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. 2/2025

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. 2/2025

SOMMARIO

1. **L'evoluzione dei percorsi formativi per il lavoro nelle pubbliche amministrazioni.**
di Laura Lamberti……pag. 413

2. **La centralità dei diritti umani nell'evoluzione del partenariato: confronto tra l'Accordo di Cotonou e il nuovo Accordo di partenariato.**
di Donatella del Vescovo……pag. 423

3. **Energia da fonti rinnovabili e tutela del patrimonio culturale e del paesaggio: il caso dell'agrivoltaico.**
di Gaetano Armao……pag. 454

4. **Sulle pronunce interlocutorie nel processo amministrativo. Sviluppi normativi, criticità e prospettive del trattamento (con particolare riguardo all'ordinanza cautelare).**
di Paolo Cotza……...pag. 494

5. **Ascesa, declino e destino degli organi di garanzia statutaria.**
di Matteo Carrer……...pag. 520

ISSN 2036-7821

6. **Contributo alla decisione sulle questioni di (difetto di) giurisdizione nel processo amministrativo.**
di Paolo Cotza……...pag. 559

7. **Harmonizing EU Tax Policy: The Implementation and Impact of Art. 9, 9 b ATAD and DAC 6 on combating Tax Avoidance and Enhancing Transparency with regard of the German and Austrian legal order. Future European prospectives.**
di Filippo Luigi Giambrone……pag. 622

8. **L'operatività della sospensione del processo amministrativo: un'analisi alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 4/2024.**
di Federico Capizzoto……..pag. 653

9. **Organizzazione, autonomia e funzionalizzazione dell'attività della pubblica amministrazione.**
di Esper Tedeschi……..pag. 675

10. **La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile.**
di Gianluca Briganti e Cristian Testa……pag. 705

11. **Sport professionistico e sostenibilità.**
di Filomeno Rocco Fimmanò……..pag. 729

ISSN 2036-7821

12. Qualificazione giuridica dell'agente sportivo alla luce della regolamentazione F.I.G.C. e della riforma dello sport. Note a margine del nuovo regolamento agenti sportivi F.I.G.C. del 2025.
di Sofia Mansoldo……pag. 772

13. La situazione fiscale dell'operatore economico.
di Michela Guarino e Sara Crisci……pag. 796

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'evoluzione dei percorsi formativi per il lavoro nelle pubbliche amministrazioni

di Laura Lamberti

(Professoressa Associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli)

Sommario

1. L'importanza della formazione per i dipendenti della pubblica amministrazione. - 2. La sfida della digitalizzazione amministrativa e il problema dell' *upskilling* e *reskilling* dei dipendenti pubblici. - 3. Il valore di una formazione multidisciplinare. – 4. Conclusioni.

Abstract

The essay explores the role of education in enabling civil servants to embody the administrative model set out in the Constitution. It highlights the efforts of university departments of political science in reforming their curricula in order to address the most pressing challenges, namely the need for interdisciplinary preparation to meet the challenges of the digital transition, and the need to upskill and reskill civil servants.

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

1. L'importanza della formazione per i dipendenti della pubblica amministrazione.

Uno degli strumenti più efficaci per assicurare che i dipendenti pubblici siano in grado di incarnare il modello di amministrazione emergente dai principi costituzionali[1] è la loro corretta formazione[2]. La garanzia dell'accesso al lavoro tramite concorso può, infatti, garantire la selezione dei migliori (e più adatti) partecipanti solo se, il mondo universitario, si dimostra in grado di interpretare le

[1] Il riferimento è all'art. 97 Cost. in base al quale "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge". Sui principi costituzionali in tema di organizzazione e attività amministrativa si vedano, senza pretese di completezza: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, Padova, 1965; P. BARILE, *Il dovere di imparzialità della P.A.*, in *Scritti in onore di P. Calamandrei*, Cedam, Padova, 1958; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1966; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1973; F. SATTA, Imparzialità della pubblica amministrazione, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, Treccani, 1989; I. PIAZZA, *Il diritto a un'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018; A. MARRA, *L'amministrazione imparziale*, Giappichelli, Torino, 2018. Sul principio di buon andamento: G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1953; N. SPERANZA, *Il principio di buon andamento - imparzialità nell'art. 97 Cost.*, in FA, vol. II, 1972, p. 86 ss.; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1975; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1979; C. DE SETA, *Principi giurisprudenziali in tema di buon andamento*, in *AC SEP*, 1985, p. 27 ss.; M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra Costituzione materiale e formule*, in *RTDPC*, 1985, vol. I, p. 162 ss.; G. BERTI, *Il principio organizzativo nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986; P. CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in *studi in memoria di V. Bachelet*, Giuffré, Milano, 1987; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995; R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in *AA. VV., Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 1998, I, p. 397 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, Giuffrè, Milano, 2003; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, p. 31 ss.; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in M. R. SPASIANO, D. CORLETTO, M. GOLA, D.U. GALETTA, A. POLICE, C. CACCIAVILLANI (a cura di), *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Giuffrè, Milano, 2012, 73 ss. Ancora sui principi: F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, A. ROMANO, (a cura di), 2016, Giuffrè, Milano, p. 1 ss.; A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 40 ss.; S. CIMINI, *Collaborazione e buona fede nei rapporti tra Amministrazione e privati*, in A. GIORDANO (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra regole e responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 21 ss.; N. PAOLANTONIO, *Buona fede e affidamento delle parti*, in *Persona e Amministrazione*, n. 2, 2022; M.G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *ECON*, 2023, vol. I, p. 107 ss.

[2] Sul tema si vedano i contributi realizzati nell'ambito del Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo del 2019 "Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica", in *Annuario 2019*, Napoli, 2019. Particolarmente rilevanti, nella prospettiva di questo contributo, gli approfondimenti di E. CARLONI, *Le nuove tecnologie al servizio delle pubbliche amministrazioni*; A. ZITO, *Il sistema della performance della pubblica amministrazione tra disegno organizzativo e svolgimento della funzione*. Sull'importanza della formazione dei dipendenti pubblici si vedano le riflessioni di apertura del convegno di C. BARBATI, la quale sottolinea che "Gli studiosi del diritto amministrativo sono, infatti, da sempre consapevoli di quanto ogni percorso volto a migliorare qualità ed efficienza della Pubblica Amministrazione non possa affidarsi solo a una continua riscrittura delle regole che ne governano l'azione e l'organizzazione ma richieda, condizione fra le più necessarie, personale qualificato nelle conoscenze e nelle competenze e insieme un contesto organizzativo o, più ampiamente, un sistema capace di riconoscerle e di valorizzarle".

ISSN 2036-7821

esigenze della pubblica amministrazione, intesa sia come l'insieme degli apparati preposti alla cura degli interessi pubblici ma anche come la concreta attività, attraverso la quale, questi interessi, vengono perseguiti nel concreto bilanciamento di tutti gli altri interessi coinvolti. Si tratta di un'esigenza da sempre avvertita, che ha assunto connotati di rinnovata attualità a causa delle profonde innovazioni che hanno interessato l'amministrazione negli anni più recenti.

Per questa ragione è essenziale l'impegno che i Dipartimenti universitari profondono nelle attività di assicurazione della qualità[3] realizzate nel rispetto delle linee guida Anvur, che hanno portato a riformare profondamente i percorsi di studio presso i Dipartimenti di Scienze politiche. Ciò al fine di rispondere al meglio agli obiettivi occupazionali, che costituiscono finalità fondamentale, di qualsiasi istituzione universitaria, ma che rappresentano un vero e proprio dovere morale, in contesti in cui, il tema occupazionale, rappresenta il problema esistenziale più importante da risolvere.

Le riflessioni di questo approfondimento si riferiscono specificamente al lavoro presso le amministrazioni e non toccano il profilo relativo alla formazione dei soggetti deputati a rivestire, elettivamente o nominativamente, la guida politica delle istituzioni. Aspetto in relazione al quale essenziale è il contributo specifico delle scienze politologiche ai corsi di scienze politiche, affrontato in una diversa parte di questo volume. Il contesto della politica, come noto, vive un momento di profonda crisi e potrebbe trovare rinnovata linfa in percorsi formativi in Scienze politiche che, da sempre, hanno avuto la naturale vocazione a formare la classe politica. Cosa che sembra oggi possano fare in maniera particolarmente appropriata essendo stati profondamente ripensati e rinnovati.

2. *La sfida della digitalizzazione amministrativa e il problema del upskilling e reskilling dei dipendenti pubblici.*

Nei Dipartimenti di Scienze politiche particolarmente interessanti, quanto alle potenzialità formative per il lavoro presso le pubbliche amministrazioni, sono i percorsi di laurea triennale e magistrale in scienze delle amministrazioni[4].

[3] Quanto ai riferimenti normativi sul punto si vedano: D.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19 (Valorizzazione dell'efficienza delle università e conseguente introduzione di meccanismi premiali nella distribuzione di risorse pubbliche sulla base di criteri definiti ex ante anche mediante la previsione di un sistema di accreditamento periodico delle università e la valorizzazione della figura dei ricercatori a tempo indeterminato non confermati al primo anno di attività, a norma dell'articolo 5, comma 1, lettera a), della legge 30 dicembre 2010, n. 240); D. M. 14 ottobre 2021, n. 1154 (Decreto autovalutazione, valutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio).

[4] L-16: Scienze dell'amministrazione e dell'organizzazione; LM-36: Scienze delle pubbliche amministrazioni. Nella realtà del Dipartimento di Scienze politiche della Campania Luigi Vanvitelli, in relazione ad essi, sono state operate modifiche ordinamentali importanti, apportate anche all'esito, estremamente positivo, della visita Anvur per il riaccreditamento periodico avvenuta nel 2019.

ISSN 2036-7821

Si tratta di un percorso formativo che, al termine della laurea magistrale, ha quale obiettivo, non solo formare giovani che, grazie al conseguimento del titolo possono concorrere (e nei fatti hanno concorso e hanno vinto) nei tanti concorsi pubblici che in questo periodo sono stati banditi e si bandiranno anche grazie alle risorse del PNRR, ma anche provvedere all' *upskilling* e al *reskilling* dei dipendenti pubblici. In tale ipotesi si tratta di personale che già lavora nelle amministrazioni, ma ha la specifica esigenza di dotarsi delle molte competenze innovative necessarie per lavorare, oggi, presso una pubblica amministrazione. Competenze che si caratterizzano per la spiccata multidisciplinarietà. È sotto gli occhi di tutti che la pubblica amministrazione ha subito, nel corso del tempo, profonde evoluzioni fino a giungere alla realtà contemporanea. Al consolidamento delle sue fondamenta quali lo stretto ancoraggio al principio di legalità[5], il ruolo centrale del procedimento e nel suo interno all'istruttoria, l'emersione sempre più significativa dei sistemi di garanzia degli interessi dei privati che interagiscono con l'amministrazione, si sono aggiunte importanti innovazioni, in linea con l'evoluzione subita dalla società nel suo complesso. Tra queste la più rilevante e significativa è quella determinata dalla diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che hanno portato alla digitalizzazione della pubblica amministrazione[6].

[5] Superate le concezioni della legalità quale non contraddittorietà e della legalità solo formale, è prevalsa una valorizzazione della legalità in senso sostanziale, che meglio presidia la dialettica autorità-libertà. S. FOIS, *Legalità (principio di),* in *Enc. dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 659 ss; S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza delle norme e limiti della discrezionalità*, Giuffrè, Milano, 1993; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi,* ESI, Napoli, 2000; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di*), Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 350 ss.; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima,* in *Dir. pubbl.*, n.1, 2008; F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. amm.*, n. 4, 2011, p. 741 ss.

[6] A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Jovene, Napoli, 1993.; IDEM, *Atto amministrativo informatico, ad vocem*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffre, Milano, 1997, I aggiornamento; IDEM, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Giappichelli, Torino, 2011; F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa. Saggi sul procedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 246 ss.; F. CARDARELLI, *L'uso della telematica. Commento all'art. 3-bis della l. 241/90*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2017; F. MARTINEZ, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Rivista di diritto dei media*, 2018, p. 2; G. AVANZINI, *Decisioni algoritmiche e algoritmi informatici: predeterminazione, analisi predittiva e nuove forme di intellegibilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019; 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.it,* 2019, p. 3; E. CARLONI, *Le intelligenze artificiali nella pubblica amministrazione e la sfida della trasparenza*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 45 ss.; D. U. GALETTA, *Transizione digitale della Pubblica Amministrazione in Italia e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte dal PNRR e problemi tuttora da affrontare*, in *www.federalismi.it*, 2022, 7, 9 marzo 2022, p. 103 ss.; IDEM, *Il procedimento amministrativo come strumento di organizzazione e le conseguenze legate all'uso delle ICT*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2, 2023, p. 289 ss.; IDEM, *La Pubblica Amministrazione oggi, fra Intelligenza Artificiale e intelligenza umana*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (a cura di), *L'amministrazione digitale:*

ISSN 2036-7821

"Nell'infosfera", per utilizzare la terminologia di Luciano Floridi, lo sviluppo e la diffusione delle tecnologie di informazione e comunicazione hanno determinato la creazione della società dell'informazione. Una società che è sì il frutto dell'evoluzione millenaria dell'essere umano ma che ha *un tratto qualificante* costituito dall'impiego di strumenti informatici e telematici attraverso i quali le informazioni, vengono tradotte in dati (la codificazione in linguaggio binario) e possono essere così trasmesse ed elaborate. Sono appunto le informazioni che costituiscono l'elemento fondante delle interazioni, non solo economiche, ma anche delle relazioni personali, che si svolgono nella vita reale e, come sempre più spesso accade, nella realtà virtuale. L'emersione dell'*internet of things*, che oggi è divenuto *internet of everything*, ha fatto il resto.

Si tratta, cioè di una realtà che si fonda su una rete di informazioni, e quindi di dati che, in ragione delle innovazioni tecnologiche che hanno investito la realtà che coinvolge cittadini, amministrazioni e operatori economici, sono quotidianamente a loro disposizione grazie[7]. L'elaborazione e l'utilizzazione di questa incredibile mole di dati costituisce il sostrato indefettibile nell'assunzione delle decisioni, non solo umane ma anche algoritmiche, delle amministrazioni[8].

Questa è una delle ragioni per le quali la digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni assume connotati estremamente delicati perché l'amministrazione, per poter sfruttare il proprio patrimonio informativo che viene elaborato, trasmesso e conservato digitalmente, deve essere in grado di gestire, utilizzare ma anche governare efficacemente i dati di cui è in possesso[9]. Sotto questo profilo

---

quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 121 ss.; G.M. RACCA, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 4, 2023, p. 723 ss.

[7] Così F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale e il Regolamento UE sulla privacy*, in R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2025.

[8] F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale e il Regolamento UE sulla privacy*, cit., ricorda la rilevante distinzione che intercorre tra dato e informazione: "a livello tecnico-informatico, infatti, dati ed informazioni sono concetti distinti anche se strettamente connessi e interdipendenti: i dati rappresentano le informazioni in un formato standard, il c.d. 'codice binario', che ne consente il transito sulle reti di comunicazione, nonché l'elaborazione da parte dei computer". Sul punto cfr. anche G. CARULLO, *Dati, banche dati e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. CAVALLO PERIN, D. U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, il Quale richiama il vocabolario dell'*International Organization for Standardization* (ISO) relativo alle tecnologie dell'informazione che definisce il termine *data* "quale rappresentazione reinterpretabile di informazioni in modo formalizzato, idoneo alla loro comunicazione, interpretazione od elaborazione. Possiamo perciò affermare che il concetto di dato è distinto da quello di informazione, essendo quest'ultima il frutto della reinterpretazione di ciò che è rappresentato solo quando sono interpretati da esseri umani o, in alcuni casi, da sistemi di intelligenza artificiale. Tale distinzione assume un particolare rilievo in quanto occorre considerare che i dati sono anzitutto dei beni immateriali che devono essere immagazzinati, elaborati ed interpretati affinché questi possano esprimere un qualche valore conoscitivo. Perché l'amministrazione possa sfruttare il proprio patrimonio informativo conservato digitalmente deve in altre parole essere in grado, anzitutto, di gestire ed utilizzare efficacemente i dati di cui è in possesso".

[9] F. ROSSI DAL POZZO, *Il mercato unico digitale e il Regolamento UE sulla privacy*, cit., per il Quale "i dati, quando elaborati o utilizzati in associazione a servizi o prodotti, possono generare un ingente valore economico. In particolare, la profilazione delle preferenze e delle abitudini di spesa dei consumatori, inferite sulla base dei dati degli stessi dispersi nell'ambiente online, ha dato avvio a modelli economici innovativi improntati sull'offerta di

ISSN 2036-7821

l'amministrazione ha vissuto, e ancora vive, un significativo ritardo rispetto ai soggetti privati[10] che operano del settore digitale da anni e che sono diventati detentori, molto prima degli Stati e quindi delle singole amministrazioni, delle conoscenze e delle competenze per operare in maniera efficace in questo contesto.

La centralità del dibattito sulla digitalizzazione dell'esistenza prima che dell'amministrazione, e sull'impiego degli algoritmi e dell'Intelligenza artificiale in qualsiasi contesto scientifico, dalla medicina al diritto, dalle neuroscienze all'economia, ha determinato un ritorno all'unità della conoscenza che non consente di prescindere dai saperi ingegneristico informatici. Non si tratta di possedere approfondite capacità di programmazione informatica, ma conoscenze dei fondamenti scientifici del sistema informatico-digitale che permettano di comprendere il suo funzionamento. Ciò è necessario, ad esempio, per capire come, nell'evoluzione tecnologica che si è compiuta, anche il ruolo dei dati si sia evoluto, in modo continuo e incredibilmente rapido, a causa dell'utilizzazione sempre più massiva degli algoritmi. La traduzione delle informazioni in dati, infatti, ha assunto un significato diverso rispetto a quello che esso ha avuto nei processi di informatizzazione prima e digitalizzazione poi, proprio a causa dell'utilizzazione degli algoritmi. In origine, infatti, la traduzione in dati serviva a eseguire in maniera digitale azioni che potevano essere realizzate solo analogicamente. In questo passaggio al centro dello svolgimento dell'attività c'era sempre l'uomo, che svolgeva la fondamentale funzione di controllo diretto dell'intero processo collegato a questa attività, fornendo alla macchina, le istruzioni e le informazioni necessarie a eseguire i compiti che le affidava. L'Intelligenza artificiale e la IoT hanno inciso su questo paradigma, modificandolo radicalmente, perché attraverso di esse la macchina diventa agente diretto che opera e influisce sul contesto[11].

---

beni e servizi personalizzati. E non solo, perché anche a livello macroscopico le tecnologie basate sui dati, quali i megadati (Big Data), il Cloud computing e l'Intelligenza artificiale, sono considerate essenziali per la competitività, l'innovazione e la digitalizzazione di tutti i settori, al punto che l'attuale stato economico globale viene definito 'data driven'. Dunque, se, in linea generale, è vero che l'odierna rivoluzione digitale ha quale substrato principale il progresso tecnologico informatico, è altresì vero che, a ben vedere, quest'ultimo è a sua volta fondato sui dati e sulle relative modalità di impiego. I dati rappresentano, quindi, una realtà rilevante e complessa con la quale anche il diritto si è dovuto misurare, certamente con non poca fatica considerando l'incessante ritmo di sviluppo che ha dovuto sostenere".

[10] Sul punto cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, Mulino, 2023, p. 24 la Quale ricorda che "la formula 'Stato digitale' è stata utilizzata, in letteratura, anche per indicare le caratteristiche assunte proprio dai soggetti che hanno prodotto e vanno ancora producendo le principali innovazioni tecnologiche e che hanno costruito su questa base organizzazioni di dimensioni inedite. Queste organizzazioni non solo sono dotate di enormi poteri e capacità di influenza, ma proprio in ragione della concentrazione di potere che le caratterizza stanno via via sviluppando un'articolazione interna di funzioni e regole che simula la creazione di un ordinamento giuridico o, se si preferisce un termine meno impegnativo, di un *legal order*".

[11] Così A. PAJNO, *La costruzione dell'infosfera e le conseguenze sul diritto*, cit., p. 10 il Quale evidenzia come si sia progressivamente affiancato "alla raccolta di una grande quantità di dati l'utilizzazione di strumenti sempre più perfezionati destinati ad elaborarli e processarli ha portato alla trasformazione della società digitale in una società

ISSN 2036-7821

Tutto questo, oltre ad aver profondamente modificato "l'essere" dell'amministrazione, ha specialmente modificato "il suo dover essere". Ciò in quanto la pubblica amministrazione per poter svolgere correttamente le sue funzioni nei più disparati contesi, per poter rispondere alla sempre più articolata e complessa domanda di servizi pubblici anch'essi necessariamente digitalizzati, deve essere costituita da personale dotato di competenze estremamente tecniche ma allo stesso tempo largamente multidisciplinari. Competenze molto diverse da quelle che potevano essere sufficienti solo pochi anni fa, e che erano rimaste simili a loro stesse per moltissimi anni.

Uno dei fattori di maggiore novità, infatti, è stato proprio il repentino e radicale cambiamento al quale l'amministrazione ha dovuto rispondere attraverso la capacità di rinnovare i profili del personale alle sue dipendenze, per quanto riguarda i nuovi assunti, e di tornare a formare, aggiornare e in qualche modo far evolvere, il personale già incardinato.

3. Il valore di una formazione multidisciplinare.

In relazione a questo profilo è importante chiarire un aspetto di grande rilievo. Non è sufficiente assumere tecnici esperti di economia digitale, di *information technology* e specialmente di intelligenza artificiale. Questo è un passaggio necessario ma non sufficiente, perché l'amministrazione ha bisogno anche di acquisire una più matura consapevolezza rispetto ai cambiamenti qualitativi che caratterizzano, oggi, i suoi processi decisionali e i suoi interventi. Solo in questo modo tali processi decisionali e

algoritmica nella quale acquistano un ruolo decisivo gli strumenti di intelligenza artificiale che utilizzando appunto gli algoritmi e in particolare i sistemi di machine learning e di Deep learning sono in grado non solo di fornire predizioni ma appaiono capaci di assumere decisioni e di eseguirle". In relazione alle origini del concetto di algoritmo cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, cit., la quale ricorda la figura dello studioso mediorientale del IX secolo Al- Khuwarizmi che, per primo, "ha elaborato un metodo matematico che consentisse di organizzare e dirigere processi decisionali, anticipandone il risultato con calcoli prevedibili. Questo processo di calcolo, pertanto, è stato ideato e costruito dal programmatore per eseguire una serie di passaggi e operazioni mirate a risolvere un compito entro un tempo definito". Sempre in relazione all'evoluzione tecnico ingegneristica della materia si veda C. NAPOLI, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in *AIC*, n. 3, 2020, la Quale ricorda che, nel contesto dell'informatica, si è sviluppata una specifica branca denominata, appunto, intelligenza artificiale, che aveva quale oggetto specifico "la progettazione e della programmazione di sistemi capaci di garantire alle macchine l'erogazione di prestazioni comunemente considerate proprie dei meccanismi intellettivi dell'essere umano: dalla cibernetica quale scienza del controllo e della comunicazione nella macchina e negli esseri viventi alla elaborazione del noto *test di Turing* avente l'obiettivo di determinare la capacità o meno di una macchina di pensare, il concetto di intelligenza artificiale si afferma sul finire degli anni cinquanta del secolo scorso grazie all'intuizione di un gruppo di studiosi circa la possibilità di descrivere ogni aspetto dell'intelligenza umana con un livello tale di precisione da consentirne ad una macchina la ripetizione. Più in particolare, definiti da ultimo come 'quei sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere obiettivi specifici', i sistemi c.d. intelligenti 'possono consistere solo in *software* che agiscono nel mondo virtuale (per esempio assistenti vocali, software per l'analisi delle immagini [etc.])' ovvero 'incorporare l'IA in dispositivi *hardware* (per esempio in robot avanzati, auto a guida autonoma [etc.])'".

ISSN 2036-7821

tali interventi potranno essere adeguati alle sfide con le quali la pubblica amministrazione si deve misurare quotidianamente. Di qui la necessità che le competenze acquisite, attraverso i percorsi formativi in Scienze Politiche, per attendere alle diverse attività amministrative, si fondino su conoscenze specialistiche, tecniche, molto spesso giuridiche, ma che operino necessariamente secondo un approccio interdisciplinare. Un approccio che promuova il dialogo tra i vari ambiti disciplinari e che sia anche in constante rapporto con le competenze che si formano nel settore privato. In questo contesto la cultura giuridica[12], che ha rappresentato l'architrave nella costruzione delle competenze al servizio della PA per moltissimi anni, deve necessariamente interagire sempre di più con gli altri saperi tecnici da un lato, e con quelli puramente umanistici quali la storia, la filosofia, le lingue, dall'altro. In questo modo il funzionario pubblico, e a maggior ragione il dirigente, dell'amministrazione moderna potrà utilizzare gli algoritmi, di calcolo, condizionali ma anche quelli fondati su sistemi di *machine learning* o *deep learning*, per improntare, nel modo corretto, il processo decisionale amministrativo digitalizzato, naturalmente nel rispetto dei diversi limiti giuridici relativi ai contesti e agli ambiti in cui la decisione algoritmica può essere utilizzata. Ma attraverso la formazione adeguata sarà anche in grado di inquadrare dogmaticamente gli strumenti che utilizza, comprendendone le potenzialità, i limiti e le cautele necessarie per utilizzare gli algoritmi nella dinamica dell'esercizio del potere pubblico. Ecco perché, l'utilizzazione delle coordinate ermeneutiche elaborate dalla scienza giuridica amministrativa, da applicare al nuovo modo di agire dell'amministrazione, necessita, appunto, di interdisciplinarità ma in realtà anche di transdisciplinarità. Come efficacemente ricordato[13] "già nel 1972, Jean Piaget, noto epistemologo svizzero, distingueva tre distinti gradi di collaborazione, collocati tra loro in posizione gerarchica: il livello più basso, costituito dalla multidisciplinarità, riconosciuta allorché la soluzione di un problema implichi la concorrenza di informazioni e conoscenze provenienti da due o più settori scientifici senza che però le discipline concorrenti possano restare modificate da quel confronto (arricchite o impoverite). Il secondo livello è quello della interdisciplinarità nel quale la collaborazione fra discipline diverse o fra settori eterogenei di una medesima scienza conduce ad interazioni vere e proprie, a reciprocità di scambi tali da determinare mutui

[12] In ordine alla necessaria formazione giuridica B. G. MATTARELLA, *Conclusioni*, in "*Quali saperi servono alla pubblica amministrazione? selezione, valorizzazione e tutela della professionalità pubblica*", cit., p. 293, evidenzia che "la pubblica amministrazione ha bisogno di giuristi come ha bisogno di economisti, statistici, ingegneri, informatici e varie altre professionalità. Per ciascuna di queste professionalità, la preparazione e la specializzazione devono essere adeguate al lavoro nel settore pubblico. I giuristi devono, ovviamente, conoscere soprattutto il diritto amministrativo. Devono, soprattutto, essere capaci di interpretare e applicare ragionevolmente le norme. La loro preparazione deve assicurare la solida padronanza dei princìpi del diritto più ancora che la conoscenza delle singole norme".

[13] M. R. SPASIANO, *Il diritto amministrativo nell'era della transdisciplinarietà*, in *Dir. soc.*, 2021, p. 657.

ISSN 2036-7821

arricchimenti. Il terzo e ultimo livello è costituito dalla transdisciplinarità nella quale non ci si limita al raggiungimento di interazioni e reciprocità fra gli ambiti, ma queste interazioni e reciprocità finiscono col collocarsi, definendo stretti legami, 'dentro a un sistema totale (ndr: unico) privo di frontiere stabili fra le discipline'".

4. Conclusioni.

Come emerge chiaramente si tratta di un percorso necessario per poter incarnare efficacemente il ruolo dell'*human in the loop* che costituisce la garanzia indefettibile nell'utilizzazione delle incredibili risorse che derivano dall'intelligenza artificiale. Specifici riflessi, inoltre, dispiega il tema della digitalizzazione in ordine alla comunicazione pubblica[14] alla quale pure sono dedicati percorsi formativi in molti Dipartimenti[15], per l'evidente connessione che il tema della comunicazione pubblica[16]

[14]B. G. MATTARELLA, *L'informazione amministrativa: profili generali*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione, Torino, 2005*, 5; M. DE BENEDETTO, *Comunicazione Pubblica*, in *Enciclopedia giuridica*, VII, Roma, 2002; F. MERLONI, (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001; P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002; P. MARSOCCI, *La comunicazione delle istituzioni pubbliche*, in E. COLARULLO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Torino, 2003, p. 103 ss.; T. KRASNA (a cura di), *Informazione e comunicazione della P.A. dopo la l. n. 150/2000*, Roma, 2003; F. MERLONI, *La funzione di informazione pubblica nella società dell'informazione*, in Idem (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002, p. 15 ss.

[15] Sul ruolo della formazione in ordine alla comunicazione pubblica cfr. A. MIGLIOZZI, S. MILAZZO, La comunicazione della Pubblica Amministrazione, tra mutate esigenze "sociali" e necessità di nuove figure professionali, in Aipda. Gli autori rilevano che "con l'evoluzione della società e della tecnologia, la Pubblica Amministrazione, in un contesto di evidente crisi sotto il profilo dell'efficacia della sua azione, è costantemente chiamata a reinventarsi, allo scopo di semplificare e adeguare alle mutate esigenze sociali il modo in cui i servizi pubblici sono concepiti, implementati e gestiti. Questa necessità di adattamento ha come punto di convergenza il soddisfacimento dei bisogni del cittadino e l'instaurazione, con la comunità, di un rapporto dialogico, partecipativo. (…) Tale rapporto dipende dal modo in cui i pubblici poteri sono in grado di affiancare all'attività amministrativa spazi comunicativi che la rendano accessibile, trasparente, aperta alla partecipazione e sottoponibile a controllo. In tal senso, la comunicazione pubblica risulta essere manifestazione di un nuovo modo di intendere l'esercizio dell'azione amministrativa, meno autoritativo e gerarchico e più fondato su modalità partecipative e di scambio informativo. Ciò in quanto, attraverso la comunicazione pubblica, a cominciare da quella istituzionale non può che aversi una efficace tutela della libertà di informazione del cittadino".

[16] A. MIGLIOZZI, S. MILAZZO, *La comunicazione della Pubblica Amministrazione, tra mutate esigenze "sociali" e necessità di nuove figure professionali*, cit., p. 9, ricordano che "l'informazione adeguata, la comunicazione efficace e la partecipazione favoriscono la trasparenza dell'azione amministrativa, svolgendo una funzione di impulso e di proposizione idonea ad instaurare una condizione di reciprocità nel dialogo/confronto con la Pubblica Amministrazione stessa. Ed è proprio questa relazione dialogica che può esser il grimaldello che consenta alle Istituzioni di recuperare un rapporto che sembra sempre più essere frammentato e lontano. Una consapevole partecipazione e il sorgere di questo archetipo dialogico, funzionale al progresso del Paese e alla salvaguardia della democrazia partecipativa, possono essere sviluppati solo attraverso con un sapiente uso dei nuovi mezzi di comunicazione "social",

che si impongono non solo sulle formazioni caratteristiche della democrazia rappresentativa (partiti politici, gruppi parlamentari, movimenti sindacali), ma anche sull'amministrazione stessa, che deve ripensare la propria struttura e i propri metodi di selezione anche in funzione di tale evoluzione sociale.

ISSN 2036-7821

presenta rispetto al principio della trasparenza amministrativa[17], rappresentando, quindi elemento essenziale per la corretta relazione con i cittadini e gli utenti. In conclusione, in ragione di quello di cui ha bisogno l'amministrazione moderna, gli studi in Scienze politiche oggi mi sembra riescano ad offrire i percorsi più completi e appropriati per rispondere alla domanda occupazionale presso le pubbliche amministrazioni, a tutti i livelli.

