. Marrama, La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo, in Dir. proc. amm., 1989, 416 ss. Per un'essenziale letteratura sul tema, nell'ampio panorama dottrinale: R. Villata, La trasparenza dell'azione amministrativa, in La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, 15;*

ISSN 2036-7821

Attribuire ampio potere e grande autonomia all'intelligenza artificiale può essere il preludio di uno scenario spaventoso e allarmante, considerando che il potere è una derivazione della libertà[3], affidarlo totalmente a soggetti o/e macchine potrebbe condurre a strade contrarie agli ideali perseguiti nel panorama giuridico. Inoltre, in questo modo verrebbe ridimensionato anche il ruolo del Consiglio di Stato che è quello di tutelare i privati dall'utilizzo scorretto del potere e di reindirizzarlo all'interno dei suoi limiti.

2. L'impatto dell'intelligenza artificiale sulle decisioni amministrative.

La decisione amministrativa è una condizione necessaria per il potere amministrativo e può essere intesa secondo diversi modi: l'atto in senso stretto ovvero quello adottato al termine di un procedimento regolante il rapporto tra P.A. e cittadino e la decisione pura, da intendersi come *la combinazione di giudizio e volontà che compone un conflitto di interessi*[4].

L'intelligenza artificiale è penetrata nel panorama giuridico attraverso il "cavallo di Troia" della categoria dell'atto vincolato[5]. Quest'ultimo è un atto in senso stretto a cui l'ordinamento attribuisce effetti giuridici.

È opportuno, prima di addentrarsi nelle articolazioni alla base della relazione tra IA e decisioni amministrative, identificare una definizione di intelligenza artificiale, nonostante la stessa sia particolarmente controversa in giurisprudenza. Un primo riferimento si individua nella Carta etica sull'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente, adottata nel 2018, che la definisce come un "*insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre, mediante le macchine, le capacità cognitive degli esseri umani*[6]." Secondo altri[7], è opportuno distinguere tra, algoritmo definito come *"una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato"* e intelligenza artificiale riconducibile invece "*allo studio di "agenti intelligenti", vale a dire allo studio di sistemi che percepiscono ciò che li circonda*". Spesso ci si domanda se si tratti di "*giant brains*" o di macchine in grado di pensare[8]. Una definizione più completa considera l'intelligenza artificiale come una macchina in grado di comprendere ed interagire con la realtà proprio come farebbe un essere umano e la divide in due categorie: l'intelligenza forte in grado di risolvere in modo autonomo problemi specialistici e quella debole che fornisce prestazioni specifiche ma superiori rispetto a

[3] C. JAMBRENGHI, *Libertà e autorità*, convegno del 10 febbraio 2025

[4] F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato,* in Federalismi, 5 aprile 2017, pag.3

[5] L.VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo: lo stato dell'arte,* in Federalismi, 7 novembre 2019, pag. 5

[6] A. GIORDANO, *Intelligenza artificiale, giusto processo e giudizio contabile*, in Corte dei conti, fasc. n.3/2022

[7] Cons. St., sez. III, 25 novembre 2021, n.7891

[8] E.C. BERKELEY, *Giant brain or machines that think,* Science edition, inc., New York 1961, pag.1

ISSN 2036-7821

quelle umane. L'incessante crescita dell'intelligenza artificiale porta la pubblica amministrazione a sfruttare i vantaggi di questa c.d. rivoluzione tecnologica[9], che le permette di ottenere dei guadagni in termini di celerità ed economicità dei procedimenti amministrativi. Si pensi al sistema di IA presente nella procura di Buenos Aires il c.d. sistema di IA Prometea che *consente un'accelerazione esponenziale dei tempi di preparazione di documenti legali e amministrativi con un impatto che appare decisivo, nel sistema argentino, rispetto a tematiche cruciali quali l'effettività dei diritti, il principio di uguaglianza e il principio di certezza del diritto*[10]. Inoltre, i vantaggi garantiti dall'utilizzo dei sistemi di IA consistono nella riduzione delle anomalie, dal raggiungimento di un risultato più efficace ed imparziale e infine dalla correzione di storture e imperfezioni che connotano i processi cognitivi. Anche se la tanto vantata neutralità può esser facilmente messa in discussione se si considera che le macchine sono realizzate da esseri umani che, inserendo determinati dati contribuiscono a generare decisioni che non sono prettamente parziali e neutrali perché sempre influenzate dal pensiero umano[11]. Pertanto, l'intelligenza artificiale è da un lato *"basata sull'idea di un uomo aumentato da una mente più rapida, efficace ed affidabile di quella naturale"*[12] ma dall'altro lato può entrare in contrasto con l'applicazione e il rispetto dei principi di legalità e trasparenza amministrativa, che, spesso, rappresentano una mera utopia.