[17] F. TERESI, *Partecipazione e pubblicità nelle proposte di legge sull'azione amministrativa*, in *Riv. triv. dir. pubb.*, 1975, p. 519; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528; S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 46; AA.VV., *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell'organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in Atti del Convegno di Varenna, 21-23 settembre 1989, Giuffré, Milano, 1991; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, p. 613; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in *L'amministrazione pubblica italiana* (a cura di) S. CASSESE, C. FRANCHINI, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 101 ss; E. CANNADA BARTOLI, *A proposito della tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 725; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa in studi in onore di Roberto Marrama*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 3; B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione - Il commento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, p. 123 ss.; S. VILLAMENA, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 30 novembre 2016; D. U. GALETTA, *la trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione un'analisi storico evolutiva in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubb. com.*, 2016, p. 10, A. CORRADO, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; S. FOÀ, *La trasparenza amministrativa e i suoi limiti*, in C. BERTOLINO, T. CERRUTTI, M. OROFINO, A. POGGI (a cura di), *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, II, ESI, Napoli, 2020, p. 497 ss.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La Centralità dei diritti umani nell'evoluzione del partenariato: confronto tra l'Accordo di Cotonou e il nuovo Accordo di partenariato

di **Donatella del Vescovo**

(Professore associato di Diritto dell'Unione europea presso l'Università degli Studi di Bari)

Sommario

Premessa. 1. L'origine e la formalizzazione della clausola sui diritti umani nei partenariati ACP-UE. 2. La tutela dei diritti umani nell'Accordo di Cotonou: attuazione pratica e limiti sistemici. 3. Dal Cotonou a Samoa: i diritti umani come pilastro trasversale del nuovo partenariato ACP-UE. 4. Sfide e limiti della nuova strategia europea sui diritti umani. 5. Il confronto tra valori teorici e realtà pratica. 6. L'influenza delle aspirazioni regionali sull'efficacia delle clausole di condizionalità nelle relazioni UE-ACP. 7. Conclusioni.

Abstract

In the new ACP-EU Partnership Agreement, known as the Samoa Agreement, human rights remain central, in continuity with the Cotonou Agreement. At first reading, strengthening the rules seems to be a positive step; However, a critical analysis reveals that such reinforcement risks being purely formal if it is not accompanied by concrete implementation mechanisms. The real effectiveness of the protection of human rights depends on adaptation to the cultural, political and legal specificities of individual local contexts. In addition, the strengthening of individual rights can come into tension with the needs of public order or national security, generating conflicts between personal freedom and collective interests. Therefore, it is necessary to carefully assess the effective application of the measures adopted, to verify whether the declared reinforcement is substantial or simply symbolic.From a legal point of view, the Cotonou Agreement dealt with human rights mainly in article 9 of Title II, laying the foundations for possible sanctions in the event of violations, through a consultation procedure. The new Agreement seems to give greater centrality to human rights, but it remains to be seen whether this emphasis will translate into concrete results.

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

ISSN 2036-7821

Premessa.

L'Accordo di Samoa, firmato il 15 novembre 2023[1], rappresenta il nuovo quadro giuridico e politico che regola le relazioni tra l'Unione Europea e i Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP), succedendo all'Accordo di Cotonou del 2000. Questo nuovo partenariato si fonda su principi condivisi quali la promozione dei diritti umani, della democrazia, dello stato di diritto e dello sviluppo sostenibile.

I diritti umani, in particolare, assumono una centralità trasversale nell'Accordo, venendo integrati in molteplici disposizioni che mirano a rafforzarne la protezione e la promozione in tutti gli ambiti della cooperazione, dalla *governance* alla gestione delle migrazioni, dalla sicurezza allo sviluppo economico.

In un contesto globale in rapida trasformazione, caratterizzato da crisi ambientali, migrazioni complesse e crescenti tensioni geopolitiche, l'Accordo di Samoa ambisce a rafforzare la cooperazione multilaterale e a promuovere soluzioni congiunte alle sfide comuni.

Il testo introduce un approccio più modulare e regionale, articolandosi in un quadro comune e in tre protocolli regionali distinti, rispettivamente per l'Africa, i Caraibi e il Pacifico, al fine di adattare le strategie di cooperazione alle specificità dei diversi contesti. In tal modo, l'Accordo riflette una volontà di superare una visione univoca e standardizzata della cooperazione, privilegiando invece una dimensione più flessibile, inclusiva e multilivello.

Nel nuovo Accordo, il ruolo dei diritti umani continua a essere riconosciuto come fondamentale, mantenendo una linea di continuità con quanto stabilito nell'Accordo di Cotonou. Tuttavia, il testo attuale sembra andare oltre una semplice conferma: a prima vista, infatti, si nota un'espansione del peso attribuito a questa tematica. Viene infatti sottolineato un rafforzamento del riferimento ai diritti umani, che appare positivo e promettente. Tuttavia, un'analisi più approfondita invita a una riflessione più critica circa il reale impatto di tale rafforzamento. In effetti, mentre l'introduzione di nuove disposizioni normative o principi potrebbe apparire come un miglioramento in termini di tutela dei diritti umani, è fondamentale considerare le possibili implicazioni a livello pratico e operativo.

In realtà, l'adozione di dichiarazioni sui diritti umani è un passo importante, ma se non accompagnata da meccanismi concreti di attuazione, rischia di rimanere solo una formalità, senza alcun impatto reale.

Inoltre, i diritti umani sono influenzati da contesti culturali, politici e giuridici specifici di ogni Paese. Questo significa che misure che sembrano universali possono incontrare ostacoli, poiché la loro applicazione dipende dalle diverse realtà locali, che potrebbero avere risorse, tradizioni e visioni diverse riguardo ai diritti stessi. In altre

[1] Accordo di partenariato tra l'UE e i suoi Stati membri, da una parte, e gli Stati dell'Africa dei Caraibi e del Pacifico, dall'altra, Bruxelles, 19 luglio 2023 (OR. en) 8372/1/23 REV 1.

ISSN 2036-7821

parole, affinché un potenziamento dei diritti umani sia effettivo, deve essere adattato alle specifiche condizioni locali e supportato da strumenti pratici per garantirne l'applicazione[2].

Un altro aspetto da considerare è la possibile tensione tra l'espansione dei diritti individuali e le esigenze di ordine pubblico o sicurezza nazionale[3]. In molte circostanze, l'equilibrio tra la protezione dei diritti umani e le necessità di mantenimento dell'ordine pubblico può essere fonte di conflitto. Infatti l'esperienza storica ha mostrato come in alcuni contesti il rafforzamento dei diritti individuali possa entrare in contrasto con leggi che regolano la sicurezza o la prevenzione di minacce percepite, alimentando un dibattito complesso su dove tracciare i confini tra la protezione della libertà personale e quella collettiva.

Il dibattito sul bilanciamento tra libertà individuale e sicurezza collettiva occupa un ruolo cruciale nel diritto costituzionale, internazionale e nei diritti umani, poiché mette in tensione due esigenze apparentemente inconciliabili: da un lato la tutela delle libertà fondamentali — quali la libertà di movimento, di espressione e il diritto alla privacy — e, dall'altro, la salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale, particolarmente sollecitata in contesti di crisi, terrorismo, migrazioni di massa o emergenze sanitarie[4].

---

[2] In merito all'adattamento delle politiche sui diritti umani alle specifiche condizioni locali e dell'importanza di strumenti pratici per garantirne l'applicazione si v. A. SEN, ***Development as Freedom***, Oxford, 1999; J. DONNELLY, ***Universal Human Rights in Theory and Practice***, Cornell University Press, 2003; B. de S. SANTOS, ***Epistemologies of the South: Justice Against Epistemicide***, Londra, 2014; K. NASH, ***Contemporary Political Sociology: Globalization, Politics and Power***, Malden, 2009.

[3] Cfr. P. CARETTI, G.T. BARBIERI, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2017; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in *Rivista AIC*, 2016, n.4, p.1-14; O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato* in *medialws*, 2018, p. 138 ss.

[4] Questa tensione è stata approfondita in vari ambiti giuridici: la dottrina costituzionale ha elaborato il concetto di "principio di proporzionalità" come criterio per risolvere conflitti tra diritti contrapposti. Questo principio è stato sviluppato soprattutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca e successivamente recepito anche da molte corti europee. In merito si v. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, Robert Alexy propone che i diritti fondamentali siano principi giuridici soggetti a bilanciamento, piuttosto che norme assolute; La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) invece consente, in casi specifici e previsti dalla legge, la limitazione di alcuni diritti individuali per proteggere la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico o la salute pubblica (es. art. 8, 9, 10, 11 CEDU**). Si v. S.** SOTTIAUX, *Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution*, Oxford, 2008, per un analisi comparativa tra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di sicurezza e libertà; Nel diritto internazionale dei diritti umani invece, strumenti come il Patto internazionale sui diritti civili e politici (ICCPR) prevedono la possibilità di deroghe ai diritti in situazioni di emergenza (art. 4), purché tali deroghe siano strettamente necessarie e non discriminatorie. In tal senso M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl am Rhein, 2005, con un analisi sistematica delle condizioni per le deroghe ai diritti individuali nel contesto del diritto internazionale; Nel contesto migratorio, il dibattito si concentra sulla tensione tra il diritto d'asilo e il controllo delle frontiere, spesso giustificato con esigenze di sicurezza nazionale. Ciò solleva interrogativi su pratiche di respingimento, detenzione e trattamenti discriminatori. In tal senso si v. E. **GUILD**, ***Security and Migration in the 21st Century***, Cambrige, 2009.

ISSN 2036-7821

Nel pensiero giuridico contemporaneo, la questione centrale si concentra sulla definizione di un equilibrio "giusto": un dispositivo normativo e pratico che non sacrifica arbitrariamente né il diritto dell'individuo a dispiegare le proprie potenzialità né l'interesse collettivo a vivere in un contesto stabile e protetto[5].
Tuttavia, riconoscere l'importanza di un rafforzamento dei diritti umani non basta: è anzi imprescindibile adottare un approccio critico che superi il mero entusiasmo per iniziative dichiarate "progressiste" e ne esplori potenziali rischi e contraddizioni.
A tal fine, occorre verificare la concretezza delle misure effettivamente adottate — siano esse legislative, amministrative o istituzionali — e valutarne le sfide applicative, dagli oneri di implementazione alle questioni di compatibilità con ordinamenti preesistenti. Allo stesso modo, è essenziale esaminarne le ricadute sia a livello globale, in termini di standard condivisi e cooperazione internazionale, sia a livello locale, nelle prassi giudiziarie e nelle politiche di sicurezza. Solo attraverso un'analisi rigorosa delle modalità di attuazione e delle conseguenze reali sarà possibile discernere se il presunto potenziamento dei diritti umani rappresenti un'autentica conquista normativa o si risolva in un'operazione meramente simbolica.
Pertanto, pur riconoscendo la valenza di un rafforzamento dei diritti umani, è essenziale adottare un approccio critico che vada oltre l'apparente positività di un'iniziativa e consideri i possibili rischi e contraddizioni insiti in tale processo.
Analizziamo pertanto la concretezza delle misure adottate, e le sfide legate alla loro applicazione e le implicazioni che esse potrebbero avere a livello globale e locale, onde verificare se il potenziamento dichiarato sia o meno una semplice operazione di facciata.

1. L'origine e la formalizzazione della clausola sui diritti umani nei partenariati ACP-UE.

Il riconoscimento e l'affermazione dei diritti umani come cardine della cooperazione allo sviluppo traggono origine da un processo complesso, in cui convergono non solo aspirazioni normative ma anche trasformazioni geopolitiche.
In primo luogo, l'orizzonte delle relazioni internazionali ha progressivamente superato la logica esclusivamente economica e tecnico-burocratica dell'assistenza: a partire dagli anni Sessanta e Settanta, le sorti dei popoli non furono più viste infatti soltanto in termini di flussi di aiuti e trasferimenti finanziari, ma anche come percorsi di emancipazione politica e tutela delle libertà fondamentali. Questo spostamento di paradigma si tradusse nell'inserimento, già nelle prime convenzioni internazionali, di clausole minimali volte a preservare la dignità della persona e a condizionare gli

[5] Cfr. S. CHESTERMAN, *Just War or Just Peace? Humanitarian Intervention and International Law*, Oxford, 2008.

ISSN 2036-7821

aiuti al rispetto dei diritti civili e politici[6].

Parallelamente, il tramonto degli schieramenti ideologici netti, sancito dalla fine della Guerra fredda, aprì la strada a un dialogo più serrato sui princìpi universali che avrebbero dovuto informare l'agire delle comunità internazionali. I documenti programmatici – dalle raccomandazioni dell'ONU alla Dichiarazione di Vienna[7] – cominciarono dunque a evocare il nesso inscindibile tra sviluppo sostenibile e tutela dei diritti umani, sancendo in sostanza che ogni azione di cooperazione non poteva più prescindere dalla promozione dell'uguaglianza, della partecipazione politica e dell'accesso alle risorse primarie.

---

[6] Un punto di partenza imprescindibile è rappresentato dalla Carta delle Nazioni Unite del 1945, che, pur non configurandosi come una convenzione sui diritti umani in senso stretto, proclama all'articolo 1 tra gli scopi dell'Organizzazione la promozione del rispetto universale dei diritti umani e delle libertà fondamentali. È in questo quadro che si colloca, tre anni più tardi, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), primo catalogo globale e condiviso dei diritti fondamentali, redatto in chiave programmatica e non vincolante, ma destinato a influenzare profondamente la prassi internazionale e la successiva codificazione pattizia. L'evoluzione giuridica si consolida a partire dagli anni Cinquanta con la stipula della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, 1950), primo strumento vincolante a livello regionale in materia di diritti civili e politici. Pur riguardando inizialmente solo gli Stati del Consiglio d'Europa, la CEDU ha esercitato una forte influenza anche sulla politica estera dell'Unione europea, la quale, negli anni successivi, ha progressivamente inserito clausole ispirate a tale modello nei propri accordi di cooperazione e partenariato con Paesi terzi. Sul piano universale, la svolta avviene nel 1966 con l'adozione dei due Patti internazionali sui diritti umani: il Patto sui diritti civili e politici (ICCPR) e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR). Entrati in vigore nel 1976, rappresentano la prima codificazione globale e vincolante di principi e diritti umani, assumendo una valenza giuridica concreta e aprendo la strada alla progressiva legittimazione dell'idea secondo cui il rispetto dei diritti umani debba costituire un criterio essenziale per la cooperazione internazionale.

[7] La Dichiarazione e Programma d'Azione di Vienna, adottata il 25 giugno 1993 al termine della Conferenza Mondiale sui Diritti Umani organizzata dalle Nazioni Unite, rappresenta un momento cruciale nella storia del diritto internazionale dei diritti umani, non solo per il contenuto normativo, ma anche per la sua portata politica e simbolica. Essa segna una rinascita del multilateralismo etico all'indomani della Guerra Fredda e conferma, con forza, l'universalità, l'indivisibilità, l'interdipendenza e l'interrelazione di tutti i diritti umani, superando le divisioni ideologiche che avevano fino ad allora contrapposto diritti civili e politici da un lato, e diritti economici, sociali e culturali dall'altro.

Dal punto di vista contenutistico, la Dichiarazione afferma in modo netto che "la promozione e la protezione di tutti i diritti umani è responsabilità primaria degli Stati" (par. 1) e riconosce che la comunità internazionale ha il diritto e il dovere di occuparsi della loro tutela ovunque vengano violati, respingendo l'argomento della sovranità nazionale come barriera assoluta. Questo principio ha avuto un impatto duraturo sulla legittimazione di strumenti di condizionalità nei rapporti internazionali, fornendo una base politica e morale per legare aiuti allo sviluppo, accordi commerciali e cooperazione economica al rispetto dei diritti umani.

Un altro aspetto fondamentale è il riconoscimento del ruolo delle istituzioni internazionali e regionali nella promozione dei diritti umani, oltre che della società civile, il cui coinvolgimento è considerato essenziale. Da questo punto di vista, la Dichiarazione di Vienna ha contribuito a rafforzare l'autorità dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani, istituito proprio in seguito alla Conferenza, quale organo centrale del sistema ONU in materia.

In relazione alla condizionalità nei partenariati di cooperazione, la Dichiarazione ha rappresentato un punto di svolta concettuale e politico, legittimando ulteriormente l'integrazione dei diritti umani nelle politiche esterne delle organizzazioni regionali, come l'Unione Europea. È su questo sfondo che maturano le clausole condizionali nei trattati di associazione e cooperazione dell'UE, come nella fase post-Cotonou, ma anche nelle relazioni con altri attori globali.

ISSN 2036-7821

Il vero punto di svolta si registrò con l'introduzione, nella IV Convenzione di Lomé, di una clausola esplicita sul rispetto dei diritti fondamentali: un riconoscimento formale della responsabilità condivisa tra donatori e beneficiari nel costruire modelli di sviluppo inclusivi e democratici. Questo passaggio rappresentò non solo un ampliamento degli obiettivi tradizionali di crescita economica, ma il riconoscimento del fatto che il progresso materiale perdeva gran parte del suo valore se non accompagnato dalla garanzia delle libertà individuali e collettive.

L'inserimento della clausola sul rispetto dei diritti umani nella quarta Convenzione di Lomé, dunque, non fu un gesto meramente formale, bensì l'esito di un travagliato negoziato in cui si misero in campo istanze politiche, timori di sovranità e un rinnovato consenso internazionale sull'universalità delle libertà fondamentali[8].

Già a partire dalla risoluzione del Parlamento europeo del 17 maggio 1983[9], si avvertiva la volontà di trasformare gli aiuti allo sviluppo in uno strumento di condizionamento politico: le preferenze commerciali e i sostegni finanziari in sostanza avrebbero dovuto dipendere dal comportamento in materia di diritti civili e politici dei Paesi ACP.

Tuttavia, fu solo alla vigilia della revisione di Lomé IV che la Commissione avanzò un primo progetto di clausola sanzionatoria, prevedendo la sospensione totale o parziale dei benefici in caso di "gravi e ripetute violazioni" dei diritti umani[10].

Di fronte a questa proposta, molti Stati ACP reagirono con forte scetticismo. Alle critiche sul presunto "doppio standard" — poiché, da un lato, la Comunità europea

[8] I Paesi africani hanno tradizionalmente sempre privilegiato la dimensione collettiva dei diritti umani. Per un'analisi della nozione di diritti umani in questi Paesi v. BUIRE-MALIRAU, *Les difficultés de Pinternationalisation des droits de rhomme cì propos de la Convention de Lomé,* in *Rev, trim. droit eur.*, 1985, p. 462 ss., in particolare p. 469 ss. Si pone in questa direzione la *Risoluzione che tiene conto dell'ottava risoluzione annuale del Consiglio dei Ministri ACP-CEE sull'attuazione della Convenzione di Lomé e sulle prospettive della nuova Convenzione che dovrei farvi seguito* dell'Assemblea consultiva ACP-CE, Lussemburgo, 19-21 settembre 1984, in *Dossier* cit., p. 266 ss., nella quale al punto 8 si afferma che «l'uomo deve essere il motore e il destinatario dello sviluppo; è pertanto imperativo che lo sviluppo si rivolga alla soddisfazione dei bisogni essenziali degli individui e delle popolazioni — in particolare dei settori più indigenti — e sia finalizzato al godimento da parte di questi dei diritti fondamentali e in primo luogo del diritto alla vita, al fine di creare le condizioni per una loro piena ed effettiva partecipazione alla vita politica, economica, sociale e culturale.

[9] V. *Risoluzione* del Parlamento europeo sui *diritti dell'uomo nel mondo, 17* maggio 1983, in *GUCE C* 161 del 20 giugno 1983, p. 64 ss.

[10] Progetto di parere della Commissione per lo sviluppo e la cooperazione destinato alla Commissione per gli affari esteri e la sicurezza, su *Movimenti di democratizzazione in Africa,* Relatrice DE LA GRAETE, Bruxelles, 3 settembre 1992. Per le risoluzioni in materia *v. Droits de l'homine, démocratie et politique de cooperation au développement,* Bruxelles, maggio 1991. *Risoluzione del Consiglio e degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio su Diritti dell'uomo, democrazia e sviluppo.* Bruxelles, 28 novembre 1991, *Boll. CE* 11-1991, p. 124 ss. In questo senso anche le conclusioni del Consiglio d'Europa a Dublino sui diritti dell'uomo ed il «buon governo» in Africa (giugno 1990 in *Boll. CE* 6-1990) e a Roma sulla promozione della democrazia e dei diritti dell'uomo nelle relazioni esterne (dicembre 1990 in *Boll. CE* 12-1990); le conclusioni del Consiglio sulla politica mediterranea, il rispetto dei diritti dell'uomo e la promozione dei valori democratici (19 dicembre 1990) e sulla cooperazione con i paesi in via di sviluppo dell'America Latina e dell'Asia.

ISSN 2036-7821

intratteneva rapporti con il regime sudafricano dell'apartheid e, dall'altro, era accusata di discriminazioni verso lavoratori e studenti africani in Europa — si aggiungeva la preoccupazione di vedere messa in discussione la propria sovranità.
L'eventualità di un monitoraggio comunitario sugli ordinamenti interni, con possibili valutazioni sul sistema giudiziario, sui poteri di polizia e persino sui modelli economici, fu avvertita come un'ingerenza non meno profonda di quelle coloniali[11].
La richiesta di reciproci meccanismi di verifica, capace di estendersi anche alle pratiche europee, rimase pertanto inevasa.
Fu dunque con l'articolo 5, comma 2, di Lomé IV che si trovò un equilibrio tra le due posizioni, sancendo finalmente l'obbligo, per entrambe le parti contraenti, di conformarsi "ai principi fondamentali dell'ordinamento democratico e del rispetto dei diritti umani" come condizione per godere dei benefici previsti. Questo compromesso lasciò però all'effettiva discrezionalità della Commissione e del Consiglio la decisione di attivare o meno le sanzioni, senza stabilire criteri precisi o soglie di gravità, e privilegiò una flessibilità politica che, nei fatti, rese molto timido l'utilizzo dello strumento punitivo.
La previsione contenuta nel terzo comma dell'articolo 5 rappresenta poi un elemento di grande novità, poiché, per la prima volta, viene sancita la possibilità che l'Unione europea eroghi, su specifica richiesta degli Stati ACP, contributi finanziari destinati all'attuazione concreta dei diritti e delle libertà fondamentali. Tali misure dovevano essere concertate con gli organi internazionali competenti in materia di diritti umani, al fine di tutelare sia la Comunità dalle eventuali iniziative unilaterali dei Paesi beneficiari, sia gli stessi Stati ACP da un'ingerenza indebita della Comunità nei loro programmi di sviluppo.
Questa disposizione in realtà si distingueva dai precedenti riferimenti a tutela dei diritti umani, che restavano per lo più di natura meramente dichiarativa, perché istituisce un meccanismo operativo di cooperazione finalizzato alla realizzazione di progetti concreti (ad esempio, il sostegno all'organizzazione di elezioni democratiche, la costruzione di infrastrutture scolastiche e sanitarie, l'assistenza nella redazione di leggi elettorali o costituzionali).
Essa però sebbene costituisca un'innovazione formale introducendo per la prima volta un meccanismo di finanziamento mirato all'attuazione dei diritti umani, ha mostrato negli anni evidenti limiti che ne hanno temperato l'efficacia sostanziale.
Innanzitutto, l'obbligo di presentare una specifica istanza da parte dello Stato ACP ha trasformato il finanziamento non in un incentivo attivo della Comunità, ma in un semplice "sportello" al quale i governi potevano – ma non dovevano – rivolgersi. Ciò ha sollevato dubbi sulla reale volontà politica di promuovere i diritti umani, poiché

[11] In questo senso v. anche l'art. 2 della IV Convenzione che sottolinea il principio del rispetto della sovranità di ciascuno Stato come base della cooperazione ACP-CE.

ISSN 2036-7821

l'iniziativa restava interamente nelle mani dei beneficiari, i quali, specie in contesti autoritari o instabili, potevano non disporre di adeguate capacità o di reale autonomia decisionale per avanzare progetti credibili.
In secondo luogo, la clausola si fondava su un esercizio discrezionale della Commissione europea privo di criteri procedurali vincolanti: nessuna soglia di gravità degli abusi né linee guida operative accompagnavano l'eventuale rifiuto o concessione dei fondi. Questo margine di arbitrio politico rischiava di favorire approcci opportunistici, in cui la tutela formale dei diritti umani veniva nella pratica utilizzata come strumento di pressione geopolitica o negoziale, anziché come autentico strumento di *empowerment* locale.
Infine, la norma si collocava in un quadro di relazione asimmetrica tra donatori e beneficiari, in cui il potere di decidere sul finanziamento delle iniziative di diritti umani conferiva alla Comunità un'influenza indiretta ma significativa sulle politiche interne dei Paesi ACP. Sebbene si volesse infatti evitare un'ingerenza eccessiva negli affari interni – da qui la scelta di un meccanismo su richiesta –, in realtà la discrezionalità europea si traduceva in un potere di indirizzo che non era né trasparente né sottoposto a controlli esterni.
Da questa prospettiva, la clausola appariva in sostanza più come un esercizio di *soft power* che come un autentico patto di cooperazione paritaria, lasciando aperta la questione di quanto i diritti umani fossero realmente l'asse portante della cooperazione allo sviluppo e quanto, invece, rappresentassero un pretesto per legittimare logiche di condizionamento politico-economico.
Nonostante dunque la debolezza applicativa dei primi anni, la scelta di ancorare formalmente la cooperazione allo sviluppo a standard di legittimità democratica e tutela dei diritti segnò una svolta paradigmatica[12].
La clausola di Lomé IV, infatti, inaugurò un modello di partenariato che non poteva più limitarsi alla mera erogazione di fondi o all'apertura di mercati, ma che richiedeva un minimo comune di trasparenza istituzionale a protezione delle libertà fondamentali.
Di conseguenza, anche se le sue ripercussioni operative furono inizialmente limitate, la clausola ha lasciato un'impronta indelebile nella successiva evoluzione degli accordi di Cotonou (2000) e nel partenariato post-Cotonou (2020), in cui il rispetto dei diritti umani è divenuto una precondizione imprescindibile per qualsiasi forma di cooperazione.

2. La tutela dei diritti umani nell'Accordo di Cotonou: attuazione pratica e limiti sistemici.

L'Accordo di Cotonou, firmato il 23 giugno 2000 e in vigore fino all'adozione del

[12] I. ZAMFIR, *Human Rights in EU Trade Agreements – the Human Rights Clause and its Application*, in *EPRS*, 2019.

ISSN 2036-7821

nuovo Accordo di Samoa, costituisce una pietra miliare nella costruzione della politica estera dell'Unione europea orientata alla promozione dei diritti umani[13].
Esso ha introdotto – per la prima volta in modo formalizzato e giuridicamente vincolante – una clausola di condizionalità che eleva il rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e dello Stato di diritto a "elementi essenziali" del partenariato con i Paesi ACP (art. 9). Tali valori non sono meramente proclamati come aspirazioni etiche condivise, ma sono strutturalmente integrati nell'architettura giuridica dell'Accordo, assumendo la funzione di criteri determinanti per la legittimità e la continuità della cooperazione internazionale. In tal senso, l'inosservanza di tali principi poteva legittimare – e in alcuni casi imporre – l'adozione di misure correttive da parte dell'Unione, fino a giungere alla sospensione, totale o parziale, degli aiuti o degli accordi in essere.
Nell'Accordo di Cotonou in sostanza la protezione dei diritti umani emerge in maniera evidente sin dalle prime pagine, in quanto è richiamata non solo nel preambolo, ma anche nel Titolo II a cui è affidato un trattamento sostanziale di tali diritti, attraverso la particolare previsione inserita nell'articolo 9. Quest'ultimo articolo infatti, stabilisce un articolato quadro normativo finalizzato a garantire la tutela dei diritti umani, dei principi democratici e dello stato di diritto, fungendo come detto, da base per l'adozione di interventi di rettifica in presenza di violazioni.
A supporto di questo sistema, l'Accordo prevedeva una procedura di consultazione dettagliata nell'articolo 96, che consentiva di attivare, in maniera tempestiva ed efficace, dispositivi di correzione e sanzioni contro uno Stato firmatario qualora questo non rispettasse gli impegni assunti[14]. Tale meccanismo si fondava sul principio di condizionalità, in virtù del quale l'adempimento degli obblighi in materia di diritti umani diventava condizione imprescindibile per il mantenimento e il proseguimento della cooperazione[15].

---

[13] Per una completa dissertazione sui diritti umani nella convenzione di Cotonou si v. R. LOMONACO, *Sviluppo sostenibile e difesa dei diritti umani*, Roma, 2004, p. 51 ss.; L. BORLINI, *L'Unione Europea: attore 'globale' nella protezione e promozione dei diritti umani? Limiti e prospettive*, in *DPCE on line*, 2016, n. 4, p. 93 ss.; F. RASPADORI, *Sviluppo e diritti umani nella Convenzione di Cotonou: la clausola di condizionalità quasi perfetta*, in *I DIRITTI DELL'UOMO*, 2004.

[14] L'articolo 96 dell'Accordo di Cotonou descrive la "procedura di consultazione" in caso di violazione degli impegni da parte di una delle parti. Le parti si impegnano a consultarsi reciprocamente per discutere e risolvere le questioni relative all'implementazione dell'Accordo. Questo processo di consultazione è progettato per affrontare le problematiche in modo dialogico, cercando soluzioni comuni e attraverso una comunicazione efficace riguardo agli impegni presi. Nel caso in cui le consultazioni non portino a un accordo soddisfacente, l'articolo prevede ulteriori meccanismi di risoluzione, garantendo che il partenariato rimanga su basi solide e costruisca una relazione di fiducia fra le parti.

[15] Il principio di condizionalità è delineato nell'articolo 79 dell'Accordo di Samoa. In questo articolo, le parti stabiliscono che il rispetto degli impegni assunti e il progresso nelle aree di cooperazione siano legati a condizioni specifiche. Questo principio permette di monitorare l'efficacia della cooperazione e garantire che le risorse siano utilizzate in modo appropriato, supportando così gli obiettivi strategici dell'Accordo. Il principio di

ISSN 2036-7821

Questa struttura normativa non solo mirava ad evitare che i diritti umani rimanessero un mero enunciato simbolico, ma intendeva integrarli nel tessuto operativo degli Stati aderenti, garantendo un effettivo rispetto dei principi fondamentali e promuovendo un equilibrio tra i valori universali e le specificità nazionali.

Tuttavia, se da un lato l'articolo 9 rappresentava una formalizzazione di valori universali, dall'altro esso si esponeva a una lettura problematica sotto il profilo della coerenza applicativa e della neutralità politica.

La clausola, infatti, pur introducendo una base giuridica innovativa per l'azione sanzionatoria dell'UE, era formulata in termini generali e aperti, lasciando ampi margini di discrezionalità nell'interpretazione delle "violazioni" e nella selezione dei contesti in cui intervenire. Ne derivava il rischio che essa potesse essere strumentalizzata per fini geopolitici, perdendo così la propria forza normativa come garanzia effettiva dei diritti fondamentali.

Inoltre, la natura asimmetrica del partenariato ACP-UE, unita alla posizione preminente dell'Unione nelle fasi decisionali e nel controllo dell'attuazione, sollevava questioni di legittimità e bilanciamento delle prerogative sovrane degli Stati partner. In particolare, gli Stati ACP hanno spesso percepito l'invocazione della clausola come un'ingerenza nei propri affari interni, alimentando tensioni politiche e una crescente diffidenza verso la *conditionality* europea, ritenuta unilaterale e paternalista[16].

La portata innovativa della clausola inoltre consisteva nella sua struttura bifasica, articolata in un profilo sostanziale e uno procedurale. Il primo stabiliva il quadro valoriale inderogabile che regolava le relazioni tra le parti, includendo – oltre ai diritti umani – anche il principio del "buon governo", inteso come trasparenza e responsabilità nell'amministrazione pubblica. Il secondo profilo invece prevedeva un iter sanzionatorio progressivo. Formalmente, la procedura si articolava in tre momenti: il dialogo politico regolare (art. 8), le consultazioni formali in caso di violazione degli "elementi essenziali" (art. 96), e l'adozione delle "misure appropriate" tra cui poteva rientrare la sospensione parziale o totale della cooperazione, qualora le consultazioni non avessero condotto a una soluzione condivisa.