Il procedimento amministrativo è subordinato all'obbligo di una motivazione ovvero la spiegazione dell'iter logico-giuridico che porta l'amministrazione ad adottare una determinata decisione. Il principio è disciplinato dall'art. 3 della L. 241/90, massima espressione della trasparenza amministrativa, che attribuisce al privato la possibilità di presentare controdeduzioni e di comprendere le ragioni sottese al provvedimento emanato. Il massiccio utilizzo dell'intelligenza artificiale in tali procedimenti può, tuttavia, condurre ad esiti antigiuridici comportando la riduzione della trasparenza, questo perché alcuni sistemi sono connotati dal black box, come quello del c.d. Deep Learning. Quest'ultimo si riferisce al ramo più avanzato del Machine Learning ed è una rete neurale artificiale organizzata in diversi strati, ogni strato calcola l'informazione per quello successivo riducendo le tempistiche ed aumentando

[9] Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n.8472, *Utilizzo degli algoritmi nel procedimento amministrativo*

[10] D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, *Intelligenza artificiale per una pubblica amministrazione 4.0.? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto,* in Federalismi, 6 febbraio 2019, pag. 8

[11] A. FORMISANO, *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali,* 11 settembre 2024, in Federalismi, pag. 118

[12] G. MONTEDORO, *Intelligenza artificiale e digitalizzazione fra Costituzione. amministrazione e giustizia*, la presente relazione è la rielaborazione di molteplici interventi effettuati dall'autore sul tema per l'Associazione Bachelet " Giustizia e Intelligenza artificiale" del 2018, per Giustizia insieme "La magistratura e l'indipendenza" del 2024 (visionabili su Radio Radicale) e per un convegno di formazione dell'Ufficio Studi del Consiglio di Stato tenutosi nel maggio del 2021 in piena pandemia, alla presenza dell'indimenticabile Presidente Franco Frattini al quale questo studio è dedicato.

ISSN 2036-7821

l'efficienza. Il termine black box <<scatola nera>> evoca il mistero e l'ignoto, contrapponendosi all'espressione <<scatola di vetro>> con cui si tende a definire la chiarezza e la trasparenza tipica della Pubblica Amministrazione[13]. La << scatola nera>> consiste nel diverso grado di oscurità che connota i sistemi intelligenti rendendo difficoltoso individuare il tipo di ragionamento utilizzato per emanare il provvedimento. Tuttavia, non tutti i sistemi di IA presentano questa limitazione pertanto è opportuno effettuare una scelta ragionata sull'IA da adottare, sempre da considerarsi in linea con le esigenze del panorama giuridico. Costante giurisprudenza[14] ritiene che "*il ricorso all'algoritmo non può mai comportare un abbassamento delle tutele garantite dalla legge sul procedimento amministrativo e, in particolare di quelle sull'individuazione del responsabile di procedimento, sull'obbligo di motivazione, sulle garanzie partecipative e sulla c.d. non esclusività della decisione algoritmica. Tra le indicate garanzie assume primaria importanza il rispetto del principio di trasparenza, che, come noto, trova un immediato corollario nell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi ex art. 3 L. 241/1990 e che non può essere soppresso, né ridotto per la sola presenza di un algoritmo all'interno dell'iter procedimentale*." Concludendo così che il processo automatizzato debba essere non solo conoscibile ma anche comprensibile.