Tale articolazione rispondeva all'intento dichiarato dell'Unione di privilegiare l'approccio preventivo e cooperativo rispetto all'imposizione sanzionatoria. Tuttavia, come già detto, l'assenza di criteri chiari e oggettivi per attivare ogni singola fase, unitamente al forte margine di discrezionalità politica, ne indeboliva l'applicazione

condizionalità promuove una relazione di sostegno reciproco, dove il progresso da parte di una parte può influenzare positivamente l'assistenza e la cooperazione da parte dell'altra parte.

[16] Sulla clausola di condizionalità si v. in particolare A. DI MARCO, *Le clausole di condizionalità politica alla luce degli accordi di associazione. Il recente caso siriano Centro di documentazione europea* - Università di Catania - Online Working Paper 2011/n. 31 maggio 2011.

ISSN 2036-7821

coerente e uniforme.
Nonostante dunque il suo impianto teorico coerente e giuridicamente solido, l'effettiva attuazione della clausola era stata discontinua e spesso influenzata da considerazioni geopolitiche. Tra il 1990 e il 2022, il meccanismo è stato attivato formalmente solo 24 volte nei confronti di 14 Paesi, in prevalenza africani. Le circostanze ricorrenti che hanno motivato l'applicazione della clausola comprendevano eventi come colpi di Stato, elezioni irregolari o violazioni sistemiche dei diritti fondamentali.
Una delle principali criticità emerse nell'attuazione della clausola sui diritti umani contenuta nell'Accordo di Cotonou riguardava l'approccio selettivo adottato dall'Unione Europea. In più occasioni, infatti, l'UE ha omesso di attivare il meccanismo previsto nonostante la presenza di violazioni comparabili a quelle sanzionate in altri contesti. Pertanto la fase procedurale prevista dalla clausola di condizionalità, pur configurandosi come un meccanismo multilivello e progressivo di *enforcement*, si rivelò, nella prassi, affetta da significative ambiguità e debolezze strutturali che ne hanno compromesso l'efficacia e la legittimità.
Uno dei principali limiti in tal senso risiedeva nell'opacità del criterio di accesso alla fase di consultazione, la cui attivazione restava affidata alla valutazione unilaterale dell'Unione o di uno Stato membro. Ciò ha determinato un uso diseguale e selettivo del meccanismo, fortemente condizionato dal peso strategico del Paese ACP coinvolto o dalla sensibilità politica del momento. Nonostante l'articolazione della procedura fosse formalmente conforme al principio del dialogo e del rispetto reciproco, la mancanza di un sistema di controllo indipendente o di un arbitrato esterno ne riduceva in pratica l'effettiva garanzia di imparzialità.
Tale incoerenza applicativa è stata oggetto di rilievi critici da parte della dottrina, che ne ha individuato le cause in una pluralità di fattori[17].
In primo luogo, la formulazione dell'articolo 9 risulta deliberatamente ampia e generica, attribuendo all'Unione un elevato grado di discrezionalità nella valutazione delle violazioni, con il risultato di compromettere l'uniformità e l'obiettività nell'applicazione delle misure correttive. A ciò si aggiunge la tensione strutturale tra l'impegno dichiarato dell'UE nella promozione dei diritti umani e la necessità pragmatica di salvaguardare relazioni economiche e politiche con partner considerati strategici. Infine, le divergenze interne tra gli Stati membri – spesso in disaccordo sull'opportunità politica di attivare il meccanismo sanzionatorio – finiscono per

[17] Per un analisi approfondita sull'incoerenza nell'applicazione delle clausole sanzionatorie da parte dell'UE nei confronti dei Paesi ACP, si v. L. BARTELS, *The Application of Human Rights Conditionality in the EU's External Agreements* in *European Journal of International Law*, 2005, Vol. 13, No. 6; K. DEL BIONDO, ***EU Aid Conditionality in ACP Countries: Explaining Inconsistency in EU Sanctions Practice***, **in** ***Journal of Contemporary European Studies***, 2015, Vol. 23, No. 3.

ISSN 2036-7821

indebolire ulteriormente la coerenza e la credibilità dell'azione esterna dell'Unione[18].
Inoltre, la fase di consultazione – pur prevista come momento di confronto paritario – veniva sovente percepita dai partner ACP come una formalità sostanzialmente unilaterale, dove il margine negoziale reale risultava limitato. Le misure adottate al termine del processo, peraltro, raramente venivano calibrate in funzione della gravità della violazione, risultando in taluni casi sproporzionate o, all'opposto, eccessivamente indulgenti. Tale squilibrio decisionale ha generato in più occasioni accuse di ingerenza e di neocolonialismo normativo, indebolendo la credibilità stessa della condizionalità europea.
Va inoltre evidenziato che, nella maggioranza dei casi, la procedura attivata non conduceva alla sospensione effettiva della cooperazione, ma soltanto a mere raccomandazioni o ad una riduzione marginale del sostegno, talvolta prontamente ripristinato per motivazioni di ordine politico o umanitario. Ciò ha alimentato una percezione di debolezza e incoerenza del meccanismo, frustrando le aspettative di coerenza tra i principi proclamati e le prassi adottate[19].
Infine, il modello procedurale di Cotonou si fondava su un impianto fortemente intergovernativo, che assegnava un ruolo preponderante al Consiglio dell'UE, lasciando margini assai ristretti al Parlamento europeo o ad altri attori multilaterali, con il risultato di limitare la trasparenza e la responsabilità democratica del processo decisionale.
Nonostante le criticità precedentemente evidenziate, l'Accordo di Cotonou ha segnato un passo avanti rilevante nel processo di istituzionalizzazione dei diritti umani all'interno della cooperazione internazionale, rappresentando uno degli sforzi più strutturati da parte dell'Unione europea per integrare in modo coerente i propri valori fondamentali nell'azione esterna.
La presenza esplicita della clausola sui diritti umani, il riferimento ai principi democratici e allo Stato di diritto come elementi "essenziali" dell'Accordo, nonché l'introduzione di meccanismi procedurali dedicati, testimoniano la volontà dell'UE di conferire a tali principi una portata vincolante e operativa.
Tuttavia, restavano evidenti margini di miglioramento, in particolare sul piano dell'uniformità applicativa e della coerenza tra enunciati normativi e prassi politiche. In questo contesto, il passaggio al nuovo Accordo di Samoa si configurava come un momento cruciale per rilanciare il ruolo del dialogo politico e colmare le ambiguità interpretative che hanno minato l'efficacia del sistema precedente. Esso offriva, in

[18] M. FERRARI, *L'azione dell'Unione europea sul palco internazionale: le clausole di tutela dei diritti umani negli accordi con gli Stati ACP*, in *I Post di AISDUE*, IV (2022), n. 24; M. CREMONA, *Human Rights as a Value of EU Trade Policy*, in M. BALBONI, C. DANISI, (eds.), *Human Rights as a Horizontal Issue in EU External Policy*, Napoli, 2021.
[19] Cfr. L. BARTELS, H*uman Rights Conditionality in the EU's International Agreements,* Oxford, 2005 ; Bartels osserva che l'attivazione delle clausole sui diritti umani non porta quasi mai alla sospensione della cooperazione, ma si risolve in soluzioni diplomatiche, compromettendo l'efficacia normativa del sistema.

ISSN 2036-7821

sostanza, l'opportunità di rafforzare una dimensione realmente paritaria del partenariato, in linea con i principi di reciprocità, trasparenza e rispetto dei valori fondanti dell'Unione.

3. Dal Cotonou a Samoa: i diritti umani come pilastro trasversale del nuovo partenariato ACP-UE.

Firmato nel novembre 2023 in sostituzione dell'Accordo di Cotonou, l'Accordo di Samoa ribadisce l'impegno dell'Unione Europea e dei Paesi ACP nel fondare il loro partenariato sui principi fondamentali dei diritti umani, dello stato di diritto e della democrazia. In continuità con l'articolo 9 di Cotonou, tali valori sono nuovamente designati come "elementi essenziali" e costituiscono la base normativa per l'eventuale adozione di misure correttive. Tale riaffermazione non costituisce un semplice atto di continuità formale, bensì un tentativo di rafforzare il profilo valoriale della cooperazione internazionale in un contesto geopolitico profondamente mutato.

L'inserimento di questi principi tra le basi normative del nuovo Accordo dimostra dunque l'intenzione di consolidare un approccio integrato, volto a rendere i diritti umani non soltanto un elemento simbolico, ma un parametro sostanziale per l'orientamento delle politiche comuni. Tuttavia, la sfida resta quella di tradurre tali enunciazioni in pratiche coerenti ed efficaci, superando le ambiguità e le incoerenze che hanno caratterizzato l'esperienza del precedente quadro pattizio[20].

La principale innovazione introdotta da Samoa è dunque il consolidamento del dialogo politico preventivo. Il nuovo Accordo infatti dedica un'attenzione esplicita al rafforzamento di questa fase, riconoscendo il valore della diplomazia e del confronto come strumenti prioritari per prevenire le crisi e affrontare le divergenze prima che degenerino in misure sanzionatorie.

In tale ottica, è stata istituita una struttura paritaria e permanente di dialogo, composta da rappresentanti delle due parti, incaricata di monitorare il rispetto dei valori fondamentali e di facilitare il dialogo in situazioni critiche. Questo elemento risponde direttamente alle critiche mosse in passato alla procedura prevista da Cotonou, accusata di squilibri decisionali e opacità[21].

Sempre nell'ottica del consolidamento del dialogo, l'Accordo di Samoa ha introdotto

---

[20] Cfr. C. PINELLI, *I temi della condizionalità nel negoziato sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, Torino, 2018; ID., *Conditionality*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, novembre 2013, http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1383; e *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, vol. 10, n. 3, maggio 2004, p. 354-362; C. MANDRINO, *Politica di prossimità e stati terzi mediterranei : un sistema innovativo di condizionalità democratica?*, Modena, 2009, p. 365-382.

[21] M. FERRARI, *L'azione dell'Unione europea sul palco internazionale: le clausole di tutela dei diritti umani negli accordi con gli Stati ACP*, in *I Post di AISDUE*, IV (2022), n. 24.

ISSN 2036-7821

un Comitato congiunto di consultazione, con funzioni di mediazione e valutazione tecnica delle presunte violazioni, rafforzando così l'imparzialità e la trasparenza del processo. Questo organo dovrebbe consentire una gestione più tecnica e meno politicizzata delle controversie, limitando la discrezionalità degli organi politici dell'UE e contribuendo a ridurre il rischio di un'applicazione selettiva della clausola, evento spesso denunciato nella prassi di Cotonou[22].

Inoltre sul piano sostanziale, il testo di Samoa presenta una formulazione più precisa degli obblighi in materia di diritti umani, cercando di evitare l'ambiguità normativa che ha reso difficile, in passato, la determinazione oggettiva di una violazione.

Sebbene dunque il potere di adottare "*appropriate measures*" resti comunque in capo alle istituzioni europee, il nuovo impianto pone in sostanza maggiore enfasi sulla necessità di motivare adeguatamente ogni intervento e di garantire il contraddittorio tra le parti.

Dal punto di vista giuridico, invece, la principale distinzione tra l'Accordo di Cotonou e il nuovo Accordo di partenariato riguarda proprio il ruolo centrale riconosciuto alla tutela dei diritti umani[23].

Mentre nell'Accordo di Cotonou come abbiamo evidenziato la protezione dei diritti umani è richiamata soltanto nel preambolo, e nel Titolo II, nel nuovo Accordo, la protezione dei diritti umani assume una centralità e una pervasività ben maggiori.

Non essendo più confinati a una sezione dedicata, i diritti umani vengono esplicitamente richiamati infatti, in numerosi articoli – 1, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 20, 21, 38, 40, 62, 70 e 76 – costituendo così un tema trasversale che investe di fatto ogni ambito della cooperazione.

Questa strategia normativa riflette un tentativo deliberato di integrare la tutela dei diritti fondamentali non solo nel dialogo politico, ma anche nei settori della cooperazione economica e nella gestione dei conflitti.

L'inclusione sistematica dei diritti umani nel tessuto del nuovo Accordo si configura come un approccio multidimensionale e interdipendente, in cui il rispetto per la dignità, la democrazia e lo stato di diritto diventa un requisito imprescindibile per il partenariato. Tale impostazione non solo segna un'evoluzione rispetto alla struttura più frammentata dell'Accordo di Cotonou, ma intende anche rafforzare i meccanismi di monitoraggio e responsabilità tra le parti, incentivando un'effettiva attuazione degli impegni assunti.

Questa riorganizzazione normativa ha rilevanti implicazioni pratiche: integrando i diritti umani in diverse aree di intervento, l'Accordo mira a garantire che le politiche

[22] Cfr. J. D. SALTNES, *The European Union and Global Development. A Rights-based Development Policy?*, London, 2021.

[23] In merito al rapporto tra UE e Paesi ACP sui diritti umani si v. A. A. HASSAN, *L'accord de Cotonou : une convention relative aux droits de l'homme ?* in *Revue de Droit de l'Union Europeenne*, 2013, p. 85-119; id. *Les droits de l'homae dons les relations entre l'Union europerenne et les Etats d'Afrique subsaharienne,* Rouen, 2018.

ISSN 2036-7821

di cooperazione siano fondate su principi etici e legali condivisi, contribuendo a una gestione più olistica e sostenibile delle sfide contemporanee, quali la migrazione, la sicurezza e lo sviluppo socio-economico.
In questo contesto dunque, il partenariato si trasforma in un quadro in cui la tutela dei diritti umani non è un obiettivo secondario, bensì un principio guida che orienta le decisioni politiche e operative, promuovendo un equilibrio tra esigenze individuali e collettive.
Il nuovo Accordo ambisce in sostanza a ridefinire i paradigmi della cooperazione internazionale, ponendo al centro un insieme di valori comuni che trascendono la sola dimensione economica. Esso intende promuovere uno sviluppo sostenibile e inclusivo, in cui il rispetto dei diritti fondamentali e la tutela della giustizia sociale rappresentino elementi imprescindibili in un contesto globale in costante mutamento.
L'inclusione dei diritti umani in modo così diffuso e articolato suggerisce in sostanza un rafforzamento del principio di "condizionalità positiva", che implica un impegno più consistente da parte degli Stati firmatari a rispettare e promuovere i diritti umani come prerequisito per la cooperazione[24].
Ulteriore elemento di rilievo è rappresentato dall'integrazione esplicita dei diritti umani nei tre protocolli regionali allegati all'Accordo di Samoa[25], il che testimonia la volontà di rafforzare la centralità di tali principi non solo sul piano bilaterale, ma anche su quello regionale. Questa scelta normativa evidenzia l'intento di attribuire ai diritti fondamentali una portata trasversale e vincolante nell'intero assetto del partenariato, qualificandoli come criterio guida per l'attuazione delle politiche di cooperazione nelle diverse aree geografiche coinvolte. In tal modo, l'Accordo si

[24] La "condizionalità positiva" implica che, per ricevere sostegno o cooperazione da parte di un altro Paese o organizzazione (come l'Unione Europea, le Nazioni Unite, o altre istituzioni internazionali), uno Stato deve impegnarsi a rispettare determinati *standard* di diritti umani. Questo principio si differenzia da un altro concetto, quello della "condizionalità negativa", che si riferisce a sanzioni o penalizzazioni per chi non rispetta determinati diritti o *standard*.

[25] I tre protocolli regionali allegati all'Accordo di Samoa sono strumenti complementari all'Accordo quadro generale, volti a declinare gli obiettivi comuni dell'Unione Europea e dei Paesi partner in base alle specificità geografiche, politiche ed economiche delle diverse regioni ACP. I protocolli sono: Protocollo con l'Africa, che mira a rafforzare la cooperazione con i Paesi africani su temi come la pace e la sicurezza, la *governance* democratica, i diritti umani, la migrazione, il cambiamento climatico, la crescita sostenibile e l'integrazione regionale, in sinergia con l'Agenda 2063 dell'Unione Africana; Protocollo con i Caraibi, che si concentra su aspetti quali la resilienza climatica, la riduzione del rischio di catastrofi, la transizione energetica, la *governance* democratica, i diritti umani, e la cooperazione per lo sviluppo sostenibile, anche nel contesto delle specifiche vulnerabilità degli Stati insulari; Protocollo con il Pacifico, che include priorità relative all'adattamento ai cambiamenti climatici, alla gestione sostenibile delle risorse oceaniche, alla buona *governance*, alla promozione dei diritti umani e alla sicurezza regionale, con attenzione particolare ai piccoli Stati insulari in via di sviluppo (SIDS).
Questi protocolli sono giuridicamente vincolanti e parte integrante dell'Accordo di Samoa, e riflettono l'obiettivo dell'UE di promuovere una cooperazione differenziata ma fondata su valori condivisi, tra cui i diritti umani, lo Stato di diritto e i principi democratici.

ISSN 2036-7821

propone di superare un approccio meramente enunciativo, cercando invece di consolidare un quadro giuridico più coerente e sistemico, in cui la tutela dei diritti umani costituisca una condizione essenziale e non derogabile per la prosecuzione del dialogo e del sostegno europeo.

Questo approccio esteso e dettagliato dunque sembra indicare un orientamento giuridico che pone i diritti umani non solo come una condizione per l'accesso agli aiuti e alle relazioni, ma anche come un valore intrinseco che permea ogni aspetto dell'Accordo.

Perfino nel preambolo del nuovo Accordo le parti riaffermano il "loro impegno verso i principi democratici e i diritti umani, facendo riferimento non solo alla Dichiarazione Universale dei diritti umani, ma anche a "altri strumenti internazionali pertinenti"[26]. Questa precisa formulazione sembra sottintendere che l'obbligo assunto non si limita a un semplice testo di natura dichiarativa – la Dichiarazione Universale, infatti, rappresenta un documento emblematico ma privo di efficacia vincolante – bensì si estende a tutti quegli accordi, trattati e convenzioni internazionali che, una volta ratificati, assumono carattere giuridicamente vincolante per gli Stati[27]. In questo modo, il riferimento integrato agli strumenti internazionali permette di evitare l'ambiguità e le potenziali insidie che potrebbero emergere dall'affidarsi esclusivamente a principi consuetudinari e orientativi, garantendo così una protezione dei diritti umani fondata su basi normative solide e riconosciute nel diritto internazionale.

In sostanza il richiamo esplicito all'impegno per i diritti umani in questo Accordo di partenariato evidenzia come l'ideologia dei diritti umani sia ormai profondamente radicata nella politica estera dell'Unione Europea, specialmente nelle relazioni con gli Stati ACP[28].

In definitiva, l'Accordo di Samoa può essere interpretato come un tentativo di razionalizzare e rafforzare il modello di condizionalità, introducendo un'attenzione

---

[26] A favore dell'integrazione della Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto dei trattati si v. L.BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU 's International Agreements,* Oxford, 2005, p. 89-92.

[27] In tal senso v. M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Bologna, 2024 ; A. ZANOBETTI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani e la protezione e promozione dei diritti dei minori*, in *La Dichiarazione universale dei diritti umani umani nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, 2020; B. TRONCARELLI, *La Dichiarazione universale dei diritti umani come idealità senza effettività*, in *POLITICA. EU*, 2024; S. TONOLO, *Prefazione, La dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo* in S. TONOLO, G. PASCALE, *Testimonianze 552/553, 2023/2024, 6/1,* Padova, 2020; S. TONOLO, *La dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo,* Torino, 2020; G. PASCALE, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nella prassi della Commissione africana e nella giurisprudenza della Corte africana dei diritti umani e dei popoli* in S. TONOLO, G. PASCALE, *La Dichiarazione universale dei diritti umani nel diritto internazionale contemporaneo,* Torino, 2020 ; M. PAPA, *La dichiarazione universale dei diritti umani a settant'anni dalla sua adozione. Alcune riflessioni alla luce della giurisprudenza della corte internazionale di giustizia,* in *Rivista Italiana Per Le Scienze Giuridiche*, 2020, n.1, p. 511 ss.

[28] D. LOCHAK, *Les droits de l'homme dans les accords d'association et de coopération conclus par l'Union européenne in* M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS et E. CUJO, *Union européenne et droit international,* Etudes en Ehonneur de Patrick DAILLIER, Paris, 2012, p. 539.

ISSN 2036-7821

più marcata alla coerenza applicativa e a un'effettiva parità procedurale. In realtà pur non configurandosi come una rottura netta rispetto al paradigma di Cotonou, esso rappresenta comunque un avanzamento verso un partenariato maggiormente equilibrato, nel quale la promozione dei diritti umani assuma non solo valenza giuridica, ma si traduca in una pratica condivisa e strutturalmente integrata nella cooperazione internazionale.

4. Sfide e limiti della nuova strategia europea sui diritti umani.

Abbiamo evidenziato come con il nuovo Accordo, l'approccio al rispetto dei diritti umani si estenda a tutti gli ambiti della cooperazione, andando in sostanza ben oltre la mera enunciazione dei principi fondamentali.

Benché l'ampliamento di tali meccanismi offra opportunità significative per il rafforzamento della cooperazione tra Unione Europea e Stati ACP, esso si confronta inevitabilmente con numerose criticità. In primo luogo, sorgono posizioni divergenti circa l'interpretazione stessa dei diritti umani, che riflettono tanto differenze culturali quanto priorità politiche contrastanti. In secondo luogo, la loro implementazione pratica è ostacolata da squilibri di potere economico e da differenti livelli di sviluppo istituzionale, elementi che talvolta compromettono l'effettiva efficacia delle azioni promosse. Infine, va considerato che questo mutato approccio – centrato non più esclusivamente sullo sviluppo economico, bensì anche sulla tutela dei diritti fondamentali – richiede un ripensamento delle strategie diplomatiche e degli strumenti di cooperazione, al fine di garantire un equilibrio tra universalismo valoriale e rispetto delle specificità locali.

In sostanza, mentre il documento conferma il ruolo cardine dei diritti umani, evidenzia anche la complessità di conciliare le diverse variabili che influenzano la *governance* dei diritti umani, considerando le differenze culturali, politiche e giuridiche che caratterizzano ciascun contesto.

Da un lato, infatti, l'importanza attribuita ai diritti umani nel nuovo Accordo viene interpretata in alcuni Paesi ACP come un'imposizione esterna, che richiama il retaggio del neocolonialismo o del neoimperialismo europeo e si configura come un tentativo di imporre modelli culturali che potrebbero essere in contrasto con le tradizioni locali[29].

Dall'altro, questi stessi diritti umani sono difesi con forza da parte di segmenti della società civile, sia in Europa sia in alcuni Stati ACP, che li vedono come strumenti indispensabili per combattere le discriminazioni – ad esempio, nei confronti della comunità LGBTQ+ – e per opporsi alla pena di morte.

[29] Cfr. per un'analisi più globale della condizionalità nella politica commerciale dell'Unione Europea, P. MEUNIER, *Conditionnalité démocratique et politique commerciale de l'Union européenne* in E. CARPANO et G. MARTI (dir.), *Démocratie et marché dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2021, p. 321.

ISSN 2036-7821

Queste visioni contrastanti, che evidenziano il conflitto tra esigenze di modernizzazione e il rispetto delle identità culturali, rappresentano uno dei motivi principali che hanno rallentato il processo di ratifica del nuovo Accordo[30].

Alla luce dell'importanza riconosciuta ai diritti umani dal diritto primario dell'Unione – come l'articolo 3 paragrafo 5 TUE, l'articolo 21 paragrafi 1–2 TUE[31] e gli articoli 208 e 212 TFUE sanciscono in modo inequivocabile – tali valori costituiscono il fondamento normativo e valoriale dell'azione esterna europea[32].

In tale prospettiva, l'Accordo UE-ACP non fa che tradurre operativamente questo assetto valoriale, ponendo al centro della cooperazione la tutela delle libertà fondamentali, la promozione della democrazia e dello stato di diritto.

Tuttavia, l'effettiva realizzazione di tali obiettivi non può ignorare le peculiari eredità culturali, storiche e giuridiche dei Paesi ACP: da un lato, la fermezza dell'UE sull'universalità dei diritti garantisce un livello minimo di protezione valevole per tutte le parti contraenti; dall'altro, il rispetto delle specificità locali risulta imprescindibile per evitare forme di imposizione normativa che rischierebbero di minare la legittimità e l'efficacia degli interventi.

Ne deriva, quindi, un imperativo strategico: affinché l'Accordo produca risultati concreti e duraturi, è necessario un costante bilanciamento tra universalismo valoriale e riconoscimento delle diversità, attraverso meccanismi di dialogo e adattamento che rendano la cooperazione realmente inclusiva ed efficace.

Questo compromesso epistemologico e normativo, che concilia un approccio universalistico con il riconoscimento delle specificità regionali, incide in maniera sostanziale sul ruolo e sulla collocazione dei diritti umani all'interno delle relazioni bilaterali.

L'Accordo di conseguenza apre la strada a una ridefinizione del concetto stesso di tutela dei diritti umani, che non si limita a un'astrazione teorica, ma si concretizza in pratiche politiche e giuridiche contestualizzate.

Il compromesso delineato nell'Accordo di Samoa dunque, sebbene comporti complessità interpretative e operative, rappresenta un'occasione unica per

[30] L'Accordo di Cotonou doveva applicarsi fino al 30 giugno 2022. Il ritardo nella ratifica del nuovo Accordo ha portato alla proroga delle misure transitorie fino al 30 giugno 2023. Vedere la decisione n. 1/2022 del Comitato degli ambasciatori ACP-UE del 21 giugno 2022 che modifica la decisione n. 3/2019 del Comitato degli ambasciatori ACP-UE (che stabilisce misure transitorie a norma dell'articolo 95(4) dell'Accordo di partenariato ACP-UE (2022/1102), GUUE, L 176/88, 1° luglio 2022.

[31] L'articolo 21 rientra nel Titolo V intitolato disposizioni generali sull'azione esterna dell'unione e disposizioni specifiche sulla politica estera e di sicurezza comune e precisamente nel Capo 1 intitolato disposizioni generali sull'azione esterna dell'Unione.

[32] Si v. L. M. IBRIGA, *L'Union européenne et le respect des droits de l'homme par les pays tiers*, in *Revue de l'Union européenne*, 2005, n. 484, p. 46; C. MAUBERNARD, *Prendre la promotion externe des droits de l'homme par l'Union européenne au sérieux* in R. TINIERE et C. VIAL (dir.), *La protection des droit fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2015, p. 295.

ISSN 2036-7821

sperimentare un modello di cooperazione internazionale capace di coniugare valori universali e rispetto delle diversità locali.
Adottando pertanto un approccio fondato su dialogo interculturale e multidisciplinarietà, l'Unione e i Paesi ACP possono rafforzare la legittimità delle loro iniziative sui diritti umani, assicurandone al contempo la sostenibilità nel medio-lungo termine. In tal modo si pongono le basi per partenariati più equilibrati e reciprocamente arricchenti, nei quali la tutela delle libertà fondamentali si intreccia con la valorizzazione delle specificità culturali e giuridiche, garantendo risultati concreti e duraturi.
L'evoluzione concettuale sottesa al nuovo assetto, tutt'altro che inedita, era già stata sollevata da diversi autori che, anni addietro, avevano messo in guardia contro il doppio pericolo di un'"inflazione" dei diritti umani – ossia l'ampliamento indiscriminato del loro catalogo – e di una deresponsabilizzazione attraverso la loro personalizzazione estrema, fenomeni entrambi suscettibili di minare coerenza ed efficacia dell'insieme normativo[33].
In tale prospettiva critica, l'Accordo di Samoa risponde proponendo un modello a doppio livello: da un lato, una base comune fissa i principi fondamentali e il quadro minimo dei diritti umani condivisi da tutte le parti; dall'altro, protocolli regionali consentono di declinare tali principi tenendo conto delle specificità culturali, storiche e giuridiche proprie di ciascun contesto[34]. Questo schema bidimensionale, lungi dal frammentare l'universalità dei diritti, ne garantisce anzi la salvaguardia formale, pur offrendo margini di adattamento che ne accrescono la legittimità e l'effettiva applicabilità nei diversi territori.

5. Il confronto tra valori teorici e realtà pratica.

Nella sua attuale configurazione, tuttavia il nuovo sistema di partenariato apre la strada a una riflessione alquanto articolata sulla questione dei diritti umani, mettendone in luce una duplice dimensione. Da un lato, si conferma l'impegno dell'UE a promuovere e tutelare i diritti fondamentali come principio cardine della propria azione esterna; dall'altro, emergono come dinanzi detto, le complessità derivanti dal confronto con le specificità culturali, storiche e istituzionali dei Paesi

[33] Gli autori che hanno discusso e messo in guardia contro il rischio di un'inflazione eccessiva dei diritti umani e della loro eccessiva personalizzazione sono principalmente studiosi e teorici delle scienze politiche, della filosofia e del diritto internazionale. Tra questi si v. S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History,* Cambridge, 2010; P.UVIN, *Human Rights and Development: An Introduction,* Boulder, 2003; M. GOODHART, *Human Rights: Politics and Practice,* Oxford, 2013; W. A. SCHABAS, *The International Human Rights Regime,* **Londra,**2001. Questi autori e le loro opere offrono spunti importanti sulla problematica dell'inflazione dei diritti umani e sulla necessità di mantenere un equilibrio tra universalità e contestualizzazione, senza perdere la loro efficacia. La critica riguarda principalmente come l'espansione dei diritti possa portare a un indebolimento del loro impatto reale nelle società globali.

[34] Cfr. J. RIVERO, *Les liberte publiques, 1, Les droits de l'homme,* Paris, 1978, p. 129-131.

ISSN 2036-7821

ACP. Questo duplice aspetto solleva interrogativi importanti sull'effettiva universalità dei diritti umani e sulle modalità con cui essi possano essere implementati in contesti profondamente eterogenei.

Da un lato vi è dunque un aspetto semplicemente teorico in cui i diritti umani sono riconosciuti come principi fondamentali condivisi, ossia come un valore comune accettato da tutte le parti coinvolte. Questo significa che, a livello teorico e ideologico, c'è un impegno generale e un consenso sul fatto che i diritti umani debbano essere tutelati.

Dall'altro vi è un aspetto pratico, in cui l'applicazione dei diritti umani non avviene in maniera assoluta o uniforme. Essi in realtà sono soggetti a mediazioni, ovvero a compromessi e adattamenti, che possono variare in base a contesti, specificità locali o esigenze particolari. Ciò in sostanza limita notevolmente la loro applicazione universale, rendendola parzialmente contestuale.

L'istituzione di un Accordo di cooperazione e coordinamento tra l'Unione Europea, e gli Stati ACP, conferisce sicuramente un nuovo impulso all'importanza dei diritti umani nelle relazioni internazionali. Tale conferma dell'impegno verso i diritti umani, evidenzia in realtà il ruolo fondamentale che essi rivestono nell'ambito dell'integrazione regionale, estesa a diversi continenti.

Tuttavia, è fondamentale osservare come in questo Accordo i diritti umani si configurino come una dimensione trasversale che permea numerose sfere dell'azione politica e della vita sociale. Dall'economia alla cultura, dalla *governance* alla sicurezza, essi sono richiamati come principi guida delle politiche di integrazione e cooperazione regionale. Eppure, tale trasversalità, se da un lato ne enfatizza la centralità, dall'altro rischia di diluirne l'efficacia normativa, trasformandoli in riferimenti retorici più che in strumenti vincolanti. In questo senso, la loro onnipresenza nel discorso istituzionale può paradossalmente indebolirne l'effettività, soprattutto in assenza di meccanismi concreti di monitoraggio e applicazione che ne garantiscano la piena attuazione nei contesti locali.

D'altro canto, è necessario interrogarsi criticamente sulla natura interdipendente dei diritti umani, spesso presentata come un presupposto indiscusso delle politiche di cooperazione. Sebbene sia largamente riconosciuto che i diritti umani non operano in isolamento ma costituiscono un sistema intrinsecamente interconnesso — in cui, ad esempio, il diritto alla libertà di espressione, alla salute e all'educazione si rafforzano reciprocamente — tale visione olistica non sempre trova riscontro nelle pratiche politiche[35].

[35] Per un'analisi critica e multidimensionale sull'interconnessione dei diritti umani nel contesto della cooperazione e dell'integrazione regionale si v. Si veda in particolare J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* Cornell University Press, 2013; P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights*, Oxford University Press, 2013; A. SEN, *Development as Freedom*, Oxford University Press, 1999; T. POGGE, *World Poverty and Human Rights* ***Cosmopolitan Responsibilities and Reforms***, Cambridge, 2002. Per una base giuridica

ISSN 2036-7821

In ambito di integrazione regionale, l'invocazione di un approccio integrato rischia talvolta di rimanere sul piano retorico, poiché la protezione concreta di questi diritti risente spesso di priorità disomogenee, vincoli strutturali e compromessi politico-economici.

La domanda che si pone, allora, è se sia davvero possibile — e in quali condizioni — tradurre l'interconnessione teorica dei diritti in una strategia coerente ed efficace di tutela multilivello, capace di evitare trattamenti frammentari e selettivi.

In quest'ottica il nuovo Accordo evidenzia come i diritti umani siano un elemento centrale non solo perché costituiscono uno degli obiettivi principali, ma anche perché fungono da collante tra i diversi ambiti dell'Accordo. In particolare, essi sono posti in primo piano tra i sei obiettivi dell'Accordo, con un'enfasi sulla promozione e garanzia dei diritti umani, dei principi democratici, dello stato di diritto e del buon governo, ponendo particolare attenzione alla tutela degli uomini e delle donne.

Inoltre, i diritti umani sono inseriti in una serie di temi trasversali, che, secondo l'articolo 7, orientano tutte le azioni di cooperazione comprendendo anche democrazia, parità di genere, pace e sicurezza, tutela ambientale, lotta ai cambiamenti climatici, cultura e gioventù.

In tal modo, il nuovo Accordo sottolinea dunque la dimensione onnicomprensiva dei diritti umani, evidenziando come essi siano alla base degli altri temi e principi condivisi tra le parti[36].

L'Accordo di Samoa mostra in sostanza l'importanza e la portata del diritto internazionale in materia di diritti umani, segnando un netto miglioramento rispetto all'Accordo di Cotonou[37]. Infatti, diversamente dal riferimento generico agli obblighi internazionali presente nell'articolo 9 del precedente Accordo, l'articolo 8 del nuovo testo riafferma in maniera dettagliata l'impegno delle parti a promuovere e garantire diritti umani, libertà fondamentali, principi democratici, stato di diritto e buon governo, in conformità con la Carta delle Nazioni Unite, la Dichiarazione universale

internazionale sull'interdipendenza dei diritti, cfr. la Dichiarazione di Vienna e Programma d'Azione (1993), Parte I, par. 5: "Tutti i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interrelati". Si veda anche la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (2000) e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (ICESCR), Preambolo.

[36] L'articolo 7 intitolato "Tematiche trasversali" recita: 1. Le parti convengono che si tenga sistematicamente conto delle seguenti tematiche trasversali per orientare l'azione in tutti i settori di cooperazione: diritti umani, democrazia, parità di genere, pace e sicurezza, tutela ambientale, lotta contro i cambiamenti climatici, cultura e gioventù. 2. Le parti cooperano per sostenere lo sviluppo delle capacità al fine di affrontare efficacemente le sfide e conseguire gli obiettivi stabiliti nel presente Accordo. Esse intendono incoraggiare il rafforzamento delle istituzioni, promuovere lo scambio di migliori prassi e agevolare il trasferimento e la condivisione delle conoscenze. 3. Le parti rafforzano la resilienza di paesi, comunità e persone, e in particolare quella delle popolazioni vulnerabili, alle sfide legate all'ambiente e ai cambiamenti climatici, agli shock economici, ai conflitti, alle crisi politiche, alle epidemie e alle pandemie.

[37] Si v. F. LOZANORIOS, *La conditionalité dans le cadre du partenariat EU/ACP, mécanisme effectif d'internationalisation des droits de l'homme* in S. DOUMBE-BILLE (dir.), *Nouveaux droit de l'homme et internationalisation du droit*, Bruxelles, 2012, p. 141.

ISSN 2036-7821

dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale umanitario[38].

Si osserva dunque una crescente centralità dei diritti umani nel plasmare le dinamiche politiche, giuridiche, economiche e sociali, finalizzata a promuovere la non discriminazione, l'uguaglianza e la tutela delle minoranze e delle categorie vulnerabili.

Non si tratta più di meri enunciati etici, bensì di principi tradotti in disposizioni normative e politiche operative, capaci di incidere concretamente sulla vita quotidiana. In questa prospettiva, i diritti umani si configurano come strumenti giuridici attivi, la cui efficacia dipende dall'adozione di leggi specifiche e dall'impegno istituzionale nel garantirne il rispetto e la difesa.

Parallelamente, si riscontra una crescente razionalizzazione delle politiche pubbliche, che vengono progressivamente orientate sulle esigenze concrete e sulle esperienze vissute dai cittadini. Tale approccio facilita la traduzione dei diritti in prassi operative, rendendo più lineare e coerente la loro applicazione. Di conseguenza, le politiche pubbliche si strutturano attorno a un sistema organico di diritti, che funge da bussola normativa e da riferimento operativo per l'azione delle istituzioni, rafforzandone la responsività e la legittimità.

L'ampliamento strategico dei diritti umani nell'Accordo mira indubbiamente a potenziarne efficacia e impatto, ma si scontra con due criticità pratiche di non poco conto. Da un lato, in taluni contesti ACP tali diritti vengono avvertiti come strumenti di neocolonizzazione, ossia come veicoli per l'imposizione di modelli occidentali che rischiano di ignorare le istanze autoctone; dall'altro, la stessa attenzione verso le aspirazioni regionali può condurre a una lettura più flessibile—e talvolta eccessivamente permissiva—dell'universalità dei diritti, relativizzandone il contenuto e attenuandone il carattere imprescindibile.

Tali ambivalenze emergono con chiarezza dall'analisi dei protocolli regionali—Africa, Caraibi e Pacifico—che delineano una sorta di gerarchia differenziata delle priorità.

Nel protocollo Africano, i diritti umani, insieme a democrazia e *governance*, occupano solo la quinta posizione, cedendo il passo a obiettivi quali crescita economica, sviluppo sostenibile, gestione ambientale e sicurezza.

---

[38] L'Articolo 8 recita: Le parti ribadiscono la propria determinazione a promuovere, proteggere, e garantire i diritti umani, le libertà fondamentali e i principi democratici, nonché a consolidare lo Stato di diritto e il buon governo, nel rispetto della Carta dell'ONU, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del diritto internazionale, in particolare del diritto internazionale in materia di diritti umani e, se del caso, del diritto internazionale umanitario. Le parti promuovono politiche incentrate sulle persone e basate sui diritti, che includano tutti i diritti umani e garantiscano parità di accesso alle opportunità per tutti i membri della società e che siano orientate verso uno sviluppo sostenibile imperniato sull'essere umano. Le parti riconoscono che il rispetto della democrazia, dei diritti umani, delle libertà fondamentali, dello Stato di diritto e del buon governo è parte integrante dello sviluppo sostenibile.

ISSN 2036-7821

Nei protocolli Caraibico e Pacifico, la collocazione è ancor meno centrale: i diritti umani vi figurano al penultimo posto, mentre, nel Pacifico, le esigenze di sicurezza risultano addirittura antecedenti alle stesse libertà fondamentali.
Questa variabilità non scalfisce il carattere programmatico dei diritti umani nel testo generale dell'Accordo, ma ne evidenzia l'applicazione diseguale: la loro centralità risulta modulata dalle specificità regionali, ponendo in luce la necessità di un approccio flessibile che sappia coniugare universalismo valoriale e rispetto delle priorità locali.
Si tratta di un segnale che solleva interrogativi critici rispetto alla reale applicabilità dei grandi principi fondativi del sistema internazionale dei diritti umani, ovvero l'universalità, l'indivisibilità e l'interdipendenza. Questi principi, sanciti da numerosi strumenti giuridici internazionali, presuppongono che i diritti umani debbano essere riconosciuti e garantiti a ogni individuo, in ogni contesto geografico e politico, senza eccezioni. Tuttavia, nella pratica, tali principi rischiano di essere compromessi o relativizzati quando si adottano approcci differenziati o selettivi, basati su considerazioni culturali, geopolitiche o strategiche. Ciò mette in discussione la pretesa universalistica del paradigma dei diritti umani, evidenziando una tensione tra gli ideali normativi e le dinamiche concrete delle relazioni internazionali[39].
A rendere ancora più evidente questa distanza tra teoria e pratica è la questione della tutela delle persone LGBTQ+. Mentre l'articolo 11 dell'Accordo[40] promuove la costruzione di società inclusive e pluraliste, nella realtà più di trenta Stati africani

[39] Cfr. A. SEN, ***Human Rights and Asian Values***, in *The New Republic,* 1997, 217(2/3), pp. 33-40; J. DONNELLY, ***Universal Human Rights in Theory and Practice***, Cornell University Press, 2013 (3rd ed.); B. BOUTROS-GHALI, ***L'universalité des droits de l'homme: un mythe ou une réalité ?***, in *Revue internationale des sciences sociales*, 1997, n. 152,.

[40] L'Articolo 11 intitolato "Società inclusive e pluralistiche" recita: 1. Le parti si impegnano a garantire pari opportunità a tutti i membri della società in ogni ambito della vita. Esse prevengono, vietano ed eliminano le pratiche discriminatorie e adottano misure efficaci per garantire il pieno ed equo esercizio di tutti i diritti umani.2. Le parti proteggono e promuovono la libertà di espressione, la libertà di opinione, la libertà di riunione e l'indipendenza e il pluralismo dei mezzi di comunicazione quali pilastri della democrazia, rilevando che tali elementi non costituiscono soltanto diritti umani ma anche condizioni indispensabili per la democrazia, lo sviluppo e il dialogo. 3. Le parti promuovono società inclusive e pluralistiche, compresa la democrazia pluripartitica. Esse sostengono il ruolo fondamentale di partiti politici e assemblee nazionali e locali efficaci, trasparenti e responsabili. Esse promuovono inoltre la partecipazione attiva e reale di tutti i portatori di interessi e di tutti cittadini, ivi compresi le donne e i giovani, a processi politici e decisionali reattivi, inclusivi, partecipativi e rappresentativi a tutti i livelli. 4. Le parti preservano e ampliano uno spazio favorevole a una società civile attiva, organizzata e trasparente, riconoscendone il ruolo nella promozione e nella sorveglianza della democrazia, dei diritti umani, delle libertà fondamentali, della giustizia e dell'inclusione sociali, nonché il ruolo di difensore dei titolari di diritti e dello Stato di diritto, rafforzando in tal modo la trasparenza e la rendi contabilità a livello interno. 5. Le parti, riconoscendo che Internet offre una piattaforma per la condivisione di conoscenze e idee, si adoperano per sfruttare appieno il potenziale delle soluzioni digitali al fine di promuovere la parità di accesso del pubblico alle informazioni a tutti i livelli e il processo decisionale partecipativo, nonché di rafforzare la competenza digitale, affrontando nel contempo i rischi di abuso e promuovendo atteggiamenti aperti nei confronti della diversità e il rispetto di quest'ultima.

ISSN 2036-7821

continuano a criminalizzare l'omosessualità, arrivando in alcuni casi a prevedere pene molto gravi, fino alla pena di morte[41]. Questa situazione solleva dubbi anche sull'efficacia dei meccanismi di condizionalità legati ai diritti umani.
Se questi diritti vengono considerati meno prioritari o adattati in base al contesto politico e culturale locale, allora il rischio è che la loro applicazione venga relativizzata e, di fatto, indebolita. In assenza di strumenti concreti ed efficaci per garantirne il rispetto, si rischia che i diritti umani rimangano un principio importante solo sulla carta, ma poco incisivo nella pratica.

6. L'influenza delle aspirazioni regionali sull'efficacia delle clausole di condizionalità nelle relazioni UE-ACP.

Abbiamo sostenuto che l'attenzione accordata alle istanze regionali nel nuovo assetto delle relazioni tra Unione Europea e Paesi ACP ha comportato una lettura più flessibile — e, in alcuni casi, meno vincolante — dei diritti umani. Questa tendenza ha avuto l'effetto collaterale di indebolire l'efficacia delle clausole di condizionalità, che nel precedente Accordo di Cotonou costituivano uno degli strumenti giuridici più incisivi per garantire il rispetto dei valori fondamentali.
A tal proposito notiamo come in Cotonou vi era la presenza di meccanismi chiari di condizionalità legati al rispetto dei diritti umani, dei principi democratici e dello stato di diritto. Questi meccanismi conferivano all'Unione Europea una leva concreta per reagire in presenza di gravi violazioni, attribuendo alla dimensione dei diritti umani un carattere condizionante, piuttosto che meramente dichiarativo.
Il nuovo Accordo, invece pur ribadendo l'impegno a favore dei diritti umani, sembra favorire un approccio più dialogico e meno sanzionatorio, che, pur facilitando la cooperazione e tenendo conto delle diversità regionali, rischia di compromettere la coerenza e l'effettività delle politiche europee di tutela dei diritti fondamentali.
In Cotonou i diritti umani erano considerati dunque "elementi essenziali" del partenariato, significando questo che entrambe le parti erano obbligate non solo a non violare tali principi, ma anche a promuoverli attivamente attraverso le proprie politiche. Il rispetto di tali valori veniva in sostanza monitorato attraverso due procedure: il dialogo politico, che poteva essere continuo o approfondito, e serviva per discutere e prevenire eventuali problemi; le consultazioni bilaterali, attivate in caso di gravi violazioni da parte di uno Stato ACP. Se queste consultazioni non portavano a una soluzione, l'UE poteva adottare delle misure unilaterali, come ad

[41] Cfr., ad esempio, il dialogo tematico congiunto sull' orientamento sessuale, l'identità di genere e le questioni intersessuali tra la Commissione interamericana per i diritti umani, la Commissione africana per i diritti umani e dei popoli, i meccanismi delle Nazioni Unite per i diritti umani, 26-28 marzo 2018, Washington DC, relazione finale e allegati, haps://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/SexualOrientarion/ReporrSecondTrilateralDialogue_InterAmericanAfricanExperts_FR.pdf.

ISSN 2036-7821

esempio la sospensione degli aiuti. In situazioni particolarmente gravi o urgenti, era prevista una procedura accelerata[42].

Nel nuovo Accordo, questi meccanismi sono non solo notevolmente semplificati, ma anche allo stesso tempo resi meno espliciti. I riferimenti diretti ai diritti umani, alla democrazia e allo stato di diritto non compaiono più nei titoli né nel testo delle clausole relative alla risoluzione delle controversie e all'esecuzione degli obblighi.

Questo mutamento segna una trasformazione sostanziale: se da un lato si intende razionalizzare e semplificare le modalità operative del partenariato, dall'altro si registra un indebolimento del riferimento esplicito ai principi fondamentali – quali i diritti umani, la democrazia e lo Stato di diritto – che, nel quadro dell'Accordo di Cotonou, rappresentavano il nucleo giuridico e politico su cui si fondava l'intera relazione tra le parti.

L'articolo 101 del nuovo Accordo rivede la clausola sulla condizionalità, adeguandola al contesto attuale. Il testo riformula sostanzialmente anche le fasi del processo, che ora viene definito come "risoluzione delle controversie e rispetto degli obblighi"[43].

In base alle nuove disposizioni, le controversie interpretative relative all'Accordo devono essere affrontate prioritariamente attraverso un processo di consultazione tra le parti all'interno del Consiglio dei ministri UE-ACP. Tuttavia, l'Accordo prevede anche una maggiore flessibilità procedurale, consentendo – previo consenso delle parti interessate – la creazione di un sottocomitato speciale o di un altro meccanismo *ad hoc*, subordinato comunque all'autorità del Consiglio dei ministri. Tale previsione

[42] La procedura accelerata prevista nell'Accordo di Cotonou si attivava in situazioni di particolare urgenza, come ad esempio in caso di colpi di stato o cambiamenti di governo che avvenissero al di fuori delle norme costituzionali. Questa procedura consentiva alle parti di agire rapidamente rispetto alle violazioni dei diritti umani, dei principi democratici o dello stato di diritto.

In sintesi, la procedura accelerata prevedeva i seguenti passaggi: Identificazione della Urgenza: In caso di eventi gravi che minacciassero la stabilità politica o i diritti umani in uno Stato ACP, l'UE poteva determinare la necessità di attivare la procedura accelerata. Consultazioni Immediate: Le consultazioni dovevano essere avviate immediatamente per discutere la situazione critica e cercare una risoluzione. Questo passaggio era essenziale per provare a riportare la situazione a una normalità. Misure Unilaterali: Se queste consultazioni non portavano a una soluzione soddisfacente o se la situazione non migliorava, l'UE aveva la facoltà di adottare misure unilaterali, come la sospensione dell'assistenza o degli aiuti, per rispondere a tali violazioni. Rapidità di Attuazione: A differenza delle procedure normali, la procedura accelerata richiedeva di agire in tempi molto brevi, rispondendo in modo diretto e tempestivo per accordarsi sulle misure necessarie. Questa procedura era concepita per garantire che l'Unione Europea potesse reagire rapidamente a situazioni critiche, proteggendo i diritti fondamentali e i valori democratici, senza passare attraverso le lunghe consultazioni previste in altre circostanze.

[43] L'Articolo 101 dell'Accordo di Samoa riguarda la gestione delle eventuali controversie tra le parti sull'interpretazione o sull'applicazione delle disposizioni dell'Accordo stesso. Le principali disposizioni di questo articolo includono: Meccanismo di risoluzione delle controversie: Le parti si impegnano a risolvere le controversie tramite consultazioni e negoziati diretti, cercando soluzioni amicabili. Procedure specifiche: Se le consultazioni non portano a una risoluzione, possono essere previste procedure formali di risoluzione delle controversie, che possono includere l'arbitrato o altre forme concordate di risoluzione. Applicazione delle disposizioni: Viene sostenuto che l'Accordo deve essere interpretato in conformità con il diritto internazionale e le norme applicabili. Questo articolo sottolinea l'importanza della cooperazione tra le parti e l'impegno a mantenere relazioni positive attraverso una risoluzione efficace delle controversie.

ISSN 2036-7821

riflette un tentativo di conciliare l'esigenza di efficacia decisionale con quella di adattabilità istituzionale.

Un aspetto importante è che le procedure non coinvolgono tutto il gruppo ACP, ma sono gestite su base bilaterale: da una parte l'Unione Europea, e dall'altra il singolo Stato membro ACP interessato dalla controversia.

Pur se il nuovo Accordo dunque privilegia il dialogo e la mediazione, esso conserva comunque – seppur in forma più sottile rispetto al passato – strumenti di pressione volti a garantire l'osservanza degli obblighi assunti. In particolare, gli articoli 9 e 18 introducono procedure strutturate per il monitoraggio dei diritti umani e per il contrasto alla proliferazione delle armi di distruzione di massa[44]. Questo inquadramento normativo può apparire come un passo avanti, sottolineando una rinnovata attenzione a questioni di rilevanza strategica; tuttavia, occorre chiedersi se l'adozione di tali misure formali sia sufficiente a garantirne l'effettiva applicazione.

Nel quadro del nuovo Accordo, la tutela dei diritti umani compare esclusivamente in forma implicita, velata dall'espressione "elementi essenziali", anziché trovare una definizione esplicita nelle clausole dedicate al monitoraggio e alle misure

[44] L'Articolo 9 intitolato "Diritti umani, democrazia e Stato di diritto" recita: 1. Le parti, riconoscendo che i diritti umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi, promuovono, proteggono e garantiscono tutti i diritti umani, siano essi civili, politici, economici, sociali o culturali. Esse proteggono tutte le libertà fondamentali, quali la libertà di opinione e di espressione, la libertà di riunione e di associazione, la libertà di pensiero, di religione e di credo, e ne garantiscono il pieno e paritario esercizio. 2. Le parti si impegnano a promuovere il rispetto e l'osservanza universali dei diritti umani e delle libertà fondamentali per tutti, senza discriminazioni fondate su qualsivoglia motivo, compresi il sesso, l'origine etnica o sociale, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di altra natura, la disabilità, l'età o qualsiasi altra condizione. Esse si impegnano a combattere tutte le forme di razzismo, discriminazione razziale, xenofobia e intolleranza a essi associata, nonché tutte le forme di violenza e discriminazione, compreso l'incitamento all'odio. Esse si impegnano a riconoscere e a promuovere i diritti delle popolazioni indigene, come stabilito nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni (UNDRIP). 3. Le parti avviano un dialogo di partenariato a livello bilaterale sulla pena di morte. Qualora la pena di morte sia prevista dalla legislazione nazionale e continui a essere applicata, le parti rispettano il principio del giusto processo e le norme minime concordate a livello internazionale. L'articolo 18 invece intitolato "Non proliferazione delle armi di distruzione di massa", recita: 1. Le parti riconoscono che la proliferazione delle armi di distruzione di massa (ADM) e dei relativi vettori, a livello di soggetti statali e non statali, costituisce una delle più gravi minacce per la stabilità e la sicurezza internazionali. Esse convengono pertanto di cooperare e di contribuire alla lotta contro la proliferazione delle ADM e dei relativi vettori, garantendo il pieno rispetto e l'attuazione a livello interno degli obblighi assunti nell'ambito dei trattati e degli accordi internazionali sul disarmo e sulla non proliferazione, nonché degli altri loro obblighi internazionali in materia. Le parti convengono che questa disposizione costituisce un elemento fondamentale del presente Accordo. 2. Esse convengono inoltre di cooperare alla lotta contro la proliferazione delle ADM e dei relativi vettori, innanzitutto adottando le misure necessarie per firmare o ratificare tutti gli strumenti internazionali pertinenti o per aderirvi, a seconda dei casi, nonché per attuarli e rispettarli pienamente, in secondo luogo creando e mantenendo un sistema efficace di controlli delle esportazioni, riguardante tanto l'esportazione quanto il transito dei beni legati alle ADM, che verifichi anche l'impiego finale delle tecnologie a duplice uso in relazione alle ADM e preveda sanzioni efficaci in caso di violazione dei controlli all'esportazione e, infine, collaborando nei consessi multilaterali e nell'ambito dei regimi di controllo delle esportazioni. 3. Le parti convengono di instaurare un dialogo periodico di partenariato che integri e consolidi la loro cooperazione nella lotta contro la proliferazione delle ADM e dei relativi vettori.

ISSN 2036-7821

sanzionatorie. Questa scelta lessicale indebolisce la chiarezza e l'enfasi giuridica che meritano, rischiando di relegare la tutela delle libertà fondamentali a un puro richiamo formale. Inoltre, l'equiparazione dei diritti umani alla non proliferazione delle armi di distruzione di massa – sebbene entrambi temi di grande rilievo – ne riduce la centralità, trasformandoli in una delle numerose questioni disciplinate anziché nel pilastro fondante delle relazioni UE-ACP.

Il nuovo Accordo per di più prevede delle procedure precise per gestire situazioni in cui si violano diritti umani o il principio di non proliferazione delle armi di distruzione di massa. Queste procedure però seguono un processo in fasi, che include tempi e passaggi specifici per risolvere i problemi.

In primo luogo vi è un accurato esame della situazione. In questo senso quando una parte (ad esempio uno degli Stati ACP o l'UE) ritiene che l'altra abbia violato i propri impegni, il primo passo è un'analisi approfondita della situazione. L'obiettivo è cercare una soluzione che soddisfi entrambe le parti entro 60 giorni dalla segnalazione del problema.

Se dopo il primo esame non si trova una soluzione, si passa alla fase delle consultazioni formali, che consiste in una discussione più dettagliata tra le parti[45]. Se necessario, le parti possono decidere di coinvolgere un "Comitato misto speciale" per aiutare a risolvere la situazione. Questo Comitato è composto da rappresentanti sia dell'UE che degli ACP, e ha il compito di dare consigli su come risolvere la violazione e aiutare il Paese che ha causato il problema a tornare in linea con gli obblighi presi a livello internazionale.

Se dopo 90 giorni le consultazioni non portano a una soluzione, la parte che ha sollevato la questione può adottare misure concrete contro l'altra parte, come ad esempio delle sanzioni o altre azioni, per forzare il rispetto degli impegni.

Qualora invece vi siano violazioni gravi (come un abuso evidente dei diritti umani), allora è possibile adottare misure urgenti e immediate senza passare prima attraverso le consultazioni. Questo è previsto per affrontare situazioni molto gravi, come per esempio un colpo di stato o altre violazioni estreme.

All'interno dell'Accordo vi è anche un principio di proporzionalità. Questo principio prevede che qualsiasi azione o sanzione intrapresa deve comunque essere proporzionata alla gravità della violazione. In alcuni casi, particolarmente gravi le misure potrebbero anche comportare la sospensione totale o parziale dell'Accordo.

In sostanza, il nuovo Accordo stabilisce un processo chiaro e graduale per affrontare le violazioni, cercando prima di risolvere le situazioni con il dialogo. Solo se questo non funziona, si ricorre a misure più severe, ma sempre in modo giustificato e

[45] Nel par. 4 dell'art. 101 si recita che : Le parti affrontano le divergenze tra di loro nell'ambito del dialogo di partenariato, al fine di evitare situazioni in cui una parte possa ritenere necessario ricorrere alle consultazioni di cui ai paragrafi 5 e 6.

ISSN 2036-7821

proporzionato.
Infine, anche dopo che sono state adottate delle misure per risolvere una violazione, una delle parti può richiedere che vengano avviate nuove consultazioni per rivedere e, se possibile, revocare tali misure. Questo processo di revisione offre una possibilità di dialogo e di soluzione, nel caso in cui la situazione cambi o le condizioni migliorino[46].
Nonostante dunque l'introduzione di nuovi meccanismi di controllo e sanzione, l'attuazione delle disposizioni a tutela dei diritti umani nell'Accordo di Samoa si scontra con numerose criticità pratiche.
In primo luogo, la complessità delle norme e l'assenza di sanzioni realmente cogenti riducono l'efficacia dei protocolli di verifica: la loro utilità dipende infatti dalla volontà politica delle parti e dalle capacità operative degli organi preposti, che talvolta mancano di procedure rapide e trasparenti.
In secondo luogo, l'effettiva implementazione richiede una profonda ristrutturazione delle istituzioni nazionali e dei meccanismi di *governance;* tale esigenza incontra spesso resistenze politiche, culturali e legate alla scarsità di risorse finanziarie e umane. Ne deriva che, in diversi contesti ACP, le istituzioni giudiziarie e per i diritti umani non dispongono di fondi né di competenze adeguate per l'esecuzione dei programmi previsti.
Un ulteriore ostacolo è rappresentato dalle complicazioni normative: l'armonizzazione tra le legislazioni interne e gli obblighi internazionali in materia di diritti umani genera frequenti conflitti giuridici, rallentando o compromettendo l'applicazione delle misure.
Inoltre, l'assenza di meccanismi di monitoraggio e valutazione sistematici impedisce l'identificazione tempestiva delle violazioni e preclude un'efficace misurazione dei risultati raggiunti.
Infine, il limitato dialogo e la scarsa consultazione continua fra Unione Europea e Stati ACP riducono il potenziale di adattamento e revisione delle politiche: senza un confronto costante, gli interventi rischiano di non rispondere alle esigenze reali delle popolazioni vulnerabili.
Queste criticità strutturali – dalla mancanza di volontà politica e risorse, alle difficoltà normative e procedurali, fino alla carenza di dialogo – dimostrano che la mera esistenza di strumenti formali non garantisce di per sé la protezione effettiva

[46] Questa disposizione relativa alla richiesta di nuove consultazioni per rivedere e, se possibile, revocare le misure adottate per risolvere una violazione si trova nell'articolo 99 dell'Accordo di Samoa. In questo articolo, si stabilisce un meccanismo per consentire alle parti di riesaminare le misure adottate in precedenza, offrendo l'opportunità di un dialogo continuo e la possibilità di adattare le azioni in base ai cambiamenti delle condizioni. Questo processo è essenziale per garantire che le misure adottate siano appropriate e proporzionate nel contesto delle circostanze attuali e che le parti possano continuare a lavorare insieme verso una soluzione positiva.

ISSN 2036-7821

dei diritti umani. Solo un impegno coerente e uno sforzo concertato per superare tali fragilità potranno conferire reale sostanza alle buone intenzioni dichiarate.

7. Conclusioni.

Questa analisi evidenzia in sostanza una tensione strutturale e normativa all'interno del nuovo Accordo.

Da un lato, il documento proclama un impegno formale e universale verso i diritti umani, sostenendo principi che dovrebbero garantire una protezione estesa e inalienabile per ogni individuo. D'altro, alcune sezioni dell'Accordo impongono restrizioni a questi diritti, giustificate da necessità operative come la sicurezza nazionale, la lotta al terrorismo e il controllo dell'immigrazione irregolare.

Questa contraddizione può essere analizzata attraverso il concetto di incoerenza normativa: si osserva infatti una disconnessione tra l'enunciato ideologico e le misure restrittive applicate in contesti specifici. Tale disallineamento solleva questioni critiche riguardo alla gerarchia dei valori e alla capacità di integrare principi universali con interessi politici e di sicurezza più circoscritti.

Inoltre, la differente interpretazione dei diritti umani nei protocolli regionali introduce una dimensione di relativismo giuridico, dove l'applicazione dei principi fondamentali varia in base a specificità territoriali e contesti socio-politici. Questa frammentazione interpretativa contribuisce a rafforzare il contrasto tra l'impegno dichiarato a favore dei diritti umani e le pratiche limitative effettivamente adottate.

L'esperienza maturata nel corso degli anni ha pertanto reso evidente che l'efficacia di uno strumento giuridico non risiede unicamente nella sua architettura normativa, ma nella volontà politica di applicarlo con coerenza, trasparenza e rispetto reciproco.

In questo senso, il passaggio all'Accordo di Samoa rappresenta un'evoluzione più che una rivoluzione: introduce importanti correttivi, soprattutto in ambito procedurale, cercando di rendere il dialogo politico più strutturato, il processo decisionale più trasparente e l'attivazione delle misure più prevedibile e condivisa.

Resta però aperta la sfida principale: trasformare la condizionalità da strumento reattivo a leva proattiva di cooperazione, superando la logica sanzionatoria e promuovendo forme di partenariato che integrino i diritti umani come orizzonte comune e trasversale. Solo in tal modo, l'Unione potrà rafforzare la propria legittimità come attore globale normativo ("*normative power Europe*"), evitando che l'enfasi retorica sui valori si svuoti di significato dinanzi a una prassi incoerente o opportunistica.

In altre parole, il nucleo della riflessione critica verte su un dualismo inevitabile: da un lato si rivendica l'universalità incondizionata dei diritti umani, intesi come standard minimi e inderogabili; dall'altro, nelle realtà ACP emergono vincoli politici, economici e culturali che sollecitano un approccio più pragmatico, capace di adattare

ISSN 2036-7821

quei medesimi diritti alle priorità locali e agli equilibri di potere esistenti. L'esito di tale confronto determina se la condizionalità assuma una forma rigida — rischiando di risultare inefficace o percepita come ingerenza — oppure si traduca in un meccanismo flessibile, fondato sul dialogo politico e sulla cooperazione, capace di coniugare rispetto della sovranità e tutela delle libertà fondamentali. In definitiva, il futuro del rapporto UE-ACP dipenderà dalla capacità di trovare un punto d'incontro tra questi due poli, garantendo al contempo credibilità normativa e pragmatismo operativo[47].

Il futuro della condizionalità nei rapporti UE-ACP richiede dunque un ripensamento strategico delle modalità con cui i diritti umani vengono tutelati e promossi. In primo luogo, è indispensabile riaffermare la natura intrinsecamente inviolabile dei diritti umani, evitando di considerarli meri "strumenti" al servizio di obiettivi politici o economici. Solo ponendo la protezione delle libertà fondamentali al vertice delle priorità normative si previene il rischio di giustificazioni strumentali che, nel medio termine, erodono la dignità individuale e collettiva.