Una conseguenza dovuta alla riduzione della trasparenza amministrativa è la perdita del diritto di difesa. Infatti, difronte ad un provvedimento oscuro ed ambiguo in cui anche le motivazioni sottese alle decisioni sembrano essere alterate, risulta complesso contestare. Ed invero, non è possibile difendersi se non si comprendono le motivazioni di un eventuale provvedimento negativo, discostandosi così dai principi costituzionali quali gli artt. 24 e 113, che al contrario, ribadiscono la necessità di una tutela giurisdizionale dinanzi alla lesione di diritti e/o interessi legittimi. Affinché le decisioni automatizzate siano adottate nel rispetto dei principi è opportuno che siano articolate secondo due diversi obblighi ovvero l'indicazione del procedimento informatico sotteso al provvedimento, la c.d. conoscibilità, e la spiegazione, all'utente non dotato di competenze tecniche, del procedimento informatico utilizzato, ovvero la c.d. comprensibilità[15].

Le conseguenze della rivoluzione tecnologica conducono a scenari allarmanti, cristallizzando il principio di discriminazione algoritmica. Si pensi al caso in cui

[13] F. TURATI, discorso di Filippo Turati avente ad oggetto la limitazione del segreto di ufficio nella PA, nel quale accostò l'amministrazione al termine "vetro", intesa come trasparente, 17 giugno 1908

[14] T.a.r Napoli, sez. III, 14 novembre 2022, n.7003 cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 04 febbraio 2020, n. 881; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8473; Cons. Stato, Sez. VI, 08 aprile 2019, n. 2270; T.a.r. per il Lazio, Sez. III-bis, 19 aprile 2019, n. 5139.

[15] C. NAPOLI, *Strumenti informatici nel processo decisionale amministrativo ed effettività del diritto di difesa: questioni vecchie problemi nuovi alla luce del Regolamento (UE) 2024/1689*, in Rivista Italiana di Informatica e Diritto, 4 ottobre 2024, pag. 492

ISSN 2036-7821

l'elaborazione di numerosi dati e informazioni, appartenenti anche al passato, tende a riportare alla luce casi di discriminazione in riferimento al reddito e alla razza[16], come il caso preoccupante formatosi in Olanda nel 2020 a causa dell'utilizzo di un algoritmo c.d. "Syri" (System Risk Indication). La ratio del sistema era quello di valutare l'attitudine a commettere frodi o abusi di coloro che percepivano sussidi, ma l'errore dell'algoritmo consisteva nell'attingere queste informazioni solo dai database di individui che versavano in uno stato di disagio e di difficoltà economica, senza effettuare un'analisi globale del territorio olandese. L'utilizzo discriminatorio del sistema ha portato il tribunale distrettuale dell'Aia a vietare il suo utilizzo[17]. Alla luce del caso citato, è preoccupante la possibilità che un algoritmo possa produrre un effetto discriminatorio anche nelle decisioni amministrative, perché risulta quasi impossibile sostituire l'etica umana, spesso impegnata ad interrogarsi sulla corretta adozione delle decisioni, da una applicazione automatica e meccanica dell'IA. Per questo motivo con il Regolamento generale sulla protezione dei dati 679/2016 al considerando n.71 è stato tipizzato il principio di "non discriminazione algoritmica" secondo cui è fondamentale rettificare i dati in ingresso attraverso l'utilizzo di calcoli e procedure matematiche, per evitare output decisionali discriminatori. Pertanto, *"Al fine di garantire un trattamento corretto e trasparente nel rispetto dell'interessato, tenendo in considerazione le circostanze e il contesto specifici in cui i dati personali sono trattati, è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, metta in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e impedisca, tra l'altro, effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero un trattamento che comporti misure aventi tali effetti.. Il processo decisionale automatizzato e la profilazione basati su categorie particolari di dati personali dovrebbero essere consentiti solo a determinate condizioni*."