In secondo luogo, va superata l'antitesi tra sicurezza e diritti umani: una protezione robusta delle libertà individuali non solo non confligge con la stabilità sociale, ma anzi ne costituisce la premessa. Garantire parità di accesso ai diritti e contrastare discriminazioni e marginalizzazione rappresenta un investimento a lungo termine nella coesione e nella resilienza delle società, affrontando alla radice fenomeni quali povertà, conflitti interni e tensioni migratorie.

Parallelamente, è necessario chiarire le gerarchie politiche all'interno degli accordi: le misure di controllo delle frontiere o di prevenzione delle crisi non devono mai compromettere la tutela dei gruppi più vulnerabili, quali rifugiati e migranti. A tal fine, ogni clausola di sicurezza dovrebbe essere accompagnata da garanzie esplicite

[47] Il dibattito accademico riguardante la conciliazione tra l'ideale della tutela universale dei diritti umani e le esigenze pragmatiche e politiche è stato influenzato da diversi autori e correnti di pensiero. Ecco alcuni dei più significativi: A. SEN, *Development as Freedom* Oxford, 1999; M. NUSSBAUM, *Creating Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard, 2011; J. DONNELLY, *The Relative Universality of Human Rights*, Cornell University Press, 2013; M. ZUPI, *L'Africa e la cooperazione allo sviluppo: un destino comune?* in *ParadoXa*, XVIII, 2, 2024; C. GENTILUCCI, *Interessi geopolitici e diritti umani CE* in *iQual. Revista de Género e Igualdad*, 2024; F. LENZERINI, *Riflessioni sul principio di solidarietà nel diritto internazionale dei diritti umani*, Firenze, 2024.

ISSN 2036-7821

che salvaguardino la dignità e i diritti di tutte le persone coinvolte.
Per tradurre queste intenzioni in pratica, l'implementazione di meccanismi di monitoraggio efficaci risulta imperativa. Le Istituzioni europee e ACP devono disporre di risorse adeguate — finanziarie, tecniche e umane — per documentare sistematicamente eventuali violazioni, garantirne la trasparenza e attivare procedure di responsabilità condivisa. Solo così si potrà passare da semplici dichiarazioni di principio a interventi realmente vincolanti.
Infine, il rafforzamento del ruolo della società civile appare cruciale per un controllo democratico e partecipato. Creare spazi di cooperazione tra attori locali, organizzazioni non governative e organismi internazionali favorisce sinergie capaci di rendere più incisive le politiche sui diritti umani, aumentando la legittimità e l'adeguatezza delle misure adottate.
In sintesi, l'efficacia degli accordi internazionali sarà tanto maggiore quanto sapranno coniugare un impegno fermo e incondizionato per i diritti umani con un approccio pragmatico e multilaterale, che riconosca la complementarietà tra sicurezza, sviluppo e tutela delle libertà fondamentali. Solo un'azione integrata, fondata sulla dignità umana, potrà garantire che tali diritti non restino asserzioni formali, ma diventino realtà concrete in ogni contesto.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Energia da fonti rinnovabili e tutela del patrimonio culturale e del paesaggio: il caso dell'agrivoltaico

di Gaetano Armao

(Professore associato di *diritto amministrativo*, abilitato ordinario, presso l'Università di Palermo)

Sommario

1. Premessa. - 2. Il "cantiere" del quadro regolativo delle fonti da energia rinnovabile, la tutela del paesaggio ed il consolidamento nell'ordinamento giuridico interno dell'"*interesse pubblico prevalente*". - 3. La transizione ecologica nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. - 4. L'agrovoltaico ed il fotovoltaico: differenziazione ed affinità. - 5. Agrivoltaico, agrivoltaico avanzato ed agrisolare tra regolazione e sviluppo della giurisprudenza amministrativa. - 6. Aree idonee, non idonee, ordinarie e tutelate per l'installazione di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili. - 7. Energia da fonti rinnovabili ed insularità. - 8.1. Il ruolo delle Regioni: la Regione autonoma della Sardegna. - 8.2. *segue:* La Regione Siciliana. - 9. Considerazioni conclusive.

Abstract

The essay analyses the regulatory context in which the regulation of photovoltaic systems in agricultural areas and, in particular, agrivoltaics has been articulated in the Italian legal system in light of the legislator's guidelines, including those introduced with the d.l. n. 63 of 2024, and administrative jurisprudence. There is, in fact, an immanent dilemma between the development of alternative energy sources and the protection of the landscape and agricultural traditions of the territories. The "Italian way" is now to inhibit the allocation of photovoltaic systems on agricultural land and to develop agrivoltaics by combining with the right balance, energetic transition and environmental and landscape sustainability. This choice takes on even more significant connotations for the Islands subjected to a greater degree of vulnerability, environmental sustainability needs and energy dependence. In this sense, the experiences of the Sicilian Region and the Sardinia Region should be remembered.

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

ISSN 2036-7821

Il paesaggio «altro non è che la rappresentazione materiale e visibile della Patria, coi suoi caratteri fisici particolari (...), con gli aspetti molteplici e vari del suo suolo, quali si sono formati e son pervenuti a noi attraverso la lenta successione dei secoli».
B. CROCE, L'introduzione di Benedetto Croce, Ministro dell'istruzione tra il 1920 e il '21, al DDL 204/1920, poi legge 778/1922, in https://eddyburg.it

Premessa.

Il corretto equilibrio per la crescita sostenibile attraverso la diffusione sul territorio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili ed, al contempo, la tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici non risulta né spontaneo, né agevole di fronte alla crescente propulsione imposta dagli obiettivi di incremento della quota di energia da fonti rinnovabili al 2030 (individuati dal d.m. 21 giugno 2024 e declinati dal *Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima*-PNIEC)[1] ed al moltiplicarsi delle iniziative degli operatori di settore[2].

Soltanto un accurato e sapiente bilanciamento degli interessi nelle politiche di governo del territorio[3], nel quale intervengono concretamente: istituzioni amministrative statali, regionali e locali, soggetti portatori di interessi, società civile, ma anche operatori economici ed imprese può consentire di preservare valori tutelati dall'art. 9 della Costituzione e di realizzare l'imprescindibile transizione ecologica delineata dal "*Green Deal europeo*"[4], che come noto, individuando gli obiettivi generali dell'Unione in materia di mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai

[1] La versione definitiva del PNIEC presentata alla Commissione UE nel giugno 2024 ribadisce che l'Italia dovrà raggiungere una potenza da fonti rinnovabili di 131 GW entro il 2030. Si prevede che quasi ottanta (79,2) di questi proverranno dal solare, 28,1 dall'eolico, 19,4 dall'idroelettrico, 3,2 dalle bioenergie e 1 GW da fonti geotermiche, si veda *https://www.mase.gov.it/sites/default/files/PNIEC_2024_revfin_01072024.pdf* .

[2] Si vedano da ultimo i dati riportati e le analisi svolte nello studio della Banca d'Italia, Il recente sviluppo delle energie rinnovabili in Italia, a cura di M. ALPINO, L. BRUGNARA, M. G. CASSINIS, L. CITINO, F. DAVID, A. FRIGO, G. PAPINI, P. RECCHIA, L. SESSA, in Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), n. 908, 2/2025.

[3] Si vedano in merito le ancora attuali riflessioni di L. CASINI, L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio, Milano, 2005 e, più recentemente, S. AMOROSINO, Sviluppo economico e governo del territorio, in Riv. giur. edilizia, 5/2015, pp. 187 ss, mentre con specifico riguardo alle tematiche oggetto di questo contributo si v. P. CHIRULLI, Energie rinnovabili e tutela degli interessi sensibili, tra Repower EU e Direttiva RED III, in F. CUSANO (a cura di), Scritti in onore di Paolo Urbani, Milano, 2025, pp. 311 e ss.

[4] Sul Green Deal europeo, si veda la comunicazione COM (2019) 640 che postula l'adozione di ampie riforme con l'obiettivo di raggiungere la "neutralità climatica" entro il 2050, definita come "l'equilibrio tra emissioni e assorbimenti di tutti i gas a effetto serra nell'Unione" da conseguire attraverso la "riduzione irreversibile e graduale delle emissioni di gas a effetto serra di origine antropica" e, dall'altro, all'"aumento degli assorbimenti da parte dei pozzi", ovvero foreste, vegetazione, suolo, corpi idrici (art. 1 e 2 del reg. UE 2021/1119, ovvero la normativa europea sul clima), tra gli studiosi italiani si vedano E. BRUTI LIBERATI, Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance, in Dir. pubbl., 2021, 415 ss.; E. CHITI, Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process, in Common Mkt. L. Rev., 2022, 59, 19 ss.; D. BEVILACQUA, E. CHITI, Green deal, Bologna, 2024.

ISSN 2036-7821

medesimi e neutralità in termini di degrado del suolo, fissa l'obiettivo del raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050. Anche se occorrerà valutare l'impatto che su tale traiettoria di lungo periodo svolgeranno gli orientamenti determinati dalla necessità che l'Europa orienti iniziative e risorse finanziarie ingenti per la propria difesa[5].

Norme e giurisprudenza di riferimento in materia di fonti da energia rinnovabile, in particolare nel settore dell'agrivoltaico, si succedono, tuttavia, con scansione temporale sempre più serrata rendendo complesso delineare il compendio regolativo di un settore che, proprio per gli ingenti investimenti involti avrebbe necessità di maggior chiarezza e linearità.

La recente adozione del regolamento (UE) 2024/1991 del Parlamento e del Consiglio europeo del 24 giugno 2024 sul ripristino della natura, che modifica il regolamento (UE) 2022/869[6], e gli incisivi obiettivi posti in termini di recupero di ecosistemi terrestri, costieri e di acqua dolce, forestali, agricoli e urbani, costituisce poi un ulteriore tassello nella complessa strutturazione della morfologia multidimensionale dell'ambiente[7].

Avuto riguardo al ruolo della normazione regionale nel settore delle energie rinnovabili va poi ricordato l'approdo appena offerto dalla Corte costituzionale con la sentenza 11 marzo 2025, n. 28 con la quale, nell'ambito di un più vasto contenzioso tra Regione Sardegna e Stato in materia, il Giudice delle leggi, nel sindacare la misura

[5] Cfr. da ultimo COMMISSIONE EUROPEA, Joint White Paoper for European Defence Readiness 2030, Brussels, 19.3.2025 JOIN(2025) 120 final, *https://defence-industry-space.ec.europa.eu/document/download/30b50d2c-49aa-4250-9ca6-27a0347cf009_en?filename=White%20Paper.pdf*.

[6] Il regolamento, come noto, stabilisce norme destinate a contribuire: a) al recupero a lungo termine e duraturo della biodiversità e della resilienza degli ecosistemi in tutte le zone terrestri e marine degli Stati membri attraverso il ripristino degli ecosistemi degradati; b) al conseguimento degli obiettivi generali dell'Unione in materia di mitigazione dei cambiamenti climatici, adattamento ai medesimi e neutralità in termini di degrado del suolo; c) a una maggiore sicurezza alimentare; d) all'adempimento degli impegni internazionali dell'Unione.

La normativa regolamentare concerne una serie di ecosistemi terrestri, costieri e di acqua dolce, forestali, agricoli e urbani, comprendenti zone umide, formazione erbose, foreste, fiumi e laghi, nonché ecosistemi marini, inclusi praterie marine, banchi di spugne e banchi coralliferi, imponendo agli Stati membri di definire e attuare misure volte a ripristinare congiuntamente, quale obiettivo dell'UE, almeno il 20% delle zone terrestri e marine dell'UE entro il 2030, e tutti gli ecosistemi che necessitano di ripristino entro il 2050.

Nell'attuazione delle misure di ripristino e con specifico riguardo agli habitat ritenuti in cattive condizioni, elencati nel regolamento, gli Stati membri dovranno adottare misure volte a ripristinare almeno il 30% entro il 2030; il 60% entro il 2040 ed il 90% entro il 2050, dando priorità, almeno sino al 2030 gli Stati membri dovranno dare priorità ai siti Natura 2000, elaborando e presentando alla Commissione, entro l'1 settembre 2026, un piano nazionale di ripristino indicante le misure ritenute necessarie per il conseguimento degli obiettivi. La Commissione valuterà il progetto di piano nazionale di ripristino entro sei mesi dalla data di ricevimento, impegnandosi poi a monitorare i progressi compiuti e riferire in proposito. Entro il 31 dicembre 2033 la Commissione dovrà valutare l'applicazione del regolamento e il relativo impatto sui settori agricolo, forestale e della pesca, nonché i suoi effetti socioeconomici più ampi.

[7] Così D. BEVILACQUA, Regolamento sul ripristino della natura, in Riv. giur. Amb.-online, 9/2024, p. 2.

ISSN 2036-7821

di salvaguardia introdotta dall'art. 3 della l.r. Sardegna n. 5 del 2024 che ha inteso garantire uno slittamento temporale certo dell'attuazione delle nuove norme recate dal d.lgs. n. 199 del 2021, in modo da assicurare alla Giunta regionale il tempo necessario per la presentazione (e al Consiglio regionale per l'approvazione) del disegno di legge regionale di individuazione delle aree idonee (poi intervenute con la l.r. 5 dicembre 2024, n. 20[8], come noto anch'essa sottoposta al vaglio di costituzionalità della Corte).

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della richiamata previsione normativa regionale alla luce dei principi di decarbonizzazione e di massima diffusione dell'energia prodotta da fonti rinnovabili sanciti dalla direttiva 2018/2001/UE e dal regolamento n. 2021/1119/UE, il Giudice delle leggi ha inteso confermare gli orientamenti già espressi con la sentenza n. 103 del 2024[9]. In particolare, la Corte ha ritenuto che le scelte normative che stabiliscono in termini generalizzati (anche se temporanei) il divieto di installare impianti alimentati da fonti rinnovabili a tutela del paesaggio si pongono in contrasto con la richiamata normativa statale che, all'art. 20 del d.lgs. n. 199 del 2021, reca principi fondamentali i quali, in quanto tali, si impongono sulle competenze legislative regionali, come su quelle statutarie in materia di produzione dell'energia[10].

In questo senso, va poi segnalato il D.L. n. 63 del 2024 convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 2024, n. 101 (art. 5)[11] che ha introdotto il divieto di installazione di

[8] Legge regionale recante "Misure urgenti per l'individuazione di aree e superfici idonee e non idonee all'installazione e promozione di impianti a fonti di energia rinnovabile (FER) e per la semplificazione dei procedimenti autorizzativi", pubblicata nel Bollettino Ufficiale della Regione autonoma della Regione autonoma della Sardegna (BURAS) 5 dicembre 2024, n. 65.

[9] Si tratta infatti di una "riforma che muta l'approccio rispetto al passato, in quanto prevedendo come inderogabile il raggiungimento di predefiniti livelli di energia da fonti rinnovabili, salvaguarda però al contempo le prerogative regionali in materia paesaggistica, mediante la definizione delle aree idonee con legge regionale".

[10] In particolare è stato statuito che la tutela del paesaggio, incida in modo significativo sulla disciplina relativa agli "impianti di produzione e accumulo di energia elettrica da fonti rinnovabili", la quale afferisce in modo prevalente alla competenza statutaria in materia di «produzione e distribuzione dell'energia elettrica» (art. 4, lett. e, dello Statuto speciale). Siffatto intreccio di competenze (quella primaria di tutela del paesaggio e quella concorrente in materia di energia elettrica), giusta le previsioni dello Statuto autonomistico (artt. 3 e 4) va tuttavia esercito "[i]n armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e col rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali, nonché delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica", oltre che, solo per la seconda, nel più volte ricordato limite "dei principi stabiliti dalle leggi dello Stato".

[11] Recante "Disposizioni urgenti per le imprese agricole, della pesca e dell'acquacoltura, nonché per le imprese di interesse strategico nazionale". L'art. 5 limita la possibilità che i terreni agricoli diventino idonei all'installazione di impianti fotovoltaici. Va subito precisato che non comporta un blocco, ma piuttosto restringe il numero di aree in cui tali impianti possono essere realizzati, introducendo quindi un divieto per le aree diverse da quelle specificamente individuate. Ne consegue che la realizzazione di impianti fotovoltaici a terra, in aree agricole, non solo non è più consentita, ma non consente nemmeno di fare riferimento all'art. 20, comma 7, del d.lgs. n. 199 del 2021 a norma del quale: "le aree non comprese tra le aree idonee non possono essere dichiarate inidonee all'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, nell'ambito della

ISSN 2036-7821

impianti solari fotovoltaici su terreni agricoli, che come si vedrà non si estende ai sistemi "agrivoltaici", in quanto la norma fa espressamente riferimento agli impianti fotovoltaici a terra, nonché il decreto interministeriale 21 giugno 2024 che contiene la disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee in cui è previsto un iter accelerato ed agevolato per la costruzione e l'esercizio degli impianti a fonti rinnovabili e delle infrastrutture connesse e del quale parimenti si dirà oltre[12].

A questo riguardo giova ricordare che alcune disposizioni di tale decreto interministeriale (artt. 1, 3 e 7) sono state fatta oggetto d'impugnazione di fronte alla giustizia amministrativa, in particolare quella che sancisce la possibilità (non all'obbligo) per i legislatori regionali di considerare idonee le aree così definite dall'art. 20, comma 8, d.lgs. n.199 del 2021 di recepimento della direttiva Ue 2018/2001 sulla promozione delle rinnovabili (art. 7, comma 2, lettera c)[13] limitatamente alla quale si è pronunciato il Consiglio di Stato Sez. IV con ord, 14 novembre 2024, n. 4298, con sospensione dell'efficacia della disposizione.

Con riguardo alla disciplina dell'agrovoltaico vanno inoltre menzionate, per una sintetica panoramica, le linee-guida che alcune Regioni hanno approvato a compendio di quelle adottate dal *Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica* (MASE) il 27 giugno 2022[14]. A tale riguardo sembra utile ricordare, tra le principali, quelle della Regione Campania[15] e, più recentemente, quelle della Regione Siciliana[16].

---

pianificazione territoriale o nell'ambito di singoli procedimenti, per la sola mancata inclusione nell'elenco delle aree idonee". L'obiettivo della disposizione è quello di ridurre il consumo di suolo agricolo e prevede l'introduzione, nell'art. 20 del D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 199, di un nuovo comma (1-bis), secondo il quale l'installazione di impianti fotovoltaici con moduli posti a terra, in aree classificate come agricole dagli strumenti urbanistici vigenti, è consentita esclusivamente nelle aree indicate. Non può tuttavia disconoscersi che l'introduzione di una disposizione transitoria di salvaguardia per le procedure già avviate abbia depotenziato la portata della norma. Restano tuttavia salve le valutazioni ambientali che per comprovate esigenze ben possono richiedere la trasformazione del progetto d'impianto.

Sul decreto, si veda il numero monografico della rivista La Consulenza agricola, 6-2024, in https://consulenzaagricola.it/editoria/rivista-pubblicazioni/22253-rivista-n-06-2024

[12] Decreto Ministeriale 21 giugno 2023, adottato dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza Energetica di concerto con il Ministero della cultura e il Ministero dell'agricoltura e avente ad oggetto la "Disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili" (cd. D.M. Aree Idonee)

[13] Mentre questo articolo viene consegnato per la pubblicazione per questa Rivista, dopo la celebrazione dell'udienza del 5 febbraio 2025, si attende ancora il deposito della sentenza del TAR Lazio.

[14] Cfr. *https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/PNRR/linee_guida_impianti_agrivoltaici.pdf*

[15] Sì veda in merito il DRD n. 478 del 26 luglio 2024 della DG 07, di concerto con la DG per lo Sviluppo Economico e le Attività Produttive e l'Ufficio Speciale Valutazioni Ambientali, in BURC, n. 55 del 5 agosto 2024 recante "Linee tecnico-agronomiche per il territorio della Regione Campania di accompagnamento alle Linee Guida in materia di Impianti Agrivoltaici del Ministero dell'Ambiente", consultabile in *https://agricoltura.regione.campania.it/rinnovabili/DRD_478-26-07-24.pdf*

[16] Le Linee tecnico-agronomiche sugli impianti agrivoltaici sono state emanate con decreto dirigenziale dell'Assessorato dell'agricoltura della Regione Siciliana n. 1545 del 13 febbraio 2025 Con successivo decreto dirigenziale n. 2796/2025 I precedente provvedimento è stato revocato per approfondimenti di ordine tecnico.

ISSN 2036-7821

Da ultimo, dopo l'entrata in vigore del c.d. a testo unico, approvato con d.lgs. 25 novembre 2024, n. 190[17], sul quale si svolgeranno alcune considerazioni in prosieguo, occorre volgere l'attenzione al recepimento della direttiva 2023/2413/UE (RED3), che deve intervenire entro il prossimo mese di maggio[18], che dovrebbe completare in frammentario quadro regolatorio sinteticamente richiamato.

Si tratta di un contesto normativo e giurisprudenziale assai variegato ed in continuo mutamento al quale tuttavia debbono riferirsi, per inverare la transizione ecologica, istituzioni territoriali ed imprese realizzando significativi piani d'investimento finanziario destinati a protrarsi nel tempo e che questo lavoro intende ricostruire con l'obiettivo di contribuire a meglio delinearne la morfologia, ma anche le inevitabili contraddizioni.

2. Il "cantiere" del quadro regolativo delle fonti da energia rinnovabile, la tutela del paesaggio ed il consolidamento nell'ordinamento giuridico interno dell'"interesse pubblico prevalente".

La recente evoluzione del quadro normativo della transizione ecologica, nel quadro della ricordata attuazione del "*green deal*", sta subendo una repentina accelerazione, che, almeno per quanto riguarda l'ordinamento interno, evidenzia tuttavia anche la tendenza dell'amministrazione ad immorare nell'attuazione di leggi di settore risalenti nel tempo e già superate, come si vedrà nel prosieguo di queste considerazioni, dal prorompente incedere del diritto unionale in materia.

Questo rende l'ordinamento interno dell'energia, in particolare nel settore delle fonti rinnovabili (FER), frammentario ed in continua e non sempre lineare evoluzione[19], circostanza che lo ricollega, paradigmaticamente, alle cause del progressivo declino della competitività nazionale ed europea opportunamente stigmatizzate nel rapporto sulla competitività unionale presentato alla Commissione UE dal prof. Draghi:

Sicché, con successivo Decreto Assessoriale 2 aprile 2025, n. 34, sono state nuovamente approvate le "Linee d'indirizzo Tecnico-Agronomiche (LTA) per gli impianti agrivoltaici da realizzare nel territorio della Regione Siciliana", consultabili in https://www.regione.sicilia.it/sites/default/files/2025-04/D.A. n. 34_Gab_2025_Decreto agrivoltaico.pdf

[17] Recante "Disciplina dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, in attuazione dell'articolo 26, commi 4 e 5, lettera b) e d), della legge 5 agosto 2022, n. 118".

[18] Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2024 (A.C. 2280), approvato dal Senato ed adesso all'esame della Camera dei Deputati.

[19] Si veda, da ultimo, mentre una Commissione ministeriale è ormai prossima alla definizione dello schema di nuovo codice ambientale, il d.l. 17 ottobre 2024, n.153 convertito con modificazioni dalla l. 13 dicembre 2024, n. 191, recante "Disposizioni urgenti per la tutela ambientale del Paese, la razionalizzazione dei procedimenti di valutazione e autorizzazione ambientale, la promozione dell'economia circolare, l'attuazione di interventi in materia di bonifiche di siti contaminati e dissesto idrogeologico".

ISSN 2036-7821

frammentazione normativa, iper-regolazione, farraginosità delle procedure ("*red tape*")[20].

In particolare giova ricordare, ad esempio, il contesto regolativo dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili, che, dopo una stratificazione normativa ventennale, si avvia ad assumere un nuovo assetto.

In attuazione dell'art. 26, comma 4 e 5, lett. b) e d), della l. 5 agosto 2022, n. 118 (*legge sulla concorrenza per il 2021*), infatti, il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di fonti energetiche rinnovabili, con il precipuo obiettivo di razionalizzazione, riordinare e semplificare il quadro normativo dei regimi in materia, adeguandoli alla disciplina unionale.

Il Consiglio dei ministri, il 7 agosto scorso, come noto, in attuazione della citata legge del n. 118 del 2022, ha approvato in via preliminare lo schema di decreto legislativo che introduce il *Testo unico in materia di regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili*. Alla stregua di quanto stabilito del testo sono individuati i regimi amministrativi per costruzione ed esercizio di FER, di sistemi di accumulo, di opere connesse ed infrastrutture indispensabili alla realizzazione degli impianti. Il T.U., terminato l'iter procedurale (parere della Conferenza Unificata, parere del Consiglio di Stato[21], delle Commissioni parlamentari competenti), è stato definitivamente approvato del Governo ed entrerà in vigore il 30 dicembre 2024.

Obiettivo è la semplificazione e l'accelerazione delle autorizzazioni e la riduzione dei costi di conformità, la burocrazia e gli oneri normativi, in linea con i susseguenti interventi normativi dell'UE nella prospettiva del recepimento della terza direttiva di sistema: la n. 2023/2413/UE (*RED 3*)[22].

---

[20] Come ricordato dal rapporto presentato dalla Commissione europea dal Prof. M. Draghi The future of European competitiveness. Part A - A competitiveness strategy for Europe, Bruxelles 2024, 32 e ss. *https://commission.europa.eu*.

[21] Vanno invero condivise in merito le considerazioni sullo schema di decreto sui regimi autorizzativi espresse dal Parere del Consiglio di Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, 12 settembre 2024, n. 1216, in particolare nella parte in cui lamenta la lacuna rispetto al procedimento previsto dalla disposizione di delega per la mancanza dell'intesa in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni. Difatti, secondo quanto previsto dall'art. 26, comma 7 della legge 5 agosto 2022, n. 118 recante delega al Governo per l'adozione "di uno o più decreti legislativi in materia di fonti energetiche rinnovabili", la suddetta intesa andava acquisita previamente "anche rispetto al parere del Consiglio di Stato". Come posto in evidenza dal supremo organo di consulenza amministrativa, infatti, la mancanza dell'intesa raggiunta in seno alla Conferenza Stato-Regioni determina ripercussioni sull'"assetto costituzionale delle competenze Stato e delle regioni e l'obiettivo di intervenire anche sulla disomogeneità territoriale nei tempi di conseguimento dei titoli necessari alla realizzazione degli impianti".

[22] Ove si prevedono" Zone di accelerazione per le energie rinnovabili", terrestri, marine o delle acque interne, aree che uno Stato membro ha designato come particolarmente adatte per l'installazione di impianti di produzione di energia rinnovabile. Alla stregua di quanto stabilito dalla Direttiva RED 3, sono zone territoriali nelle quali le procedure autorizzative devono assumere un regime più semplificato incentrato sulla rapidità. Infatti, per concludere il procedimento autorizzativo alla costruzione di nuovi impianti di energia rinnovabile situati nelle cosiddette "zone di riferimento per le energie rinnovabili" che ricomprendono siti industriali,

ISSN 2036-7821

In questo senso si muove anche citato rapporto "*The future of European competitiveness*" che con riguardo al settore energetico rinnovabile individua quale priorità, nel breve termine, il recepimento della legislazione vigente in materia di autorizzazioni per le energie rinnovabili concentrandosi sulla digitalizzazione dei procedimenti di autorizzativi nazionali nell'UE e sul supporto all'implementazione della formazione per le autorità nazionali di autorizzazione per le energie rinnovabili, estendendo il silenzio assenso e valutando l'introduzione di procedure ampliative integrate per interi ecosistemi industriali e infrastrutturali.

Nella prospettiva delineata, a medio termine, si auspica, inoltre, un'azione legislativa più incisiva a livello UE per accelerare le autorizzazioni per i progetti infrastrutturali e di flessibilità correlati e le reti necessarie per integrare ulteriori capacità FER nel sistema energetico, rendendo prioritarie le aree di accelerazione delle energie rinnovabili (RAA).

Quello che si apre è uno scenario nuovo, nel quale le esigenze di semplificazione, accelerazione e proporzionalità, dovranno trovare attuazione nel nuovo assetto dei regimi amministrativi per la produzione di energia da fonti rinnovabili che pur deve tenere conto delle peculiarità dell'ordinamento interno, della morfologia del territorio italiano e del suo paesaggio, dell'antica antropizzazione e delle radici culturali, dell'asimmetria di sviluppo tecnologico e regolativo delle diverse tipologie di produzione energetica ecosostenibile.

Tale assetto deve essere poi definito dal recepimento della citata direttiva 2023/2413/UE (*RED 3*) che ha quale termine ultimo quello della primavera 2025[23].

La transizione ecologica e la tutela del paesaggio e dell'ambiente[24] manifestano sovente, in modo sempre più tangibile man mano che si irrobustiscono gli obiettivi di

---

parcheggi, aziende agricole, siti di smaltimento dei rifiuti e aree degradate non adatte all'agricoltura. Al di fuori di tali aree la durata dei procedimenti autorizzativi non può eccedere i 24 mesi.

[23] Giova tuttavia ricordare che l'art. 6 della direttiva RED III stabilisce che, entro l'1 luglio 2024, gli Stati membri si conformino alle disposizioni introdotte nella direttiva 2001/2018 di cui all'art. 15-sexies ("Zone per le infrastrutture di rete e di stoccaggio necessarie per integrare le energie rinnovabili nel sistema elettrico") e agli artt. 16 ("Organizzazione e principi di base della procedura di rilascio delle autorizzazioni"), 16-ter ("Procedura di rilascio delle autorizzazioni al di fuori delle zone di accelerazione per le energie rinnovabili"), 16-quater ("Accelerazione della procedura di rilascio delle autorizzazioni per la revisione della potenza"), 16-quinquies ("Procedura di rilascio delle autorizzazioni per l'installazione di apparecchiature per l'energia solari"), 16-sexies ("Procedura di rilascio delle autorizzazioni per l'installazione di pompe di calore"), 16-septies ("Interesse pubblico prevalente").

[24] Come noto, a norma dall'art. 131, commi 1 e 2, del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m.i.: "1. Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. 2. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali".

Al riguardo, per un'efficace sintesi delle posizioni della dottrina e degli orientamenti della giurisprudenza, si v. P. CARPENTIERI, Relazioni e conflitti tra ambiente e paesaggio, in *https://www.giustizia-amministrativa.it*.

ISSN 2036-7821

massima diffusione delle fonti energetiche rinnovabili sancito dalla normativa europea (c.d. *burden sharing*), elementi di divergenza se non divaricazione.

Come osservato dalla recente giurisprudenza il c.d. "*trilemma*" (energia - ambiente - beni paesaggistico-culturali) deve trovare una sorta di "*bilanciamento dinamico*" ed appropriato ai contesti territoriali[25] attraverso una valutazione equilibrata e pluralistica degli interessi, conforme ai principi di imparzialità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, preminente rispetto alla generale valorizzazione della valenza culturale dell'intero comparto senza una puntuale motivazione in ordine alla specifica relazione dell'impianto all'interno del contesto in cui esso è collocato[26].

Non può infatti riconoscersi assoluta primazia dell'interesse alla tutela dei valori paesaggistici e, per converso, sulla subvalenza degli altri interessi pubblici potenzialmente antagonistici, ivi compreso quello ambientale alla produzione energetica in termini ecosostenibili, essendo la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili un'attività di interesse pubblico che contribuisce, anch'essa, non solo alla salvaguardia degli interessi ambientali, ma, sia pure indirettamente, anche a quella dei valori paesaggistici[27]. Conclusione che deve ritenersi rafforzata avuto riguardo, in particolare, all'intervenuta riforma degli artt. 9 e 41 Cost. che offre ulteriore fondamento alla conclusione alla stregua del quale l'intervento umano può contribuire alla definizione del paesaggio[28].

---

[25] Secondo Cons. Stato, VI, 23 settembre 2022 n. 8167, infatti: "la primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione totalizzante come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza" con nota di F. CUSANO, Il Consiglio di Stato torna sul trilemma energia – ambiente – beni paesaggistico-culturali, in *https://rgaonline.it/giurisprudenza/il-consiglio-di-stato-torna-sul-trilemma-energia-ambiente-beni-paesaggistico-culturali/*, ma già in senso analogo Cons. Stato, sez, IV, sent. n. 2983 del 2021

[26] Cfr. Cons.Stato, IV, 22 gennaio 2024 n. 667, restando tuttavia impregiudicato che le valutazioni in materia di tutela del bene culturale, discendenti dall'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche proprie di settori caratterizzati da ampi margini di opinabilità, sono sindacabili in sede giudiziale esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, eventualmente anche sotto l'aspetto della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche. In sede di giurisdizione di legittimità può essere pertanto censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, poiché diversamente il sindacato giudiziale diverrebbe sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2018, n. 6819).

[27] In tal senso T.A.R. Sicilia, Palermo, V, 26 agosto 2024, n. 2475, in senso analogo v. anche Cons. Stato, IV, 25 settembre 2024, n. 7780 che al riguardo statuisce: "le linee guida non sono vincolanti come tali, e quindi è illegittimo l'atto che deneghi la possibilità di realizzare un impianto di generazione di energia da fonte rinnovabile con una motivazione apodittica, consistente nel semplice richiamo alle linee guida stesse".

[28] Così Cons. Stato, IV, 28 maggio 2024, n. 4766 secondo il quale "Nella necessaria dialettica pluralistica che deve connotare la ponderazione comparativa dei vari interessi, risulta pertanto aver avuto prevalenza univoca ed

ISSN 2036-7821

Una considerazione preliminare, sebbene meritevole di ben più consistenti approfondimenti avuto riguardo all'impatto che determina nell'ordinamento giuridico interno l'ingresso di un principio "tiranno", impone la progressiva preminenza che assume il concetto di "*interesse pubblico prevalente*" di matrice unionale per quanto concerne la pianificazione, la costruzione e l'esercizio di impianti e strutture per la produzione di energia rinnovabile, la cui portata effettiva si dispiegherà con il completamento del quadro giuridico di riferimento e la declinazione che potrà offrirne la giurisprudenza[29].

Si tratta di un principio che trova il proprio fondamento nel Regolamento U.E. n. 2577 del 22 dicembre 2022, che istituisce "*il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili*", prorogato dal Reg. 2024/223. Previsioni queste che delineano il quadro per accelerare la diffusione delle energie rinnovabili ed alla stregua del quale: "*tali progetti possono beneficiare di una valutazione semplificata per una serie di norme ambientali incluse in direttive specifiche dell'Unione*".

Gli impianti alimentati da fonti rinnovabili rispondono, in tal guisa, ad un "*interesse pubblico prevalente*" nell'ambito della ponderazione dei vari interessi pubblici relativi ai singoli casi.

Il richiamato principio dell'interesse pubblico prevalente ha così introdotto un eterolimite all'esercizio della ponderazione discrezionale amministrativa. Ne discende che, in carenza di puntuali previsioni normative ostative alla realizzazione dell'impianto alimentato da fonti rinnovabili (aree non idonee), il progetto FER assume un interesse preminente nel contesto del bilanciamento non solo tra interessi

---

assoluta uno soltanto di essi, la cui tutela non è affatto sovraordinata nel sistema costituzionale agl'interessi antagonisti, primo fra tutti quello della produzione di energia da fonti rinnovabili (la recente riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione depone anzi, sul piano della gerarchia degl'interessi, in senso antitetico). In ogni caso tale impostazione tralascia altresì di considerare che la stessa tutela costituzionale del paesaggio, in quanto improntata all'identità estetico-culturale della forma del territorio, non esclude (ma anzi implica) che l'intervento dell'uomo contribuisca a conformarne la nozione: con ciò escludendo dunque l'incompatibilità a priori di ogni possibile alterazione, posto che l'evoluzione del paesaggio non si arresta al dato naturalistico ma risente inevitabilmente delle opere dell'uomo, ovviamente in quanto compatibili".

[29] Sul punto si vedano M. RENNA, A. BONAITI, Impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili e the quotazione di funzioni amministrative, in M. IMMORDINO, N. GULLO E C. CELONE (a cura di), Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?, Napoli 2024, pp. 739 e ss, spec. p. 740 ove opportunamente si afferma che se non dovrebbero esistere e non potrebbero imporsi 'diritti tiranni', non essendo cioè predicabile una rigida gerarchia tra interessi giuridicamente rilevanti tale per cui l'uno sia in grado di prevalere sull'altro, Il confronto tra opposte esigenze si dovrebbe realizzare nel solco della ponderazione o del bilanciamento, anche in sede di produzione normativa di rango primario tra beni giuridici a contenuto confliggente. Gli stessi AA. sottolineano al riguardo che: "gli interventi normativi degli ultimi anni, contribuendo a ridefinire l'equilibrio dei rapporti tra sostenibilità ambientale, produzione energetica 'verde' e interessi (pubblici) di altra natura, hanno innescato un 'conflitto tra valori' all'esito del quale la promozione delle energie rinnovabili pare aver assunto sembianze 'tiranniche' rispetto ad altre esigenze a carattere generale".

ISSN 2036-7821

pubblici, ma anche tra interessi primari e costituzionalmente riconosciuti come quelli di cui all'art. 9 Cost[30].

Tale quadro di riferimento risulta poi ulteriormente chiarito dalle già ricordate previsioni della citata direttiva del 18 ottobre 2023, n. 2413 (c.d. Red III)[31], alla stregua della quale per garantire lo snellimento dei procedimenti autorizzativi degli impianti FER gli Stati membri devono approvare i progetti entro 12 mesi per quelli nelle "*zone di riferimento per le energie rinnovabili*" ed entro 24 mesi per quelli in aree esterne[32].

A norma dell'art. 3 del T.U. (rubricato "*Interesse pubblico prevalente*") si prevede che gli interventi di cui all'articolo 1, comma 1 dello schema di T.U." *sono considerati di pubblica utilità, indifferibili e urgenti*" (art. 2, comma 2), nonché, "*In sede di ponderazione degli interessi, nei singoli casi e salva prova contraria (…) di interesse pubblico prevalente ai sensi dell'articolo 16-septies della direttiva 2018/2001/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018*" (art. 3, comma 1)[33].

Nel recepire, in termini anticipati, la ricordata disposizione della direttiva[34], si tende quindi a consolidare la "dequotazione" della tutela amministrativa dei beni

[30] TAR Puglia, Bari, Sez. II, sentenza del 28 aprile 2023, n. 684. Su tali profili si veda A. RUGGERI, La tutela dell'ambiente, dal punto di vista della teoria della Costituzione, in Dirittifondamentali.it, 3/2024, 30 settembre 2024.

[31] Direttiva 2023/2413, che modifica la direttiva (UE) 2018/2001, il regolamento (UE) 2018/1999 e la direttiva n. 98/70/CE per quanto riguarda la promozione dell'energia da fonti rinnovabili e che abroga la direttiva (UE) 2015/652 del Consiglio.

[32] A questo riguardo appare opportuno ricordare che elemento ermeneutico ulteriore si rinviene al Considerando 44 della direttiva in argomento e giusta il quale "Ai fini del pertinente diritto ambientale dell'Unione, nelle necessarie valutazioni caso per caso intese ad accertare se un impianto di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tale impianto alla rete, la rete stessa o i mezzi di stoccaggio sono d'interesse pubblico prevalente in un determinato caso, gli Stati membri dovrebbero considerare tali impianti di produzione di energia rinnovabile e la relativa infrastruttura d'interesse pubblico prevalente e d'interesse per la salute e la sicurezza pubblica eccetto se vi sono prove evidenti che tali progetti hanno effetti negativi significativi sull'ambiente che non possono essere mitigati o compensati, o se gli Stati membri decidono di limitare l'applicazione di tale presunzione in circostanze specifiche e debitamente giustificate, quali motivi connessi alla difesa nazionale."

[33] Il Consiglio di Stato nel richiamato parere osserva in merito che: "la relazione illustrativa non chiarisce il motivo per cui il recepimento dell'art. 16-septies non comprende la disposizione di tale articolo secondo la quale gli stessi interventi sono considerati, oltre che "di interesse pubblico prevalente", anche "nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica", cui invece, come sopra accennato, si riferisce la relazione AIR. Dalla mancanza di un termine per l'adozione del decreto di cui al comma 2 deriva la configurazione "a regime" della disposizione di tale comma, diretta a stabilire una facoltà il cui esercizio da parte degli Stati membri è previsto dal secondo periodo dell'art.16-septies "conformemente alle priorità stabilite nei rispettivi piani nazionali integrati per l'energia e il clima presentati a norma degli articoli 3 e 14 del regolamento (UE) 2018/1999".

[34] L'art. 16 septies della direttiva RED III, (anch'esso rubricato "Interesse pubblico prevalente"), stabilisce che: "Entro il 21 febbraio 2024, fino al conseguimento della neutralità climatica, gli Stati membri provvedono affinché, nella procedura di rilascio delle autorizzazioni, la pianificazione, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia rinnovabile, la connessione di tali impianti alla rete, la rete stessa e gli impianti di stoccaggio siano considerati di interesse pubblico prevalente e nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica nella ponderazione degli interessi giuridici nei singoli casi e ai fini dell'articolo 6, paragrafo 4, e dell'articolo 16, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 92/43/CEE, dell'articolo 4, paragrafo 7, della direttiva 2000/60/CE e

ISSN 2036-7821

paesaggistici, naturali, archeologici e agricoli e la conseguente compressione della 'forza' del diverso orientamento espresso dalle amministrazioni preposte a tali funzioni "*quali principali interlocutori dell'interesse pubblico alla produzione energetica da fonti non inquinanti*"[35].

Deve quindi ritenersi, come sottolinea la stessa relazione al T.U. che la previsione attribuisca: "*di regola e salva prova contraria, priorità alla costruzione e all'esercizio degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, fatta salva la possibilità di escludere aree selezionate del territorio e particolari tipologie di progetti dalla predetta priorità*".

La norma prevede, infatti, che giusta decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta dei Ministri interessati, previa intesa sancita in sede di Conferenza unificata, "*sono individuati i casi in cui, per determinate parti del territorio ovvero per determinati tipi di tecnologia o di progetti con specifiche caratteristiche tecniche*" non si applica il principio dell'interesse pubblico prevalente (art. 3, comma 2), avuto riguardo alle priorità stabilite nel *Piano nazionale integrato per l'energia e il clima* (PNIEC) di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018 e fatta salva l'individuazione delle aree ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199.

In merito alla rilevante questione del recepimento dell'ordinamento unionale avuto riguardo al principio dell'"*interesse pubblico prevalente*" giova ricordare talune considerazioni critiche svolte dal Consiglio di Stato nell'apporto consultivo reso in merito, anche con riferimento alla previsione di diretto recepimento della direttiva RED III[36] mediante la ricordata norma dello schema di Testo unico in esame.

---

dell'articolo 9, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2009/147/CE.

In circostanze specifiche e debitamente giustificate, gli Stati membri possono limitare l'applicazione del presente articolo a determinate parti del loro territorio, a determinati tipi di tecnologia o a progetti con determinate caratteristiche tecniche, conformemente alle priorità stabilite nei rispettivi piani nazionali integrati per l'energia e il clima presentati a norma degli articoli 3 e 14 del regolamento (UE) 2018/1999. Gli Stati membri comunicano alla Commissione tali limitazioni, assieme alle relative motivazioni".

[35] Così ancora M. RENNA, A. BONAITI, Impianti energetici alimentati da fonti rinnovabili e the quotazione di funzioni amministrative, cit., pp. 742-743, ma in merito si veda anche S. AMOROSINO, La "dialettica" tra tutela del paesaggio e produzione di energia da fonti rinnovabili, in Riv. giur. edilizia, 2022, 4, pp. 261 ss., nonché già ID., Beni naturali, energie rinnovabili, paesaggio, Napoli, 2012, pp. 11 ss.

[36] Secondo il richiamato parere del Consiglio di Stato n. 1216/2024, tra i molteplici rilievi posti in merito allo schema di testo unico vanno ricordati quelli concernenti la disposizione sull'"interesse pubblico prevalente". Al riguardo il Consiglio sottolinea che: "la relazione illustrativa non chiarisce il motivo per cui il recepimento dell'art. 16-septies non comprende la disposizione di tale articolo secondo la quale gli stessi interventi sono considerati, oltre che "di interesse pubblico prevalente", anche "nell'interesse della salute e della sicurezza pubblica", alla quale invece si riferisce la relazione AIR. L'organo consultivo peraltro sottolinea che: "Dalla mancanza di un termine per l'adozione del decreto di cui al comma 2 deriva la configurazione "a regime" della disposizione di tale comma, diretta a stabilire una facoltà il cui esercizio da parte degli Stati membri è previsto dal secondo periodo dell'art.16-septies "conformemente alle priorità stabilite nei rispettivi piani nazionali integrati per l'energia e il clima presentati a norma degli articoli 3 e 14 del regolamento (UE) 2018/1999".

ISSN 2036-7821

L'avvenuto completo recepimento nell'ordinamento interno del concetto giuridico di "*interesse pubblico prevalente*", invero già operante sulla base delle previsioni regolamentari europee, ma adesso previsto anche dalla riportata norma interna, non è principio sconosciuto all'ordinamento italiano, che contempla ben più diffuse fattispecie di interesse pubblico prevalenti su quelli privati (si pensi al settore delle espropriazioni, a quello urbanistico, allo stesso diritto ambientale per limitarsi ad alcuni esempi)

Nell'ordinamento giuridico, infatti si trova traccia di casi nei quali il legislatore delinea una gerarchia tra interessi pubblici, ritenendo la preminenza di alcuni di essi sugli altri, come nel caso della disciplina della conferenza di servizi nel procedimento amministrativo, delle opere inserite nel PNRR, e per il settore idrico (prevalente interesse pubblico diverso dall'uso idroelettrico, infrastrutture)[37], anche qui volendo circoscrivere la riflessione a taluni esempi che, tuttavia, appaiono di portata più limitata rispetto alle previsioni oggetto di recentissimo recepimento.

Ma è di tutta evidenza che dovranno essere l'interpretazione giurisprudenziale e quella dottrinaria ad offrire i necessari contributi affinché si possano meglio delineare i confini di uno spazio dai tratti, invero, ancora assai incerti e mobili[38].

3. La transizione ecologica nella prospettiva dello sviluppo sostenibile.

Questa riflessione intende soffermarsi sulla sostenibilità paesaggistica ed ambientale della transizione ecologica[39], con particolare riferimento alla necessità di coniugare i due profili nel settore delle energie rinnovabili ed, in particolare, in quello dell'agrivoltaico.

---

[37] Rari, ma analoghi riferimenti si rinvengono in materia di realizzazione di opere pubbliche inserite nel PNRR o nella legislazione regionale in relazione ai diversi usi delle acque per le concessioni di grande derivazione ad uso idroelettrico (v. art. 6, comma 3, della legge regionale Lombardia 8 aprile 2020, n. 5 e regolamento reg. 24 maggio 2022, n. 3).

[38] Cfr. P. CARPENTIERI, Il giudice amministrativo e il cambiamento climatico, in *https://www.giustizia-amministrativa.it*, il quale evidenzia che l'assetto regolatorio attuale non abbia centrato l'obiettivo dell'equilibrio, "ma sia piuttosto squilibrato a favore della visione che io chiamo dell"'ambientalismo industriale", di una transizione ecologica che soggiace al dominio della tecnica ed è abbandonata al libero mercato, a discapito della bellezza dei nostri paesaggi, che sono la nostra cultura e la nostra identità", in senso analogo v. P. PORTALURI, Finto verde, in . IMMORDINO, N. GULLO E C. CELONE (a cura di), Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?, cit., pp. 737-738.

[39] Cfr. L. NICOLA, V. LUBELLO, A. DE LUCA, The european union renewable energy transition, Milano, 2019; T. FAVARO, Regolare la «transizione energetica»: Stato, Mercato, Innovazione, Padova, 2020; M. BOEVE, S. AKERBOOM, Environmental Law for Transitions to Sustainability, London, 2021; L. KRÄMER, C. BADGER, Krämer's Eu Environmental Law, London, 2024; also EU 8th Environment Action Programme. Monitoring report on progress towards the 8th EAP objectives 2023, EEA Report 11/2023, in *https://www.eea.europa.eu/publications/european-union-8th-environment-action-programme/download*.

ISSN 2036-7821

La transizione ecologica, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile[40], infatti, non sempre è compatibile con la sostenibilità ambientale[41] o, addirittura, può entrare in conflitto con essa.

In merito va ricordato il rilievo assunto dal paesaggio, oltre che nell'ordinamento interno[42] anche in quello sovranazionale con la Convenzione europea del paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000 e ratificata dall'Italia con la legge 9 gennaio 2006, n. 14, che attribuisce giuridica autonoma rilevanza al bene "paesaggio", sino a quel momento oggetto di tutela indiretta mediata attraverso il riferimento alla protezione del patrimonio culturale[43]. Com'è noto, il paesaggio viene definito nella Convenzione quale "*parte di territorio così come percepito dalle popolazioni*" e "*fondamento della identità*" delle comunità stesse (artt. 1 e 5). Il paesaggio considerato alla stregua di "*territorio espressivo di identità*" è una formulazione trasfusa poi "*Codice dei beni culturali e paesaggistici*" oove si specifica che il paesaggio è sottoposto a speciale regime di tutela

[40] Sul tema, si veda, dopo il lavoro pionieristico di F. SALVIA, Ambiente e sviluppo sostenibile, in Riv. giur. ambiente, 1998, 235 e ss., ma anche F. FRACCHIA, Il principio dello sviluppo sostenibile, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, 2012, 433 ss. per il quale tale principio costituisce la "chiave di volta" del diritto dell'ambiente, in quanto ne riflette il carattere essenziale e, dunque, la matrice doverosa e il vincolo posto alle generazioni attuali di garantire quelle future, configurandosi come l'unico strumento realistico per garantire gli interessi della specie umana.

[41] Cfr. R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale, Napoli, 2008; M.ALLENA, F. FRACCHIA, Globalization, environment and sustainable development, in global, European and Italian perspectives, in Riv. ita. dir. pubbl. com., 2011, pp. 781 ss.; T. GROPPI, Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro, in DPCE, n. 1, 2016 ; D. PORENA, Il principio della sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale, Torino, 2017; L. AMMANNATI (a cura di), La transizione energetica, Torino, 2018; M. CAFAGNO, Analisi economica del diritto e ambiente. Tra metanarrazioni e pragmatismo, in Dir. econ., 2019, pp. 155 ss.; E. SCOTTI, Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare, in Dir. econ., 2019, 493 ss.; P. PANTALONE (a cura di), Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui, monographic issue of Il diritto dell'economia, 2021; M. FRANCAVIGLIA, Le ricadute costituzionali del principio di sostenibilità a dieci anni dal 31. Trattato di Lisbona. Spunti ricostruttivi alla luce della giurisprudenza europea e costituzionale, in Federalimi, 19/20, 2022; F. DE LEONARDIS, La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni, in Dir. amm., 4, 2021, pp. 779 ss.; A.M. CHIARIELLO, La funzione amministrativa di tutela della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile, Napoli, 2022; M. DELSIGNORE, Lo sviluppo sostenibile e la sua evoluzione: da principio privo di cogenza giuridica a modello da realizzare anche per il tramite del diritto, in Lexambiente, 1, 2023, 2 ss.; G.D. COMPORTI, Energia, ambiente e sviluppo sostenibile, in *www.federalismi.it*, 13, 2023; P. LOMBARDI, Ambiente e generazioni future: la dimensione temporale della solidarietà, in *www.federalismi.it*, 1/2023; D. PORENA, Sustainability in the fundamental charts, with a focus on Italy, in www.ambientediritto.it, 2, 2024, a cui si rimanda per una rassegna della dottrina pubblicistica in materia.

[42] Sin dalla l. 11 giugno 1922, n. 778. In merito all'evoluzione dell'ordinamento italiano in materia si vedano per tutti M.S. GIANNINI, Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. pubbl., 1973, pp. 15 ss. (ma v. già ID., Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale, ivi., 1971, 1125 e ss.); A. PREDIERI, (ad vocem) Paesaggio, in Enc. Dir., XXXI, 1981, pp. 507 ss. e M. IMMORDINO, Vincolo paesaggistico e regime dei beni, Padova, 1992 ed alla dottrina ivi citata.

[43] Sulla Convenzione europea si vedano G. F. CARTEI (a cura di), Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio, Bologna, 2007, e D. M. TRAINA, Il ventennale della convenzione europea sul paesaggio: un primo bilancio del suo stato di attuazione, in *https://www.federalismi.it* n. 30/2020, 4 novembre 2020.

ISSN 2036-7821

in quanto "*rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale*" (d.lgs. 42/2004, art. 131)[44].

Tale disciplina trova applicazione nel rapporto tra l'allocazione di impianti energetici da fonti rinnovabili (in particolare solare fotovoltaico/agrivoltaico ed eolico) e la tutela del paesaggio[45], in particolare quello agricolo. Siffatta preoccupazione è particolarmente sentita in Italia, che si colloca al terzo posto per quanto concerne le fonti da energia rinnovabile tra i mercati europei, preceduta da Germania e Spagna, e all'ottavo posto a livello mondiale[46].

L'accelerazione che questo mercato ha subìto richiede, sotto la spinta del "g*reen deal europeo*" - lanciato dalla Commissione nel dicembre 2019 e sviluppato attraverso una varietà di misure che vanno dal regolamento europeo sul clima al pacchetto "*Fit for 55"* con obiettivi ambiziosi e rilevante progetto regolatorio - di compiere alcune scelte ed un tentativo di bilanciamento come quello che ha visto di recente il legislatore italiano intervenire opportunamente con un divieto di costruzione di impianti solari fotovoltaici alloccati sul sedime delle aree agricole.

In Italia, a seguito del d.lgs. n. 199 del 2021[47], che recepisce la direttiva RED II UE, l'obiettivo era quello di accelerare il percorso di crescita sostenibile del Paese, in armonia con gli obiettivi europei, come previsto dal citato *PNIEC* (Piano Nazionale

[44] A queste previsioni si aggiungono poi, come noto, quelle della «Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005», entrata in vigore il 1° giugno 2011, firmata dall'Italia il 27 febbraio 2013.è stata ratificata con la legge 1 ottobre 2020, n. 133.

[45] Nell'ordinamento giuridico esiste una nozione giuridica autonoma della materia "paesaggio" rispetto alle materie contigue come l'urbanistica (governo del territorio) e l'ambiente, con conseguenti regimi giuridici differenziati, in termini di ripartizione delle competenze tra Stato, Regioni e autonomie locali, ambito di tutela, regime procedurale. Tale regime giuridico di tutela del paesaggio si rinviene nel Codice dei beni culturali e si inquadra nei principi fissati dalla Costituzione italiana all'art. 9, modificato dalla legge cost. n. 1 del 2022 che stabilisce che la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. In generale nella vasta dottrina v.: M. IMMORDINO, Paesaggio (tutela del), in Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 1995, X, pp. 575 ss.; G.F. CARTEI, Il paesaggio, in S. CASSESE, (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale, Milano, 2003, II, pp. 2109 e ss.; P. CARPENTIERI., La nozione giuridica di paesaggio, in Riv. trim. dir. pubbl., II, 2004, pp. 363 ss.; P. STELLA RICHTER, La nozione di patrimonio culturale, in Foro Amm. CdS, 2004, pp. 1280 ss.; P. CHIRULLI, Il governo multilivello del patrimonio culturale, in Dir. Amm, 2019, pp. 697 ss.; L. CASINI, Patrimonio culturale e diritti di fruizione, in Riv. trim. dir. pubbl., 2022, pp. 657 ss.; C. TUBERTINI, A 50 anni dalla Convenzione Unesco del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale mondiale: riflessioni alla luce dell'esperienza italiana, in Aedon, 2022, 147 ss.; F. FRACCHIA, L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio "in negativo", in Dir. econ., 2022, pp. 15 ss.; M. GOLA, Paesaggio e dintorni, in G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), Scritti in onore di Maria Immordino, Napoli, 2022, pp. 1719 ss., and Nuove Aut., 2023, 1, 17 ss.; A BARTOLINI, Green Deal europeo e il c.d. principio DNSH, federalismi.it, 15/2024, pp. 51 ss.

[46] EU Global Market Outlook For Solar Power 2024-2028 *https://www.solarpowereurope.org/insights/outlooks/global-market-outlook-for-solar-power-2024-2028/detail.*

[47] D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 199 di attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018 sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili.

ISSN 2036-7821

Integrato per l'Energia e il Clima) e dal PNRR (*Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*) (PNRR)[48], attuazione italiana della *Next generation EU*[49].

Sicché si pone in termini ancor più pressanti che in passato, una sorta di dilemma: è possibile arrecare pregiudizio al paesaggio[50] e quindi all'ambiente stesso pur di raggiungere la transizione ecologica realizzando estesi impianti solari fotovoltaici ed eolici oppure la tutela del paesaggio assumendo una connotazione prioritaria può richiedere di adottare metodi che possano rendere compatibili interessi altrimenti confliggenti? Si pensi alla realizzazione di enormi impianti fotovoltaici da 4/500 *megawatt* che occupano 6/700 ettari di terreno agricolo come alcuni progetti in Sicilia, Sardegna o Puglia.

Realizzazioni che sono spesso soggette a vorticosi passaggi di proprietà, tra sviluppatori, intermediari, operatori di mercato, fondi di investimento, con l'unico obiettivo di generare plusvalenze finanziarie che nulla hanno a che vedere con la transizione ecologica, in alcuni casi con il rischio di interferenze di criminalità organizzata e corruzione[51].

Certamente le disfunzioni sono meno probabili nel settore dell'agrivoltaico, anche per la presenza, *ab origine*, dell'impresa agricola a cui è affidata l'attività di coltivazione o di allevamento.

---

[48] Il PNRR ha previsto una specifica misura di investimento (M2C2.1) per lo sviluppo dell'agrivoltaico, che prevede: i) la realizzazione di sistemi ibridi di produzione agricola-energia che non compromettano l'uso dei terreni dedicati all'agricoltura, ma contribuiscano alla sostenibilità ambientale ed economica delle aziende coinvolte; ii) il monitoraggio delle realizzazioni e della loro efficacia, con la raccolta di dati sia sugli impianti fotovoltaici che sulla produzione e attività agricola sottostante, al fine di valutare il microclima, il risparmio idrico, il recupero della fertilità del suolo, la resilienza ai cambiamenti climatici e la produttività agricola per diverse tipologie di colture. L'obiettivo dell'investimento è quello di installare completamente una capacità di produzione da impianto agrivoltaico di 1,04 GW, che produrrebbe circa 1.300 GWh all'anno". Circa le misure del piano G. CARTEI, Energie rinnovabili e Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Atti del Convegno (25 giugno 2021), Napoli, 2022; and also G. STRAMBI, Riflessioni sull'uso del terreno agricolo per la realizzazione di impianti alimentati da fonti rinnovabili: il caso dell'agrivoltaico, in Riv. dir. agr., 2021, 3, pp. 395 ss.; S. MASINI, "Transizione ecologica" dell'agricoltura, in Dir. Agroalimentare, 2022, (1), pp. 45 ss.; M. GIOIA, PNRR, agrivoltaico e uso «ibrido» della terra: alcuni recenti spunti giurisprudenziali, in Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'amb., 1, 2023, pp. 1 e ss.

[49] Per un'analisi delle previsioni del programma in correlazione al Green Deal europeo si veda M. CLARICH, Energia, in Enc. dir., I tematici, III, Funzioni amministrative, Milano, 2022, pp. 441 ss.

[50] Appropriatamente N. GULLO, Transizione ecologica e promozione delle energie rinnovabili: verso una dequotazione del paesaggio?, in G. CORSO, F.G. SCOCA, A. RUGGERI, G. VERDE (a cura di), Scritti in onore di Maria Immordino, cit., pp. 1761 ss., prefigura il rischio di dequotazione del paesaggio. Vale la pena ricordare che nel diritto italiano la tutela del paesaggio è accompagnata da sanzioni al riguardo si veda C. VENTIMIGLIA, Tutela del paesaggio e strumenti sanzionatori, in M. IMMORDINO, N. GULLO (a cura di), Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi, Napoli, 2008, pp. 277 ss.

[51] Cfr. N. AMADORE, I sovversivi: In terra di mafia la normalità è rivoluzione, Roma, 2012 e più recentemente L. DI BENEDETTO, Gli eco-affari da miliardi di euro, Panorama, 7 febbraio 2023.

ISSN 2036-7821

Nel solco della giurisprudenza costituzionale e amministrativa italiana, va ricordato che la tutela del paesaggio è, in linea di principio, intangibile da qualsiasi forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o confronto con altri interessi, anche pubblici, che di volta in volta possono entrare in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvisoria, porterebbe illegittimamente e paradossalmente a dare meno tutela, nonostante l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte è o potrebbe essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio[52].

[52] Gli studi giuridici sul tema, prevalentemente dedicati al diritto agrario e tributario, sono ancora limitati, in particolare quelli di diritto pubblico, in generale, tra gli altri, si vedano: R. LOMBARDI, Il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali: il modello costituzionale e quello emergente dalla legislazione relativa alle procedure energetico-ambientali, in www.giustamm.it, n. 5/2005, pp. 3 ss.; A. MASSONE, La (difficile) convivenza tra governo del territorio, tutela dell'ambiente e produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, in Foro amm.-TAR, 2009, 3, pp. 654 Ss.A. MURATORI, Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili: la nuova direttiva «unificata» 2009/28/CE, in Ambiente e sviluppo, 2009, 8, pp. 685 ss.; B. POZZO, Le politiche comunitarie in campo energetico, in Riv. giur. Ambiente, 2009, 6, pp. 841 ss.; N. RANGONE, Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma, in Giur. Cost,. Pp. 2010, 2, 1490 ss.; F. DI DIO, Il "paradosso fotovoltaico" dopo la Consulta: criteri di bilanciamento tra impatto paesaggistico ambientale e sviluppo delle energie rinnovabili. Nota a C. Cost. 26 marzo 2010, n. 119, in Ambiente e sviluppo, 2010, 5, 774 ss.; G. DE STEFANO, Che la localizzazione degli impianti di energia rinnovabili in zone agricole non diventi una cattiva abitudine! in Riv. giur. agraria, 2010, pp. 579 ss.; P. M. VIPIANA, La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedimentali a confronto, in Quad. Reg., 2/2011, pp. 465 ss.; S. MAGLIA, M.A. LABARILE, Energia da fonti rinnovabili: le nuove procedure autorizzatorie alla luce della direttiva 2009/28/CE, ivi, 2011, 2, 134 ss.; R. CARRIERI, Politica europea per l'energia: le priorità di lungo termine, ivi, 7, 669 ss.; C. VIVANI, I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, in Urbanistica e appalti, 2011, 7, pp. 775 ss.; M. SANTINI, Le energie rinnovabili tra qualità dell'ambiente e vincoli territoriali: le linee guida della Conferenza Unificata, in Urb. e app., 3/2011, pp. 283 ss.; A. MARZANATI, Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili, in Riv. giur. ambiente, 2012, 5, pp. 499 ss.; G. COZZOLINO, Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi, in Rivista AIC, 2012, 1, pp. 19 ss.; A. CANEPA, Produzione, tassazione e fornitura di energia: recenti pronunce europee e nazionali (gennaio-giugno 2013), in Riv. it. dir. pubb. com., 2013, 3-4, pp. 879 ss.; M. PINNA, Il Consiglio di Stato consente l'installazione di un impianto fotovoltaico in prossimità di un antico tratturo. Nota a Cons. Stato, sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 59, in Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'amb., 2013, 7-8, 2013, pp. 482-483; U. BARELLI, I limiti alle energie rinnovabili con particolare riferimento alla tutela della biodiversità, in Riv. giur. ambiente, 2014, fasc. 1, pp. 1 ss.; A. M. BASSO, Realizzazione di impianto fotovoltaico tra destinazione agricola dei terreni e vincoli diretti ed indiretti: i vincoli monumentali a tutela dei beni culturali ed ambientali e l'autorizzazione regionale per il diritto di proprietà e la libertà d'iniziativa economica privata, Nota a TAR VE sez. II 18 gennaio 2013, n. 34, ibidem, pp. 493 ss.; S. VILLAMENA, Fonti rinnovabili e zone agricole (Ovvero della destinazione del suolo agricolo per la produzione di energia), in Riv. giur. edilizia, 4, 2015, pp. 157 ss.; G. MANFREDI, I limiti all'insediamento nelle aree agricole degli impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili, in www.giustamm.it, 6/2015; C. MAINARDIS, Competenza concorrente e fonti secondarie nel "governo" delle energie rinnovabili, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 3/2020; G. MARCHIANÒ, Regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile in particolare nei terreni agricoli, in www.ambientediritto.it, 4/2020; E. SARTORE, Agrivoltaico e transizione energetica: una soluzione concreta per uno sviluppo sostenibile?, in Diritto agr., 2022, pp. 261 ss.; V. DI STEFANO, A. COLANTONI Produzione di energia rinnovabile e agro-fotovoltaico: considerazioni alla luce del Piano nazionale ripresa e resilienza e del d.l. semplificazioni bis, in Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'amb., 1, 2022; P. MASTELLONE, La disciplina in materia di fonti di energia rinnovabili e la tendenza

ISSN 2036-7821

La valutazione affidata all'amministrazione preposta alla tutela paesaggistica ed ambientale è istituzionalmente finalizzata ad evitare che si verifichino alterazioni inaccettabili del valore preesistente tutelato. Il principio fondamentale dell'art. 9 della Costituzione italiana, *a fortiori* dopo la modifica apportata dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che inserisce la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi tra i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano[53], offre ulteriori e più pregnanti elementi di ponderazione.