Dallo scenario rappresentato, un interrogativo resta sullo sfondo: l'utilizzo delle decisioni automatizzate comporta un ritorno al passato, in cui mancava un corretto equilibrio nel rapporto tra Pubblica Amministrazione e privato? Se così fosse, quale

[16] G. LO SAPIO, *La black box: l'esplicabilità delle scelte algoritmiche qualche garanzia di buona amministrazione,* relazione svoltasi nell'ambito del Corso di formazione per Magistrati amministrativi organizzato dall'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa "Decisioni automatizzate e pubblica amministrazione. Procedimenti e discrezionalità nel tempo dell'intelligenza artificiale", 8 giugno 2021.

[17] M. MAZZARELLA, *Il digital welfare state e l'algoritmo Syri: una nuova sfida per la privacy*, in IRPA, 11 maggio 2020

ISSN 2036-7821

sarà il destino dei tanti principi che regolano tale relazione? Forse, per certi versi, lo sviluppo tecnologico non rappresenta altro che una corsa all'indietro.

3. Il problema della tracciabilità delle decisioni automatizzate.

L'impiego dell'intelligenza artificiale nel diritto amministrativo genera delle perplessità in giurisprudenza e in dottrina, infatti una recente pronuncia del Tar Lazio[18] in riferimento all'IA, definisce tale fenomeno come "*l'abdicazione da parte del responsabile del procedimento del suo ruolo di timoniere ed anche di correttore*" in particolare, il termine "timoniere" lascia intendere una serie di dubbi legati alla gestione della materia da parte dell'Intelligenza Artificiale. Viene, pertanto, evocato il timore di un approdo fuori rotta che potrebbe condurre ad una gestione catastrofica della questione.

L'impiego di sistemi intelligenti presenta ancora numerose limitazioni, ed invero il black box non realizza solo il problema della trasparenza ma evidenzia anche l'impossibilità di tracciare l'iter delle decisioni automatizzate. *In primis*, è opportuno distinguere i diversi tipi di automazione presenti in natura: l'automazione completa ovvero il primo livello, dove i documenti vengono prodotti direttamente dall'IA senza l'ausilio dell'intervento umano. Il secondo livello prevede un'interazione tra l'operatore e i sistemi intelligenti per assicurare un grado di sicurezza ai documenti. Infine, il terzo livello si basa sull'utilizzo di dati che vengono poi tradotti in previsioni[19]. Si è provato a chiedere proprio ad un sistema intelligente quale Chatgpt che cosa ne pensasse del rapporto tra decisioni amministrative e intelligenza artificiale, la risposta è stata negativa, invero la stessa ha evidenziato come i modelli di machine learning sono privi della capacità di comprendere a fondo la specificità dei casi perché non godono della capacità di contestualizzazione tipica dell'essere umano. In secondo luogo, Chatgpt ha aggiunto che il suo utilizzo potrebbe portare a delle conseguenze pericolose se chiamata ad analizzare un caso i cui i suoi elementi non sono stati adeguatamente rappresentanti nei dati[20]. Un'ulteriore limitazione è costituita soprattutto dall'assenza di coscienza quale consapevolezza del proprio sé e della propria realtà raffigurando uno dei motivi per il quale "*la mente non può essere un software e il cervello non può essere un calcolatore, perché i programmi informatici di questi sono istruzioni astratte e scritte […] mentre le funzioni cognitive e la coscienza di un cervello emergono come risultato di processi di selezione e integrazione gerarchicamente strutturati che avvengono nel corso dell'ontogenesi*[21]."

[18] M.CORRADINO, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future,* il Diritto Amministrativo, 1° gennaio 2025, così Tar Lazio, Roma, sez. III, sentenza n. 4409 del 15 aprile 2021.

[19] D.U. GALETTA, J.G. CORVALAN, op. cit.