La norma costituzionalizza la tutela del patrimonio culturale della Nazione - e questo richiede, da parte dell'Amministrazione specificamente responsabile, che siano espresse valutazioni tecnico-professionali e non di comparazione di interessi, anche se pubblici e da parte di altre Amministrazioni di particolare rilievo come lo stesso interesse ambientale connesso alla realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonte rinnovabile[54].

A tal proposito, una soluzione che si prospetta è quella dell'agrivoltaico in termini tecnici, ma anche, e questo è l'oggetto della riflessione che segue, in termini giuridici.

4. L'agrovoltaico ed il fotovoltaico: differenziazione ed affinità.

I sistemi agrivoltaici postulano il co-utilizzo del terreno e sono basati sul solare fotovoltaico in cui lo schema spaziale dei moduli, e quindi la distanza tra loro e la

---

"decentralizzante": quale ruolo per lo Stato?, in Ceridap, 1, 2024; L. AIELLO, Paesaggio, agricoltura, energia: il modello dell'agrivoltaico, in Nuove Autonomie, 1-2/2024, pp. 461 e ss.

Per approfondimenti sul tema, si v. F. DE LEONARDIS, Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica, in Dir. amm., 2005, pp. 889 ss; V. MOLASCHI, Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici, in Riv. giur. ed., 2019, pp. 171 ss.

[53] Il nuovo testo dell'art. 9 della Costituzione stabilisce che "1. La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica. 2. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. 3. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato [1] disciplina i modi e le forme di tutela degli animali.". Sulla riforma, si veda per tutti F. DE LEONARDIS, Lo Stato Ecologico. Approccio sistemico, economia, poteri pubblici e mercato, Torino, 2024, XV ss.

[54] Sulle fonti energetiche rinnovabili, nella vasta bibliografia, dopo la riforma costituzionale italiana del 2001 si veda: E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza, Torino, 2007; C. BUZZACCHI (a cura di), Il prisma energia. Integrazione di interessi e competenze, Milano, 2010; P. RANCI (a cura di), Economia dell'energia, Bologna, 2011; F. CORTESE, F. GIUNTELLA, G. POSTAL (a cura di), La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile. Sistemi giuridici comparati, dal livello sovrastatale al locale, Padova, 2013; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI (a cura di), Annuario di diritto dell'energia 2013, Regole e mercato delle energie rinnovabili, Bologna, 2013; E.A. CARNEVALE, P. CARROZZA, G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI, G. MORBIDELLI, R. ORRÙ (a cura di), Verso una Politica Energetica integrata. Le energie rinnovabili nel prisma della comparazione, Napoli, 2014; L. CUOCOLO, Le energie rinnovabili tra Stato e Regioni. Un equilibrio instabile tra mercato, autonomia e ambiente, Milano, 2011; M.T. RIZZO, La materia "energia" e la competenza legislativa Stato-regioni, Napoli, 2013; M. COCCONI, Poteri pubblici e mercato dell'energia. Fonti rinnovabili e sostenibilità ambientale, Milano, 2014; C. BATTIATO, Profili costituzionali delle fonti energetiche rinnovabili, Pisa, 2017; G. DE MAIO (a cura di), Introduzione allo studio del diritto dell'energia, Napoli, 2019.

ISSN 2036-7821

densità rispetto all'unità di terreno considerata, l'altezza dal suolo, determinano una sostanziale ricalibratura in relazione alla maggiore superficie dedicata alla produzione agricola o zootecnica, per coniugare, in modo sinergico, la produzione alimentare ed energetica sullo stesso terreno.

Grazie a questa tecnica, la superficie del suolo rimane permeabile e conseguentemente raggiungibile dal sole e dalla pioggia, quindi pienamente utilizzabile per le normali esigenze di coltivazione agricola o di allevamento[55].

Questi sistemi (e non solo impianti, proprio a sottolineare le interconnessioni tra le due diverse attività, infatti, sono progettati in modo tale da lasciare libera una superficie significativa di terreno per le attività agricole e zootecniche, consentendo l'utilizzo del terreno sia per produrre energia solare fotovoltaica, attraverso l'installazione di pannelli solari, sia per svolgere attività di pastorizia e coltivazione.

Ne consegue che, rispetto ai tradizionali impianti solari fotovoltaici allocati a terra, si apre una possibilità radicalmente diversa: quella di coniugare la produzione di energia rinnovabile e la produttività agricola, recuperando in alcuni casi terreni abbandonati e per crescenti parti del territorio, sopratutto nel Mezzogiono, contrastando la desertificazione ed il dissesto idrogeologico.

Ciò pone in discussione lo schema ottimizzato solo in funzione dell'energia[56] e dei costi, quindi quello del solare fotovoltaico a terra, con effetti opposti sulla qualità del terreno e sulla desertificazione, determinando invece un vantaggio di altre *performances* che derivano dalla produzione agricola o di allevamento.

In altre parole, lo schema spaziale tridimensionale viene interessato variandolo, consentendo così di esprimere contemporaneamente diverse richieste: quelle legate all'energia, ma anche quelle legate allo sviluppo dell'agricoltura[57], a cui si aggiungono la redditività e di una più adeguata tutela del paesaggio.

---

[55] Per la prima definizione del concetto si veda A. GOETZBERGER, A. ZASTROW, On the Coexistence of Solar-Energy Conversion and Plant Cultivation , in Int. Journal of Solar Energy, 1, 1982, pp. 55 ss, more recently see S. SCHINDELE, M. TROMMSDORFF, A. SCHLAAK, T. OBERGFELL, G. BOPP, C. REISE, C. BRAUN, A. WESELEK, A. BAUERLE , P. HOGY, A. GOETZBERGER, E. WEBER, Implementation of agrophotovoltaics: Techno-economic analysis of the price-performance ratio and its policy implications, in Applied Energy, 2020; K. W. PROCTOR, G. S. MURTHY, C. W. HIGGINS, Agrivoltaics align with green new deal goals while supporting investment in the US' rural economy, in Sustainability, 2021, 13, pp. 137 ss.

[56] In generale, per un'analisi del sistema energetico in Italia, si veda ancora M. CLARICH, Energia, in Enc. dir., I tematici, cit., pp. 438 ss.

[57] Nella prospettiva della riforma "Fischler" del 2003. A tal proposito va ricordato, come sottolinea da ultimo G. PISCIOTTA TOSINI, European common agricultural policy and animal welfare, in *www.giureta.it*, 2024, 251 ss. he il Regolamento (CE) n. 1782/2003 del Consiglio, del 29 settembre 2003, che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori e che modifica i regolamenti (CEE) n. 2019/93, (CE) n. 1452/2001, (CE) n. 1453/2001, (CE) n. 1454/2001, (CE) 1868/94, (CE) n. 1251/1999, (CE) n. 1254/1999, (CE) n. 1673/2000, (CEE) n. 2358/71 e (CE) n. 2529/2001 - ha avuto inizio come una "revisione intermedia" dell'Agenda 2000, che serviva a verificare l'effetto

ISSN 2036-7821

Si tratta di un approccio totalmente innovativo che individua i sistemi solari fotovoltaici non solo come strutture tecniche per la produzione di energia, spesso invasive in quanto si sovrappongono alla morfologia del paesaggio, ma sistemi spaziali che possono essere progettati e realizzati proprio in base a obiettivi di qualità legati al paesaggio. Una questione puramente tecnica diventa in tal guisa una sfida transdisciplinare in cui trovano posto la cultura del territorio, le tradizioni culturali e l'allevamento, la pastorizia, l'apicoltura e la produzione agroalimentare[58].

Queste caratteristiche giustificano un regime giuridico e finanziario peculiare e completamente differenziato, in termini di maggiore favore, rispetto alla disciplina ordinaria del solare fotovoltaico che, come ricordato, è preclusa alla luce dell'evoluzione normativa in Italia.

In questo solco interpretativo, il Consiglio di Stato così ha correttamente osservato che: «*la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è infatti un'attività di pubblico interesse che contribuisce anche non solo alla tutela degli interessi ambientali ma, seppur indirettamente, anche a quella dei valori paesaggistici*»[59].

5. Agrivoltaico, agrivoltaico avanzato ed agrisolare tra regolazione e sviluppo della giurisprudenza amministrativa.

delle riforme del 1999, ma in realtà si è evoluta in una riforma più incisiva della stessa Agenda 2000, promuovendo considerevolmente la riorganizzazione degli strumenti e la finalità stessa del sostegno finanziario agli agricoltori europei. I principali obiettivi della riforma del 2003 erano: a) migliorare la competitività dell'agricoltura europea; b) riorientare la produzione verso il mercato; c) promuovere un'agricoltura sostenibile e socialmente accettabile; d) rafforzare lo sviluppo rurale; e) semplificare il sistema di sostegno all'agricoltura; f) rendere la PAC più rispondente agli impegni dell'OMC. Con la riforma è stato introdotto il nuovo concetto di condizionalità ambientale, che mirava - attraverso la concessione di un sostegno economico - a premiare e incentivare il mantenimento da parte degli imprenditori agricoli di pratiche produttive rispettose dell'ambiente: minimizzare gli sprechi e il degrado del suolo e dell'aria, nel rispetto degli ecosistemi, della biodiversità, delle generazioni future e, appunto, del benessere degli animali lungo tutta la filiera agroalimentare.

In merito, per una prospettiva giuspubblicistica, v. G.P. ROSSI, Diritto dell'ambiente e diritto dell'alimentazione, in Riv. quadr. dir. amm., 2015, (1), pp. 3 ss.

[58] Come ricorda puntualmente M. GOLA, Pubblica amministrazione e agricoltura sostenibile quando il diritto produce futuro, in M. IMMORDINO, N. GULLO E C. CELONE (a cura di), Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?, cit., pp. 533 e ss. spec. p. 539: "deve essere interesse primario anche di chi pratica l'agricoltura non consumare il suolo ma salvaguardarlo e tenerlo vivo per la continuazione della propria attività. Questa osservazione dovrebbe in teoria semplificare la relazione tra P.a. e chi opera in agricoltura, partendo da una convergenza di interessi che porta alla collaborazione tra le due parti, pubblica e privata, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale. Si rafforza perciò una nuova prospettiva, in attuazione di quanto san-cito espressamente dal già richiamato art. 9 cost. con riferimento la Re-pubblica e quindi, implicitamente, a tutti i soggetti che la costituiscono secondo l'enumerazione disposta nel successivo art. 114 da combinare con il criterio di attribuzione delle funzioni disposto dal successivo art. 118".

[59] Cons. Stato, Sez. IV 12 aprile 2021, n. 2983, sul quale si v. V. DI STEFANO, Il Consiglio di Stato sull'agrovoltaico, in Salvis Juribus, 2021.

ISSN 2036-7821

La qualificazione di un sistema cosiddetto "*agrivoltaico*" per escludere l'applicazione della normativa tecnica prevista per gli impianti solari fotovoltaici tradizionali di cui al D.Lgs. n. 28 del 2011 è ancora più rilevante oggi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 63 del 2024 e l'art. 5 che ha, come si accennava, vietato la realizzazione di nuovi impianti solari fotovoltaici allocati a terra in aree agricole.

La materia trova una prima regolamentazione nelle linee guida del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (MASE)[60] del 27 Giugno 2022[61] che hanno individuato precisamente le caratteristiche e i requisiti specifici che devono sussistere per la classificazione di queste particolari categorie di impianti, la cui promozione è stata agevolata dal recepimento in Italia della direttiva RED II che si poneva, tra gli obiettivi, l'accelerazione della crescita economica e sostenibile del Paese.

Vale la pena ricordare, infatti, che secondo la giurisprudenza amministrativa l'autorizzazione all'installazione di sistemi di produzione di energia elettrica su terreni agricoli, se connessa alla produzione agricola (agrivoltaico), deve essere concretamente valutata in relazione a una molteplicità di criteri che vanno di volta in volta accertati[62].

Per questo motivo il legislatore ha posto dei limiti alla loro installazione, al fine di meglio bilanciare l'interesse allo sfruttamento di impianti di energia rinnovabile con la tutela dell'ambiente.

Di conseguenza, la struttura dell'impianto deve garantire, da un lato, la continuità delle attività agricole sul terreno in cui viene installato e, dall'altro, una produzione energetica significativa derivante da fonti rinnovabili. In questo senso ed al fine di rafforzare le sinergie del modello, il progetto deve prevedere un sistema di monitoraggio per verificare regolarmente l'effettiva continuità dell'attività agricola, la resa della coltivazione, il mantenimento dell'indirizzo produttivo, nonché la minima capacità di generazione elettrica.

[60] Oggi così rinominato a norma del d.l. 11 novembre 2022, n. 173, successivamente convertito con l. 16 dicembre 2022, n. 204, che a sua volta ha modificato la nomenclatura "Ministero della Transizione Ecologica" (MITE) precedentemente approvata con il d.l. dell'1 marzo 2021, n. 22, poi convertito con l. 22 aprile 2021, n. 55, si veda A. MOLITERNI, Il Ministero della Transizione ecologica: una proiezione organizzativa del principio di integrazione, in Giorn. dir. amm., 4, 2021, pp. 439 ss

[61] Cfr. A. COLANTONI, V. DI STEFANO, Linee guida per l'applicazione dell'Agro-fotovoltaico in Italia, Università degli Studi della Tuscia, 2021.

[62] Da ultimo TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 6 febbraio 2024, n. 430: "Non esiste alcun divieto normativo di localizzazione di impianti fotovoltaici in aree agricole, tuttavia, è richiesta, a tal fine, la conduzione di una particolare istruttoria specificamente finalizzata a valutare se l'installazione dell'impianto in un'area interessata da produzioni agroalimentari di qualità, o in un contesto agricolo di particolare pregio (anche paesaggistico e non solo "agricolo"), possa compromettere, o in qualche modo interferire, con la particolare tutela del patrimonio culturale e del paesaggio rurale."

ISSN 2036-7821

Dal punto di vista tecnico, le linee guida individuano specifici requisiti spaziali; in questo senso, deve essere garantito uno spazio libero tra l'impianto e il terreno, in modo che, sviluppandosi in altezza, gli impatti sul suolo siano minimizzati, così come deve essere assicurata la distanza tra un modulo e l'altro in modo da evitare frequenti zone d'ombra che possano influire negativamente sulla produzione agricola.

Inoltre, l'esigenza di garantire la continuità dell'attività agricola fa sì che almeno il 70% della superficie oggetto di intervento debba essere destinato all'attività agricola in modo che l'installazione di impianti energetici non possa coprire l'intera area interessata dall'intervento di razionalizzazione produttiva.

Le caratteristiche peculiari del sistema agrivoltaico fanno di quest'ultimo una soluzione ottimale alla luce del bilanciamento tra i vari interessi coinvolti, ovvero, da un lato, la produzione di energia con fonti rinnovabili, dall'altro, la tutela dell'attività agricola e del paesaggio in generale. Un bilanciamento che non può essere considerato solo di tipo formale (la compresenza delle due attività), ma che va approfondito, sia a livello tecnico che economico-aziendale, per entrambi i profili che, in questo modo, devono rimanere autonomamente in equilibrio[63].

L'Amministrazione deve ponderare adeguatamente la compatibilità dell'impianto ai fini di una conclusione positiva del procedimento autorizzatorio, godendo di un'ampia discrezionalità, sia dal punto di vista amministrativo che tecnico, la cui scelta deve però essere puntualmente motivata in modo da poter essere sindacata in sede giurisdizionale solo in caso di evidenti vizi logici o carenze valutative.

In particolare, come chiarito dalla recente giurisprudenza del supremo organo di giustizia amministrativa, la valutazione deve essere effettuata, in primo luogo, in base all'esigenza di garantire l'effettiva continuità dei due sistemi, nonché, al contempo, la coerenza dell'attività agricola con lo sviluppo del territorio.

In questo senso, non è sufficiente dimostrare l'esistenza dello svolgimento di una generica attività agricola, ma è necessario dedurre dagli obiettivi del progetto elementi che possano essere ricondotti ad un'effettiva compatibilità dell'impianto con le specifiche caratteristiche di ogni singolo terreno.

Inoltre, la circostanza secondo cui l'installazione di un impianto agrivoltaico è caratterizzata da una maggiore sostenibilità ambientale rispetto ad altri sistemi di produzione di energia da fonti rinnovabili non determina un automatico giudizio

[63] Vale la pena sottolineare che gli impianti agrivoltaici restano impianti di tipo industriale e sono quindi soggetti a VIA (se superano la potenza di 1 MW) ai sensi della L.R. 11/2001 (All. B, lettera B.2.g/5-bis), che definisce l'impatto ambientale: "l'insieme degli effetti, diretti e indiretti, a breve e lungo termine, permanenti e temporanei, singoli e cumulativi, positivi e negativi che i piani e programmi di intervento e i progetti di opere o interventi, pubblici e privati, hanno sull'ambiente inteso come insieme complesso di sistemi umani e naturali"

ISSN 2036-7821

positivo di realizzabilità del progetto, dato che ogni intervento deve essere valutato, concretamente, in relazione all'effettiva sostenibilità ambientale-paesaggistica, esaminando eventuali pregiudizi per l'agricoltura.

È in tale prospettiva che l'Amministrazione potrebbe ben precludere l'installazione dell'impianto laddove risulti incompatibile con la struttura colturale in atto (si pensi, ad esempio, agli espianti di vigneti ed uliveti), o in relazione alla non opportunità dello sfruttamento di ulteriore terreno agricolo, tenuto conto dell'esistenza di diversi impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili, sia in riferimento alle previsioni dei piani regionali che nelle loro Linee-guida mirano espressamente a privilegiare le localizzazioni su tetti, coperture di facciate, aree industriali da bonificare, ecc.

Il progetto deve, quindi, dimostrare concretamente, attraverso specifiche indicazioni, la compatibilità con le colture presenti nell'area che devono essere garantite in modo continuativo.

L'impianto agrivoltaico, in quanto sistema "*ibrido*" - ed il recente arresto giurisprudenziale del Consiglio di Stato è molto puntuale al riguardo - non solo deve essere assicurata la contemporanea esistenza sia della struttura fotovoltaica che di quella agricola, ma, al contempo, la prima deve essere preordinata e funzionale alla seconda, in modo da raggiungere l'obiettivo perseguito di aumentare la competitività del settore agricolo e ridurre i costi energetici, incidendo positivamente sul clima e sull'ambiente[64].

Come opportunamente evidenziato, ciò non significa che questo tipo di impianto sia esente da limitazioni. Al contrario, secondo il chiaro monito del Giudice amministrativoa, le autorità competenti devono necessariamente tenere conto delle specifiche caratteristiche dell'impianto al fine di limitare il più possibile il consumo di suolo. In tal senso, quindi: "*affinché l'impianto agrivoltaico svolga effettivamente la funzione incentivante che il legislatore gli assegna, esso deve consentire un'implementazione dell'attività agricola già esistente e non comportare un ulteriore consumo di suolo fertile o comunque una diminuzione o un impoverimento della superficie agricola destinata alla coltivazione identitaria*"[65].

[64] Cons. Stato, Sez. IV, 30 agosto 2023 n. 8029, ma anche 11 settembre 2023, n. 8258 che in senso analogo sottolinea "l'Amministrazione competente deve tenere conto delle caratteristiche innovative e distintive dell'impianto agrivoltaico progettato, volte a preservare la continuità delle attività di coltivazione agricola e gli elementi "naturali" del sito di installazione (come la permeabilità del suolo e la sua irradiazione da parte della luce solare) garantendo, al contempo, la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e, quindi, assicurando, attraverso l'integrazione tra attività agricola e produzione di energia elettrica, la valorizzazione di entrambi i sottosistemi".

[65] In senso analogo T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 10 marzo 2023, n. 322, si v. prima T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 25 ottobre 2022, n. 1750 sulla quale v. G. MARRULLI, Sulla realizzazione e sulle modalità di esercizio di un

ISSN 2036-7821

Non si tratta semplicemente di affiancare, in modo binario, due modelli produttivi (quello agricolo e quello energetico), subordinando addirittura le capacità produttive (ed i relativi proventi) del secondo al primo, creando un connubio che è più di una sintesi verbale, ma di strutturare, una vera e propria sinergia tra i due comparti produttivi, che rafforzi la capacità produttiva dell'azienda[66]. Solo questo profilo preminente può giustificare la conclusione che tali impianti non siano soggetti ai limiti e ai vincoli ambientali posti a quelli fotovoltaici.

Pertanto, alla luce delle considerazioni fin qui svolte, l'impianto agrivoltaico, pur se classificato come tale in armonia con le linee guida nazionali, deve comunque essere valutato con riferimento alle singole circostanze concrete, in cui va necessariamente accertata l'esistenza di una "*vera*" agricoltura che convive con l'impianto energetico. In altre parole, una visione di "*sostegno reciproco*", sul piano produttivo ed economico, tra settore energetico ed agricolo, col vantaggio di rendere attrattivi terreni altrimenti abbandonati o culture poco redditizie pur se fortemente correlate alla storia agricola dei territori (si pensi alla produzione dei c.d. grani antichi per contrastare l'importazione di quelli idrogenati).

Gli impianti fotovoltaici, a differenza dai sistemi agrivoltaici, che, come detto, coniugano la produzione di energia elettrica e la coltivazione agricola o l'allevamento, producono esclusivamente energia elettrica. L'art. 12, comma 7, del D.Lgs. n. 387 del 2003, stabilisce che gli impianti fotovoltaici (e non solo quelli agrivoltaici) possono essere installati anche in aree agricole, a condizione che non vi sia un vincolo paesaggistico diretto o, anche in assenza di quest'ultimo, che le tradizioni agroalimentari locali, la biodiversità, il paesaggio e il patrimonio culturale non siano pregiudicati[67].

---

impianto agrivoltaico e relativa compatibilità ambientale, in Dir. e giur. agraria, alimentare e dell'amb., 2, 2023. In senso diverso v. T.A.R. Puglia, Lecce, Sec. II, 9 febbraio 2023, n. 200.

[66] In altre parole, si tratta di "soluzioni integrative innovative con assemblaggio dei moduli elevati da terra, che prevedono anche la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, consentendo anche l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione" descritte dall'art. 65, comma 1-quater e 1-quinquies, del d.lgs 24 gennaio 2012, n. 1, e s.m.i.

[67] Analogamente, al punto 16.4 del D.M. 10 settembre 2010 si precisa che l'autorizzazione di progetti in aree agricole di particolare pregio richiede una valutazione scrupolosa, in quanto è indispensabile una valutazione della non sussistenza di gravi interferenze con il patrimonio culturale e il paesaggio rurale. In questo senso, con sentenza 5 dicembre 2018-15 aprile 2019, n. 86, la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittime le disposizioni legislative regionali della Basilicata che, tra l'altro, prevedevano misure per l'installazione di impianti fotovoltaici, nonché l'individuazione di aree idonee e non idonee, senza istruttoria preliminare e adeguata valutazione dei luoghi in sede procedimentale. Nella stessa sentenza, la Corte ha evidenziato come la questione della realizzazione di impianti energetici da fonti rinnovabili fosse particolarmente incisa dalla normativa comunitaria che imponeva agli Stati di dettare regole certe, trasparenti e non discriminatorie al fine di promuovere l'utilizzo di energia da fonti rinnovabili, fermo restando l'obbligo di effettuare adeguate valutazioni anche in riferimento all'impatto ambientale.

ISSN 2036-7821

D'altra parte, tra le aree idonee all'installazione di impianti fotovoltaici rientrano le aree industriali, i terreni agricoli non coltivati, le aree abbandonate e altre aree già destinate ad usi non agricoli[68].

Viene inoltre specificato che la valutazione dell'Amministrazione deve tenere conto degli indicatori previsti e delle specifiche caratteristiche del progetto, con l'obiettivo di garantire il rispetto degli standard ambientali e la compatibilità con gli obiettivi di produzione di energia rinnovabile[69]. Al contempo, si introduce l'obbligo di connettere altre aree agli impianti fotovoltaici su terreno agricolo, con l'obiettivo di bilanciare l'uso del suolo e preservare le attività di rilievo colturale o zootecnico.

Il sistema "*agrivoltaico*" consente quindi di assicurare l'attuazione della transizione ecologica e le esigenze della "*green economy*", di espandere l'installazione di impianti fotovoltaici nelle aree agricole, con la necessità di contrastare lo spopolamento delle aree interne, la desertificazione, l'abbandono dei terreni e il conseguente dissesto idrogeologico, consentendo alle imprese agricole, altrimenti fuori mercato, di raggiungere la necessaria redditività [70].

Questa particolare tipologia di impianto, in grado di garantire la continuità o addirittura il recupero dell'attività agricola, richiede comunque attente valutazioni in merito all'impatto che può produrre sulle tradizioni di uso del suolo e sull'agricoltura[71].

Mentre appare chiaro che l'allocazione di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole, oltre a determinare un inconfutabile consumo di suolo[72], soprattutto per grandi superfici, genera notevoli problemi di compatibilità paesaggistica e va a

[68] Una delle maggiori sfide per l'Italia è, dopo lo sviluppo della rete di trasmissione interna, il trasporto di energia elettrica rinnovabile dal Sud e dalle isole ai punti di consumo del Nord. In questo contesto, il piano prevede una chiara pianificazione di rete delle capacità di trasmissione fino al 2030.

[69] In generale sulla materia si veda J B. EISEN, Advanced Introduction to Law and Renewable Energy, Cheltenham, 2021.

[70] In questo senso, come opportunamente sottolineato, gli interventi di impianto e conservazione di colture arboree autoctone, erbacee ed erbacee, sono utili per contrastare gli effetti erosivi e i processi di desertificazione, che possono interessare ampie aree agricole, soprattutto se in stato di abbandono, come spesso accade nel sud Europa. L'adozione di queste soluzioni consente di influenzare gli effetti sugli equilibri idrologici e sulla temperatura del suolo (il cosiddetto "microclima"), mitigandolo opportunamente e riducendo di conseguenza il consumo idrico necessario per l'attività irrigua. Il risultato è la possibilità di ottenere contestualmente vantaggi in termini di produzione di energia rinnovabile, tutela ambientale, conservazione della biodiversità e di evitare il consumo di suolo agricolo, si veda E. GIARMANÀ, L'impatto delle fonti rinnovabili in agricoltura: eco-agro-fotovoltaico e consumo del suolo, in AmbienteDiritto.it, n. 3/2022, pp. 4-5.

[71] Ciò determina una declinazione dell'importanza attribuibile all'interesse alla decarbonizzazione rispetto ad altri interessi pubblici e, più in generale, al bilanciamento degli interessi pubblici, tenendo in debita considerazione quelli con cui può trovarsi in conflitto, si veda in questa prospettiva ancoraE. BRUTI LIBERATI, Politiche di decarbonizzazione, costituzione economica europea e assetti di governance, cit., 441.

[72] Sul tema si veda per tutti P. CARPENTIERI, Il «consumo» del territorio e le sue limitazioni. La «rigenerazione urbana», in federalismi.it, 2020, pp. 1 ss.; ID, Paesaggio, ambiente e transizione ecologica, in giustiziainsieme.it., 4 maggio 2021.

ISSN 2036-7821

discapito dell'agricoltura. In questo senso, la scelta del legislatore italiano di precludere questa possibilità va accolta con assoluto favore, nella convinzione che la transizione eco-digitale[73] possa essere realizzata senza danneggiare il territorio in modo così significativo e incisivo, nel contesto ormai consolidato di beneficio sociale, ambientale e generazionale[74] che le fonti energetiche rinnovabili garantiscono[75].

Il *Green Deal* europeo, che tali obiettivi intende perseguire, è un progetto ancora innovativo che mira a rendere l'Europa "*il primo continente climaticamente neutro al mondo*" e che postula, entro il 2050, una transizione da una "*crisi multidimensionale*" del processo di integrazione europea "*alla creazione di un nuovo ordine sociale*"[76], ma questo può avvenire valorizzando la struttura territoriale, la tutela dei paesaggi, delle culture, delle tradizioni produttive ed alimentari, sperimentando soluzioni innovative che coniughino il rispetto degli ecosistemi, della biodiversità e delle generazioni future[77]. In questo senso l'agrivoltaico costituisce una soluzione di equilibrio e contemperamento di interessi pubblici e privati,

6. Aree idonee, non idonee, ordinarie e tutelate per l'installazione di impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili.

Giova ricordare che a norma dell'art. 20 d.lgs. n. 199 del 2021 e s.m.i. (*Disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili*), con uno o più decreti del *MASE* di concerto con il *MIC*, e il *MIPAAF* previa intesa in sede di Conferenza unificata era previsto (nel termine ampiamente spirato di centottanta giorni) fossero stabiliti principi e criteri omogenei per l'individuazione

[73] Sull'interconnessione tra dinamiche energetiche e innovazione tecnologica, si veda G.D. COMPORTI, S. LUCATTINI (a cura di), Orizzonti del diritto dell'energia. Innovazione tecnologica, blockchain e fonti rinnovabili, Napoli, 2020, 15 ss.

[74] R.J. HEFFRON, The Challenge for Energy Justice. Correcting Human Rights Abuses, London, 2021, translated into Italian L'energia attraverso il diritto, (by L.M. PEPE), Napoli, 2021, p. 20.

[75] Ad esempio, nel caso di un impianto agrivoltaico in un'area agricola abbandonata l'ombra generata dai pannelli fotovoltaici non solo proteggerebbe le piante durante le ore più calde, ma consentirebbe anche un consumo idrico più efficiente. Infatti, le piante esposte direttamente al sole richiedono un uso maggiore e più frequente di acqua rispetto alle piante all'ombra dei pannelli, che, essendo meno "stressate", richiedono una minore quantità di acqua. Infine, si può prevedere di utilizzare parte delle risorse finanziarie messe a disposizione dalla produzione di energia elettrica per coltivare trifoglio o erba medica sul terreno sottostante, che non necessitano di irrigazione, in quanto sono sufficienti le risorse idriche naturali. Essendo specie azotofissatrici, non necessitano di fertilizzanti azotati, mentre la simbiosi dell'azoto fornito con i microrganismi presenti nelle radici rende il terreno naturalmente fertilizzato: la condizione ideale per ospitare le colture più redditizie, comprese quelle biologiche. Si veda per tutti ASPEN GLOBAL CHANGE INSTITUTE, How "agrivoltaics" can provide more benefits than agriculture and solar photovoltaics separately, in https://www.agci.org

[76] Ancora E. CHITI, Introduction to the Symposium: Managing the Ecological Transition of the European Union, in Riv. giur., amb., 2021, 1, pp. 9 ss.