[20] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, M. PALADINO, *Decisione amministrativa e intelligenza artificiale*, Federalismi, 29 gennaio 2025, pp. 132-133

[21] G. MAIRA, *Intelligenza umana e intelligenza artificiale*, in Federalismi, 10 marzo 2021

ISSN 2036-7821

Dinanzi al problema della tracciabilità una parte della giurisprudenza[22] ha avanzato una soluzione al problema, basata sulla conoscibilità dell'algoritmo, essa, infatti, sostiene l'ammissibilità delle decisioni adottate dall'IA purché emesse nel rispetto di alcuni principi, tra cui quello di conoscibilità del modulo e dei criteri utilizzati, estendendo tale conoscibilità anche a "*tutti gli aspetti: dagli autori dell'algoritmo al procedimento usato per la decisione, al meccanismo di decisione*[23]". Si ritiene infatti che la formula tecnica dell'algoritmo debba essere accompagnata dalla spiegazione contenente la regola giuridica sottesa[24]. In questo modo si pensa che, rendendo conoscibile l'algoritmo sia possibile anche risalire più facilmente all'iter logico-giuridico utilizzato per adottare la decisone. Tuttavia, un interrogativo si palesa all'orizzonte, è sufficiente la mera conoscibilità? La risposta negativa è legata al fatto che è necessario comprendere il processo logico sotteso ad una determinata decisione. Questo perché si ritiene come le decisioni automatizzate affinché possano considerarsi qualificabili come significative devono ricomprendere la comprensibilità, l'accessibilità e la trasparenza delle informazioni. Tuttavia, si tratta di caratteri che riproducono il flusso cognitivo umano, spesso quasi impossibili da replicare[25]. Pertanto, non si può pensare di affidare interamente la delicata procedura amministrativa ad un sistema intelligente, il quale presenta ancora dei bias, poiché i sistemi di IA sono progettati da esseri umani che, in quanto tali, sono fortemente limitati e sicuramente imperfetti, inoltre essi sono organizzati secondo una rete neurale artificiale che rimanda alla rete neurale del cervello umano e come quest'ultimo, anche loro presentano dei lati oscuri non ancora analizzati. Per questo motivo è necessario che ogni output emesso venga subordinato ad un controllo continuo dell'operatore umano. Infatti, anche la giustizia predittiva, nata per prevedere l'esito di un giudizio attraverso l'elaborazione di calcoli, non è ancora in grado di sostituirsi alla discrezionalità del giudice in merito alle decisioni adottate in un procedimento amministrativo. Una parte della giurisprudenza[26] si è rivelata contraria a questa tesi, invero ha ritenuto possibile l'affidamento dell'intero procedimento amministrativo ad un algoritmo. Quest'ultimo viene definito come l'atto amministrativo ad elaborazione elettronica e rappresenta il risultato di un procedimento interamente computazionale attraverso l'ausilio di un software che identifica i contenuti principali dell'atto e i riferimenti normativi, un'innovazione rispetto al classico atto amministrativo informatico regolato dall'art. 22 lett. d) L.

[22] M. CORRADINO, op. cit.
[23] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, M. PALADINO, op. cit.
[24] Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n.8472, *Utilizzo degli algoritmi nel procedimento amministrativo*
[25] D.PONTE, G. PERNICE, *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, relazione di intervento al corso di formazione per i Magistrati organizzato dall'Ufficio studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa, tenutosi in data 8 giugno 2021.
[26] Tar Lazio, sez. III – bis, sentenza 22 marzo 2017, n. 3769

ISSN 2036-7821

n.241/1990[27]. Tuttavia, sul punto sarebbe opportuno interrogarsi se in tal modo verrebbero comunque assicurati i principi e le garanzie destinate ai privati durante il procedimento.

Un altro interessante tema è quello di considerare e analizzare se e come l'algoritmo sia in grado di rispettare il principio di legalità amministrativa. Il principio citato si realizza con l'obbligo da parte di tutti gli individui di adottare comportamenti conformi alla legge, ma l'interrogativo sorge spontaneo: l'IA è in grado di comprendere quando una decisione è adottata nel rispetto di una legge e quando invece rappresenta una evidente violazione della stessa? Parte della dottrina [28] seppur in sordina, fornisce una risposta positiva al quesito, stabilendo che quando la P.A. adotta una decisione automatizzata in merito a diritti e/o doveri, tale provvedimento non può e non deve essere considerato come un'azione amministrativa neutra ma, al contrario, come un provvedimento in grado di produrre effetti giuridici, legittimato da una solida base legale. Ogni intervento che incide sulla sfera giuridica dei privati deve essere regolamentato da un valido fondamento giuridico, come espresso dal principio di riserva di legge agli artt. 23 e 97 Cost. La ratio è di evitare che i sistemi di IA possano agire e adottare decisioni in maniera autonoma provocando danni irreparabili per i destinatari; per tale motivo si tende circoscrivere il suo utilizzo in un quadro normativo e subordinato ad un controllo umano. Sembra che questa visione non sia solo prettamente teorica ma trovi terreno fertile anche nel nostro ordinamento. Originariamente questo principio era regolato dall'art. 15 della direttiva sulla protezione dei dati, di ispirazione francese, in tal caso si vietava l'adozione di decisioni automatizzate inerenti a dati di carattere strettamente personali. La ratio era quella di tutelare le informazioni sensibili da un controllo esclusivamente automatizzato. Tuttavia, la scarsa attenzione attribuita a tale norma la portò ad essere inglobata nell'art. 14 del d.lgs. 196/2003, poi abrogato dal d.lgs. 101/2018 che adeguò la normativa nazionale alle disposizioni del GDPR, in particolare all'art. 22[29]. Quest'ultimo evidenzia il caso della "legalità algoritmica", nello specifico, in tema di processo decisionale automatizzato, specifica che l'interessato ha il diritto di essere sottoposto ad una decisione automatizzata previa autorizzazione del diritto dell'Unione o dello Stato membro di appartenenza. Tale definizione cristallizza l'esigenza di subordinare l'adozione di provvedimenti automatizzati ad un controllo e ad un'autorizzazione legislativa condotta da esseri umani. Inoltre, rilevante è anche l'art. 14 del Regolamento UE 1689/2024 che

[27] C. TABARRINI, *Comprendere la "Bigmind". Il GDPR sana il divario di intelligibilità uomo- macchina*? Diritto dell'informazione e dell'informatica, anno XXXIV Fasc. 2-2019, Giuffrè Francis Lefebvre

[28] M. FRANCAVIGLIA, *L'intelligenza artificiale nell'attività amministrativa: principi e garanzie costituzionali nel passaggio dalla regula agendi alla regola algoritmica,* Federalismi, 24 luglio 2024

[29] S. MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, il Mulino, fasc. 1, gennaio-aprile 2019, pag. 24

ISSN 2036-7821

sottolinea come i sistemi di IA ad alto rischio sono progettati per essere sempre supervisionati dall'operatore realizzando così un rapporto uomo-macchina. Infine, anche l'art 30 del d.lgs. 36/2023 ("Codice dei Contratti Pubblici") specifica che le decisioni automatizzate devono essere adottate nel rispetto del principio di non esclusività delle decisioni algoritmiche rimettendo molte decisioni al contributo umano[30].

4. La responsabilità nelle decisioni automatizzate.

Alla luce di quanto esposto nei paragrafi precedenti, si noterà sicuramente l'importanza della trasparenza e della tracciabilità delle decisioni automatizzate, principi che non sempre trovano attuazione nel panorama giuridico digitale rischiando di arretrare le garanzie procedimentali del cittadino. Inoltre, come si è visto, le decisioni automatizzate possono spesso essere adottate in violazione dei principi di equità, imparzialità e di non discriminazione.

La giurisprudenza ha superato la concezione per la quale si riteneva possibile l'utilizzo delle decisioni automatiche solo in riferimento all'attività amministrativa vincolata, estendendolo anche alle attività discrezionali della P.A. In riferimento a tali casi sorge un interrogativo ovvero a chi dover imputare la responsabilità dinanzi alle violazioni di queste decisioni, dovendo evitare il problema della c.d. spersonalizzazione della decisione amministrativa, ovvero il rischio legato alla difficoltà di individuare l'autore del provvedimento e di conseguenza anche quello di attribuire una responsabilità. In riferimento a questo tema, rilevante è la Carta della Robotica approvata dal Parlamento Europeo nel 2017, da cui si evince che le norme tradizionali non sono sufficienti per attribuire una responsabilità esclusivamente ai robot[31]. Ed invero, la decisone automatizzata implica già di per sé il dovere di inserire un algoritmo corretto che deve conformarsi all'agire amministrativo, tuttavia, l'algoritmo viene sempre usato come strumento servente dell'amministrazione, lasciando in capo a quest'ultima la responsabilità derivante dall'assunzione della decisione[32]. Questo rientra nelle teorie c.d. radicali che negano a priori l'affidamento di decisioni amministrative a sistemi che, seppur intelligenti e basati su perfetti calcoli informatici e/o matematici, non sono in grado di sostituire

[30] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, M. PALADINO, op. cit.

[31] D.PONTE, G. PERNICE, op. cit.

[32] T.A.R. Lazio, Sez I, sentenza 31 gennaio 2025, www.giustizia-amministrativa.it *"la configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni provocati dall'azione amministrativa esige l'adozione di un provvedimento illegittimo, la dimostrazione del dolo o della colpa, da valersi quale elemento costitutivo del diritto al risarcimento, dell'autorità che lo ha emanato, non essendo sufficiente il solo annullamento dell'atto lesivo* (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, sentenza 11 marzo 2015, n.1272), *e la prova che dalla colpevole condotta amministrativa sia derivato, nella sfera patrimoniale del presunto danneggiato, un pregiudizio economico direttamente riferibile all'assunzione od all'esecuzione della determinazione illegittima* (cfr *ex multis* Cons. St., sez, VI, sentenza 8 luglio 2015, n.3400)" (Cons. Stato, sez. III, sentenza 3 febbraio.2016, n. 559).

ISSN 2036-7821

l'attività cognitiva e di giudizio svolta da un operatore umano. Per questo motivo non si può parlare di decisioni completamente automatizzate perché difronte ad un errore o a un malfunzionamento dell'IA è necessario che l'operatore predisponga meccanismi di vigilanza che riportino il procedimento amministrativo sulla strada di quello tradizionale. Di conseguenza, dinanzi ad anomalie, la responsabilità sarà del funzionario del procedimento amministrativo che avrebbe dovuto evitare i difetti presenti[33]utilizzando un maggiore controllo.

Un particolare tipo di danno conseguente ad un malfunzionamento dell'IA è il c.d. danno erariale da intelligenza artificiale. Per danno erariale si intende sia quello diretto ovvero subito dalla P.A. a causa della condotta di un proprio dipendente e sia quello indiretto, ovvero originato dalla stessa P.A. Questo danno si aggrava quando commesso con l'ausilio dell'IA, si pensi al caso dell'erogazione di somme non dovute a seguito di una errata analisi dei dati da parte degli input. Altri casi di danni erariali a seguito di un errato utilizzo dei sistemi intelligenti possono realizzarsi a seguito di provvedimenti di esclusione da procedure concorsuali pubbliche, provvedimenti di assegnazione di esproprio e in ogni caso tutti i provvedimenti che si basano, in parte, sull'utilizzo dell'IA[34]. In questi casi è sempre necessario una supervisione da parte dell'operatore, soprattutto per ovviare al problema delle black box e delle sue conseguenze sul procedimento amministrativo; pertanto, difronte ad un danno di natura erariale non si può escludere che l'imputabilità sia attribuita in capo al funzionario pubblico che è tenuto a verificare il corretto iter dell'algoritmo e l'esatta elaborazione dei dati.

In conclusione, si sottolinea che il procedimento amministrativo non può ancora essere affidato a un controllo automatizzato, poiché è fondamentale garantire la protezione dei principi su cui si basa. La loro eventuale deroga potrebbe comportare conseguenze irreparabili. Tale conseguenza è il risultato di un utilizzo scorretto dello strumento. Ma al contrario è innegabile come l'IA comporti dei guadagni in tema di celerità e imparzialità dei procedimenti.

[33] N.M. TRITTO, *Il danno erariale da intelligenza artificiale,* in Federalismi, 20 marzo 2024, pag. 294
[34] N.M. TRITTO, op. cit.

ISSN 2036-7821