[77] In merito si vedano A D'ALOIA, Generazioni future (diritto costituzionale), ad vocem, in Enc. dir. Ann. IX, Milano, 2016, pp. 311 ss. e M. CAFAGNO, La sostenibilità e la tutela dell'ambiente, in S. DEL GATTO - G. VESPERINI, Manuale di diritto amministrativo europeo, Torino, 2024, pp. 327 e ss.

ISSN 2036-7821

delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal *PNIEC* per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili, tenuto conto delle aree idonee indicate dalla stessa disposizione.

Dopo un lungo e controverso confronto fra le strutture ministeriali e tra il Governo e le Regioni è stato finalmente emanato il D.M. 21 giugno 2024[78], adottato dal Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica (*MASE*) di concerto con il Ministero della Cultura (*MIC*) ed il Ministero dell'Agricoltura, della Sovranità Alimentare e delle Foreste (*MASAF*)[79].

Il decreto, in primo luogo, individua la ripartizione fra le Regioni e le Province autonome dell'obiettivo nazionale al 2030 di una potenza aggiuntiva pari a 80 GW da fonti rinnovabili, da porre in esercizio al 31 dicembre 2020, necessaria per raggiungere gli obiettivi fissati dal PNIEC e rispondere agli obiettivi derivanti dall'attuazione del pacchetto «*Fit for 55*», anche alla luce del pacchetto «*Repower UE*».

Il decreto si fa carico poi, al fine di meglio delineare l'obiettivo regolatorio, di differenziare le quattro tipologie nella quale dovrà articolarsi l'intervento legislativo regionale:

a) superfici e aree idonee[80],

b) superfici e aree non idonee[81],

c) superfici e aree ordinarie[82],

d) aree in cui è vietata l'installazione di impianti fotovoltaici con moduli collocati a terra[83].

Nella seconda parte, il provvedimento interministeriale in questione ha poi definito i principi ed i criteri omogenei per l'individuazione delle aree idonee[84] - intervento che

[78] Recante:" Disciplina per l'individuazione di superfici e aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili".

[79] Pubblicato sulla G.U.R.I. n.153 del 2 luglio 2024

[80] Si tratta delle aree per le quali è previsto un iter accelerato ed agevolato per la costruzione ed esercizio degli impianti a fonti rinnovabili e delle infrastrutture connesse secondo le disposizioni vigenti di cui all'art. 22 del d. lgs. 8 novembre 2021, n. 199 e s.m.i.

[81] Categoria che ricomprende aree e siti le cui caratteristiche sono incompatibili con l'installazione di specifiche tipologie di impianti secondo le modalità stabilite dall'all. 3, par. 17 delle linee guida emanate con d.m. MASE 10 settembre 2010.

[82] Superfici e le aree diverse da quelle delle lettere a) e b) e nelle quali si applicano regimi autorizzativi ordinari di cui al d.lgs. n. 28 del 2011 e s.m.i.

[83] Le aree agricole per le quali vige il divieto di installazione di impianti fotovoltaici con moduli a terra ai sensi dell'art. 20, comma 1-bis, del d.lgs.8 novembre 2021, n. 199, come ricordato recentemente introdotto.

[84] Va segnalato che solo con d.m. MASE 16 settembre 2024 ha disciplinato le modalità di funzionamento della Piattaforma digitale per le aree idonee (PAI) di cui all'articolo 21 del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 199 realizzata e gestita dal Gestore dei Servizi Energetici S.p.A. (GSE).

ISSN 2036-7821

le Regioni dovranno definire con il coinvolgimento delle autonomie locali attraverso forme e modalità lasciate alla disciplina regionale - minimizzando l'impatto ambientale delle nuove installazioni, definendo la massima porzione di suolo occupabile per unità di superficie dagli impianti già installati e dai nuovi impianti, ed individuando le superfici tecnicamente disponibili, dando priorità alle aree edificate, alle aree industriali dismesse, alle aree abbandonate e marginali idonee alla installazione di impianti a fonti rinnovabili[85].

Si tratta di aree in cui, previa autorizzazione delle amministrazioni competenti, è possibile installare e costruire impianti che producono energia da fonti rinnovabili (i cosiddetti impianti "FER") nel rispetto dei limiti stabiliti dal PNIEC.

In via prioritaria, il decreto ministeriale stabilisce, in riferimento alle aree idonee, "*la porzione massima di terreno che può essere occupata dai suddetti impianti per unità di superficie*". Infatti, sebbene l'obiettivo sia quello di garantire il massimo sviluppo delle fonti rinnovabili previsto dal *Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima* (PNIEC), è tuttavia fondamentale assicurare, al contempo, la tutela dell'ambiente, del patrimonio culturale e del paesaggio delle aree agricole e forestali, in modo tale da minimizzare l'impatto.

Spetta quindi alle Regioni[86], entro la fine del 2024, approvare leggi regolatrici della materia. Decorso infruttuosamente tale termine il MASE potrà avviare il procedimento per l'intervento normativo "*da adottare in Consiglio dei ministri ed aventi le caratteristiche stabilite dall'art. 41, comma 1, della legge 24 dicembre 2012, n. 234*".

Mentre, per quanto concerne le Regioni speciali che debbono provvedere "*alle finalità del [presente] decreto ai sensi dei rispettivi statuti speciali e delle relative norme di attuazione*", l'art. 9 ne fa salve le competenze.

Le Regioni, che hanno iniziato ad elaborare le proprie iniziative legislative, si muovono nella prospettiva di evitare il rischio che la produzione di energia da fonti

[85] Va segnalato che il decreto in questione è stato impugnato per diversi profili da alcuni operatori del settore ed, in particolare, poiché dalla disciplina impugnata conseguirebbe una modifica peggiorativa del regime inerente l'individuazione delle aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili, in forza del quale le ricorrenti hanno avviato le proprie iniziative economiche. Il TAR Lazio, III, con ordinanza del 7 settembre 2024, n.4088 ha rigettato la domanda cautelare nel presupposto della carenza del danno grave ed irreparabile in quanto "il pregiudizio lamentato potrebbe soltanto conseguire all'esercizio della potestà legislativa regionale, che non risulta vincolata dai provvedimenti impugnati ad esprimersi in termini deteriori rispetto alle iniziative suddette".

[86] La normativa prevede che nella definizione della disciplina relativa alle aree idonee, il decreto tenga conto delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici, privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, come capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, di servizi e logistica, e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, comprese le superfici agricole non utilizzabili, compatibilmente con le caratteristiche e la disponibilità delle risorse rinnovabili e delle infrastrutture di rete e con la domanda di energia elettrica, nonché tenendo conto della localizzazione della domanda, degli eventuali vincoli di rete e del potenziale di sviluppo della rete stessa.

ISSN 2036-7821

rinnovabili porti ad un eccessivo consumo di suolo e alla compromissione delle esigenze di tutela dei beni[87].

Non può tuttavia omettersi di considerare, per le finalità che ci occupano, che il decreto ministeriale del quale si sta facendo una breve disamina nulla dispone con specifico riguardo alla fattispecie dell'agrivoltaico, trattato alla stregua del generale comporto del fotovoltaico, mentre, come sin qui sostenuto, trattasi di intervento con effetti e finalità profondamente diversi sul territorio, sul paesaggio, sull'attività agricola e la sua produttività, sulla desertificazione delle aree interne.

Appare quindi auspicabile che tale differenziazione possa trovare un riconoscimento nella legislazione regionale relativa alle aree idonee poiché, dalla generalizzazione, operata dal decreto ministeriale, ne scaturirebbe un probabile pregiudizio alla stessa tutela dei territori.

7. Energia da fonti rinnovabili ed insularità.

L'opzione normativa per l'agrivoltaico rispetto al fotovoltaico intensivo assume un significato ancora più rilevante nelle Regioni insulari italiane, in particolare Sicilia e Sardegna, ma anche nelle isole minori, caratterizzate da paesaggi incontaminati e da un'agricoltura fiorente e specializzata per far fronte a pur rilevanti esigenze energetiche..

Come è noto, in Italia il principio di coesione insulare ha trovato un esplicito riferimento costituzionale[88].

A seguito del percorso avviato con la presentazione di una proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare[89], si è giunti all'integrazione dell'art. 119 della

[87] Il comma 8 della medesima disposizione individua le aree idonee per legge, includendo, ad esempio, per gli impianti fotovoltaici anche con moduli a terra, in assenza di vincoli culturali e paesaggistici, le aree classificate come agricole, racchiuse in un perimetro i cui punti non distano più di 500 metri da aree industriali, artigianali e commerciali, nonché da cave e miniere (lettera c-ter, punto 1). Mentre, ai sensi dell'articolo 65, comma 1-quater, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, le aree agricole classificate come DOP e IGP sono aree "idonee" solo ai fini dell'installazione di impianti agrivoltaici.

[88] Sul principio di coesione insulare, si rimanda al mio contributoUbi insula, ibi jus speciale. Il principio di coesione insulare alla prova del regionalismo differenziato, in G. CORSO, M. IMMORDINO, G. VERDE, G. ARMAO (a cura di), Il regionalismo differenziato. cit., 259 ss. and The perspective of insularity in EU Law, in https://www.federalismi.it, 22/2023, 23 e ss. . Una rassegna completa dell'ormai consistente bibliografia in materia, sia giuridica che economica, è reperibile sul sito dell'Osservatorio Eurispes sull'insularità, si veda https://eurispes.eu/documentazione-osservatorio-sullinsularita/, si veda anche il Dossier del Servizio Studi sul riconoscimento degli svantaggi derivanti dall'insularità, https://www.senato.it.

[89] La relazione illustrativa al disegno di legge, A.S. n. 865, richiamava come motivazione dell'intervento normativo: la situazione di svantaggio in cui si trovano i cittadini italiani residenti nelle isole; la necessità che la comunità nazionale riconosca questa condizione e assicuri ogni azione necessaria a garantire loro pari opportunità e pari diritti di cittadinanza. La disposizione poneva quindi allo Stato il compito di riconoscere la situazione di svantaggio e di prevedere le misure necessarie. Sebbene la stessa relazione evochi il riconoscimento

ISSN 2036-7821

Costituzione. Dopo il quinto comma è stata così introdotta la disposizione secondo cui la Repubblica "*riconosce le peculiarità delle isole*", "*promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità*".

Si tratta di una modifica costituzionale che è rilevante sia per la sua genesi, in quanto proviene dall'iniziativa popolare, sia per il suo contenuto; essa costituisce infatti una novità costituzionale: "*che rafforza l'uguaglianza delle persone nella dimensione democratica perché, nel riconoscere le differenze determinate dalle condizioni geografiche, promuove e utilizza tutti gli strumenti normativi per tenere insieme la Repubblica*"[90]. Va ricordato che la suddetta proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare prevedeva che lo Stato fosse tenuto a riconoscere "*il grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità*" e, di conseguenza, a prevedere "*le misure necessarie a garantire l'effettiva uguaglianza e il reale godimento dei diritti individuali e irrinunciabili*".

Mentre il testo riformulato dalla I Commissione del Senato, e approvato in ultima lettura, ha stabilito: 1) che è la Repubblica, e quindi in tutte le sue componenti non solo lo Stato, ad essere responsabile dell'intervento pubblico a favore delle isole; 2) il riconoscimento riguarda, in termini positivi, le "peculiarità delle isole" (e non solo il "*grave e permanente svantaggio naturale derivante dall'insularità*"); 3) viene eliminato il riferimento alla finalità dell'effettiva uguaglianza e del reale godimento dei diritti individuali e irrinunciabili [91].

Il testo della legge costituzionale concernente il riconoscimento delle peculiarità delle isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità è stato pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* il 29 luglio 2022[92].

In mancanza di una maggioranza qualificata in tutte le votazioni [93] entro tre mesi dalla pubblicazione, un quinto dei membri di una Camera, o cinquecentomila

---

di tale situazione da parte della "comunità nazionale", l'attribuzione di tale compito allo Stato appariva coerente con l'analoga funzione di quest'ultimo di individuare risorse aggiuntive e di realizzare interventi speciali di cui all'art. 119, quinto comma, della Costituzione.

[90] Così G. DEMURO, Il principio di insularità ritorna in Costituzione: opportunità e vantaggi, in *lacostituzione.info* , maggio 18, 2022.

[91] La Camera dei deputati, il 28 luglio 2022, come noto, ha approvato definitivamente la proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare a maggioranza assoluta dei suoi componenti (A.C. 3353-B - A.S. 865-B) recante: Modifica all'art. 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità, che era già stata approvata, in prima deliberazione, dal Senato e dalla Camera e in seconda deliberazione, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, dal Senato il 27 aprile 2022. Il testo è stato poi pubblicato nella "G.U.R.I. Serie generale" del giorno successivo, n. 176, pag. 33: Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei componenti di ciascuna Camera, recante: "Modifica all'articolo 119 della Costituzione, concernente il riconoscimento delle peculiarità delle Isole e il superamento degli svantaggi derivanti dall'insularità".

[92] La proposta di legge costituzionale è stata approvata, in prima deliberazione, dal Senato il 3 novembre 2021 e trasmessa alla Camera, che l'ha approvata, in prima deliberazione, senza modifiche, il 30 marzo 2022, il testo è stato poi approvato in seconda deliberazione dal Senato, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, il 27 aprile 2022.

ISSN 2036-7821

elettori, o cinque Consigli regionali avrebbero potuto richiedere che si tenesse un referendum popolare ai sensi dell'art. 138 Cost.[94] Trascorso tale termine, la legge costituzionale n. 2 del 2022 è entrata in vigore[95].

Come già osservato, la novella determina la ri-costituzionalizzazione del "*principio di insularità*", nella prospettiva delineata dalla citata sentenza della Corte Costituzionale n. 6 del 2019, ed è anche alla luce di questa evoluzione giurisprudenziale sulla condizione di insularità, sebbene si riferisca all'interpretazione di una disposizione legislativa (art. 27 della legge n. 42 del 2009, come modificato), che la disposizione costituzionale dovrà essere applicata.

Un elemento sembra utile da sottolineare sugli effetti di questa norma costituzionale, così concisa, ma anche rilevante per l'assetto giuridico delle isole e ancor più per i riflessi - ancora oggi non tutti individuati ed individuabili - che dispiegherà nell'ordinamento sia in termini propulsivi che preclusivi.

Certamente la questione del regionalismo differenziato, di cui all'art. 116, terzo comma, della Costituzione, dovrà essere declinata, per via dell'esplicito richiamo operato dalla stessa disposizione che prevede: *"Ulteriori forme e particolari condizioni di autonomia [...] possono essere attribuite ad altre Regioni, con legge dello Stato, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, nel rispetto dei princìpi di cui all'articolo 119*", entro, un contesto in cui si deve tenere in debita considerazione le peculiarità delle Isole e la necessità di superare gli svantaggi derivanti dall'insularità, ora espressamente richiamati nella norma e dai quali emerge il "*principio di insularità*" come un "*diritto costituzionale all'insularità*"[96].

---

[93] Sembra opportuno precisare che l'Assemblea del Senato della Repubblica, nella seduta del 27 aprile 2022, ha approvato all'unanimità in seconda deliberazione il testo della proposta di legge costituzionale, tuttavia i voti favorevoli sono stati 207, più della maggioranza assoluta, ma meno della maggioranza dei due terzi (214) integrando così la disposizione dell'art. 138 Cost. secondo cui le leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali sono approvate in seconda deliberazione a maggioranza assoluta e che queste sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. In tal caso, la legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata in seconda deliberazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti.

[94] Si v. N. LUPO, Una legislatura "a ranghi ridotti", ma (per ora), in Oss. delle fonti, 3/2022, pp. 7 ff., che ricorda che non essendo stato raggiunto il quorum dei due terzi dei componenti della Camera, è stato necessario attendere i tre mesi previsti dall'art. 138 Cost. affinché, in assenza di richieste di referendum, il testo adottato diventasse la Legge Costituzionale n. 2 del 7 novembre 2022, entrata in vigore il 30 novembre 2022 e "iultima delle quattro revisioni costituzionali "puntuali" approvate nell'ultimo biennio della XVIII legislatura, con le quali si sono modificati, con micro-interventi, articoli di tutte e tre le parti di cui si compone la nostra Carta costituzionale (artt. 9, 41, 56, 57, 58, 59 e 119 Cost.)".

[95] "Gazzetta Ufficiale" 15 novembre 2022, in *gazzettaufficiale.it*.

[96] T.E. FROSINI, Il diritto costituzionale all'insularità, in *www.federalismi.it*, 16 novembre 2022, pp. 1-14. Non manca nella dottrina italiana chi, pur rilevando il sicuro interesse dell'iniziativa, trattandosi della prima volta che un disegno di legge di iniziativa popolare modifica la Costituzione, ma anche di una certa complessità, non senza

ISSN 2036-7821

Il chiaro riferimento alla Repubblica in tutte le sue componenti impone un forte collegamento interistituzionale (o secondo il diritto europeo: multilivello) attraverso azioni integrate che partono dal livello dell'individuazione delle risorse per far fronte alla provvista finanziaria, alla dotazione di infrastrutture e servizi, ma ancor prima da una esatta quantificazione dei divari territoriali, infrastrutturali e sociali e delle condizioni che sostanziano la "peculiarità" richiamata dalla norma.

Il riconoscimento di tali peculiarità impone la loro partizione tra peculiarità che connotano un valore, una storia, una tradizione, una cultura, un paesaggio e come tali da salvaguardare e tutelare e connotazioni che invece si risolvono in permanenti svantaggi e divari che vanno progressivamente risolti attraverso interventi finanziari (fiscalità di sviluppo), infrastrutturali (energia, digitale, porti e aeroporti), ma anche sociali con riguardo ai segmenti deboli della popolazione.

Alcune notazioni impone, infine, il rapporto tra autonomia speciale e riconoscimento costituzionale della condizione di insularità. Se questo fattore è tra i fondamenti originari della specialità - e non è, come ricordato, una peculiarità dell'ordinamento italiano - si può prevedere che l'inserimento in Costituzione della richiamata disposizione rafforzi e "*resignifichi*" tale specialità anziché scolorirla. Norme che prevedono interventi perequativi e compensativi sono, com'è noto, già presenti negli Statuti di Sardegna (art. 13) e Sicilia (art. 38) ab origine, e dall'introduzione dell'integrazione dell'art. 119 Cost. non potranno che trarre rinvigorimento.

In termini applicativi, va rilevato che la prima legge di bilancio adottata dal Parlamento italiano ha sostanzialmente disatteso le conseguenze derivanti dalla norma costituzionale appena entrata in vigore sulle condizioni di insularità.

In tema di attuazione del principio costituzionale di compensazione per l'insularità la legge di bilancio del 2023 (l. n. 197 del 2022) ha previsto l'istituzione di un "*Fondo nazionale per il contrasto degli svantaggi derivanti dall'insularità*" (art. 1, co. 806 e ss.) articolato in due sezioni: "*Fondo per gli investimenti strategici*" e "*Fondo per la compensazione degli svantaggi*" "[97]. Ma tali stanziamenti sono di gran lunga inferiori a quelli assegnati, e a pieno regime, già lo scorso anno quando ancora il procedimento per l'approvazione della modifica dell'art. 119 Cost. era in corso. Questa circostanza

una certa disinvoltura, "perché le Isole meritano una considerazione speciale rispetto ad altri territori altrettanto svantaggiati?", in questa prospettiva G.L. CONTI, Note minime sulla sopravvivenza dei valori ambientali alla loro costituzionalizzazione, in Oss. delle fonti, 2/2022, p. 195.

[97] Con la magra dotazione di 2 milioni di euro per un triennio, a cui si aggiungono quelli del fondo per assicurare il sistema di collegamenti aerei da e per la Sicilia e la Sardegna, con una dotazione di 5 mln di euro per l'anno 2023 e 15 mln di euro a decorrere dall'anno 2024 - risorse veramente incomparabili con i 200 milioni destinati al regime per la Sicilia e la Sardegna nella precedente legge di bilancio (l. n. 234 del 2021, art. 1, co. 544 e 546).

ISSN 2036-7821

non può che essere considerata, a dir poco, singolare, *a fortiori*, optò il "timido" pronunciamento dell Corte costituzionale all'uopo invocato[98].

8.1. Il ruolo delle Regioni: la Regione autonoma della Sardegna.

Entrambe le Regioni insulari italiane stanno intervenendo sulle politiche statali di forte incentivazione delle energie rinnovabili: oltre alle già citate disposizioni del d.lgs. n. 199 del 2021, di attuazione interna della RED II, sia pure con le cautele sul fotovoltaico sopra ricordate, e del decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica 21 giugno 2024 "*Regolamento per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili*"

In particolare: la Regione Autonoma della Sardegna ha approvato la legge regionale 2 luglio 2024, n. 5[99], come ricordato censurata dalla Corte Costituzinale. Il passo successivo è l'adozione del piano energetico regionale per raggiungere, insieme al piano delle rinnovabili, altri due obiettivi: la chiusura entro il 2030, come da impegni con l'UE, delle due centrali a carbone di Porto Torres e Portovesme e la metanizzazione della Sardegna[100].

A tal proposito, va sottolineato che l'art. 3 della legge regionale disponeva che in attesa dell'approvazione della legge regionale di individuazione delle aree idonee ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 199, è vietato realizzare nuovi impianti di produzione e accumulo di energia elettrica da fonti rinnovabili, nelle zone omogenee A, B, C, D, E, F, G e H del tessuto urbano, nelle zone umide e aree protette, nelle aree agricole interessate da produzioni di qualità, nelle aree soggette a instabilità o rischio idrogeologico, nelle aree a distanza inferiore a 7 km da beni culturali o da altri impianti di produzione e/o accumulo realizzati o in fase di autorizzazione (1500 metri per le isole minori), nelle aree di cui all'art.142 d.lgs. 42/2004.

Analogamente, venivano esclusi dal divieto: gli impianti di produzione e accumulo da FER nelle zone H che non comportino consumo di suolo, gli interventi di manutenzione e *revamping*, gli impianti di comunità energetiche, gli impianti

[98] Sulla questione si è pronunciata la Corte costituzionale con la sentenza n. 95 del 2024 che ne ha dichiarato, sul punto, l'inammissibilità. Per un commento critico alla pronuncia del Giudice delle leggi si consentito richiamare il mio contributo L'incerta consistenza del 'principio di coesione insulare' nella prima lettura della corte costituzionale, in Riv. Giur. mezz., 3/4-2024, pp. 615 e ss.

[99] "Misure urgenti per la tutela del paesaggio e dei beni paesaggistici e ambientali". Cfr. https://buras.regione.sardegna.it/custom/frontend/viewInsertion.xhtml?insertionId=6980e9f8-eb77-41b7-92c7-9090c2e307bb

[100] Oggi, infatti, l'isola è l'unica regione italiana a non avere una rete di distribuzione del gas metano: il 75 per cento della produzione totale proviene dalle due centrali a carbone, il restante 25 per cento da idroelettrico e rinnovabili.

ISSN 2036-7821

funzionali al trasporto pubblico o integrati con opere pubbliche, gli impianti agrivoltaici di dimensioni massime di 10 MWp a servizio di aziende agricole[101].

Tale legge è stata impugnata dinanzi alla Corte Costituzionale dal Governo centrale, evidenziandone l'illegittimità costituzionale e il contrasto con il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (artt. 4, 49, 56 e 194), con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 16) e con la direttiva UE 2018/2001 ("*direttiva RED*", artt. 15, 16, lettera *b*), e 16 *septies*) la quale prevede l'obbligo per gli Stati membri di attuare il principio della prevalenza dell'interesse alla realizzazione e all'esercizio degli impianti di produzione energetica da fonti rinnovabili rispetto agli interessi contrapposti fino al raggiungimento della neutralità climatica.

8.2. segue: La Regione Siciliana.

Va sottolineato che la Regione Siciliana, in virtù del proprio Statuto autonomo, competenza legislativa esclusiva in materia di gestione del territorio ed espropriazioni. Ciò consente una specifica regolamentazione delle procedure per l'acquisizione coattiva della proprietà privata, che, in questo caso, è ammessa solo per la realizzazione di connessioni tra gli impianti di energia rinnovabile e la rete elettrica. In particolare, la Regione ha ritenuto preminente l'acquisizione dei titoli che dimostrino la piena disponibilità giuridica dei terreni già in fase di VIA, il che deve ritenersi coerente anche con i principi basilari del procedimento amministrativo, dato che, in caso contrario, si verificherebbero gravi inefficienze procedurali nonché potenziali distorsioni della normativa di riferimento.

In termini generali, va ricordato che il quadro normativo complessivo che disciplina l'azione amministrativa è da tempo volto a garantire forme di semplificazione amministrativa anche al fine di raggiungere l'obiettivo di contenimento dei tempi del procedimento[102]. Anche in materia ambientale, il Legislatore è intervenuto a più riprese sulle procedure di VIA, nella continua ricerca di un giusto equilibrio tra un adeguato livello di tutela ambientale e l'accelerazione delle procedure di opere di rilevante interesse pubblico[103].

---

[101] Ai sensi dell'art. 2 della medesima normativa, il Consiglio regionale deve approvare entro 180 giorni il disegno di legge per l'istituzione dell'Agenzia regionale per l'energia, con competenze in materia di produzione, trasporto e distribuzione di energia.

[102] Tale principio rappresenta ormai un criterio guida dell'attività amministrativa, imponendo all'amministrazione di eliminare ogni fase non necessaria al fine di garantire la celerità di adozione del provvedimento espresso ed è strettamente connesso al principio di non aggravamento del procedimento..

[103] È evidentemente in quest'ottica che vanno lette le disposizioni che sono state introdotte in merito ai termini di conclusione del procedimento e quelle relative alla disciplina del c.d. PAUR con il chiaro intento di assicurare la compressione delle varie fasi procedurali e, quindi, in definitiva dell'adozione del provvedimento finale (si vedano, tra i tanti interventi, le modifiche apportate al d.lgs. n. 152 del 2006, già ampiamente modificato dal d.lgs. n. 104 del 2017, di attuazione della direttiva 2014/52/UE, dal d.l.. n. 76 del 16 luglio 2020, convertito nella legge n.

ISSN 2036-7821

Nell'ordinamento giuridico europeo, la promozione delle fonti rinnovabili è uno strumento centrale della politica energetica e di quella per la riduzione delle emissioni di gas a effetto serra, ed è stata oggetto di specifiche direttive che hanno imposto agli Stati membri l'obbligo di rimuovere ogni ostacolo alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, riducendo al minimo i relativi costi e oneri per i privati[104].

In conformità con quanto delineato finora, si deve ritenere che la soluzione ermeneutica non costituisca alcun illegittimo aggravio procedurale, ma finisca per essere coerente con i principi dell'azione amministrativa di efficienza, celerità e non aggravamento. Ne consegue che il proponente deve allegare alla sua istanza ogni elemento utile a consentire fin dall'inizio l'adozione del provvedimento richiesto a partire dagli elemento utili a comprovare la piena disponibilità giuridica delle aree interessate dall'allocazione dell'impianto[105].

Mutuando i suddetti principi nello specifico contesto autorizzatorio, essi delineano si deve ritenere che la completezza dell'istanza vada valutata con riferimento al provvedimento finale e debba essere accertata anche all'interno delle prime fasi che compongono il procedimento nel suo complesso (art. 12 del d.lgs. n. 387/2003).

A tal proposito, ammettere che la VIA - che per espressa disposizione normativa è inclusa nel procedimento di cui al citato art. 12 - possa essere effettuata senza alcuna verifica dell'effettiva titolarità giuridica dei terreni interessati confligge, quindi, con i principi basilari di efficienza, efficacia ed economicità in quanto imporrebbe di avviare un procedimento (e di adottare il relativo provvedimento) senza aver preventivamente accertato che il progetto sottoposto a verifica sia oggettivamente realizzabile (in quanto il proponente gode della disponibilità giuridica del terreno su cui sorgerà l'impianto)[106].

---

120 del 2020, ispirato anche dall'esigenza di superare la procedura di infrazione n. 2019/2308, nonché, ancor più di recente, dal d.l.. n. 77 del 2021, convertito nella legge n. 108 del 2021).

[104] Si veda, in primo luogo, la direttiva 2001/77/CE, le cui successive modifiche sono state consolidate nella ldirettiva 2009/28/CE, in vigore dal 25 giugno 2009 e recepita in Italia dal citato d.lgs. n. 28/2011.

[105] Non è un caso che, anche in tema di silenzio significativo, la giurisprudenza affermi costantemente che «il silenzio assenso non si perfeziona per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio a partire dalla presentazione dell'istanza, dovendo la stessa essere corredata della prescritta documentazione indicata dalla legge», con l'ulteriore precisazione che «La produzione di tale documentazione è indispensabile proprio ai fini della verifica dei requisiti soggettivi ed oggettivi, la cui incompletezza preclude la formazione del titolo abilitativo per silentium» (in questi termini, T.A.R. Puglia, III, 14 gennaio 2016, n. 37).

[106] In virtù della soluzione interpretativa proposta, essa appare anche più coerente con i principi di semplificazione e snellimento del procedimento amministrativo, come confermato dalla decisione, 5 ottobre 2023, n. 647 del 2023 in cui il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha stabilito che: "La legge regionale non incide nemmeno sui tempi delle procedure per ottenere l'Autorizzazione Unica: la previa disponibilità del terreno, al contrario, taglia i lunghi tempi che ordinariamente caratterizzano le procedure espropriative, nel rispetto del principio regola stabilito dal citato art. 12 a tutela della celerità delle procedure."

ISSN 2036-7821

Analogamente a quanto stabilito dal Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Siciliana, la questione va risolta considerando che non solo la legge regionale non funge da aggravio al procedimento ma, al contrario, determina un effetto benefico evitando che procedimenti che non avrebbero potuto essere avviati e che avrebbero visto un diniego finale, vengano invece scartati in via iniziale, evitando sia una duplicazione dell'attività amministrativa che un aggravio di costi per il proponente.

In linea con la soluzione ermeneutica proposta, interpretare gli elementi di ammissibilità come se fossero separati delle due procedure "*unificate*" non solo è incoerente con la normativa nazionale, in quanto contraria ai principi di semplificazione dell'azione amministrativa, ma addirittura in contrasto con il principio di efficienza della pubblica amministrazione.

Una diversa prospettazione, come quella sin qui seguita dall'amministrazione statale, deve, al contrario, essere considerata in contrasto con i principi di non discriminazione e parità di trattamento tra imprese che intendono operare nel medesimo territorio ma solo con progetti distinti in termini di potenza degli impianti[107].

L'effettiva titolarità della disponibilità giuridica delle aree oggetto di intervento, di conseguenza, assume specifica rilevanza dal punto di vista sostanziale nell'ambito della stessa valutazione ambientale[108]. Alla luce della normativa ambientale sopra citata e degli importanti contributi della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, assume preminente importanza il principio di precauzione

[107] Va ricordato, infatti, che l'art. 3 quinquies co. 2 del Codice dell'ambiente prevede che "Le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano possono adottare forme più restrittive di tutela giuridica dell'ambiente, qualora particolari situazioni del loro territorio lo richiedano, purché ciò non comporti discriminazioni arbitrarie, anche attraverso ingiustificati aggravi procedurali". Ne consegue, in linea con gli arresti della Corte Costituzionale (cfr. n. 218 del 20 ottobre 2017) che è intervenuta sui limiti delle potestà legislative delle Regioni in materia ambientale, ribadendo che le regioni non possono disciplinare in peius l'ambiente, ma possono sempre introdurre normative migliorative del sistema ambientale che siano più restrittive dal punto di vista della tutela del quadro ambientale. In tale contesto, la dimensione dell'impianto diventa in questo senso un elemento di valutazione di quando la titolarità giuridica dei beni deve essere posseduta.

[108] Vale la pena ricordare a tal proposito che in tema di valutazione di impatto ambientale assume fondamentale importanza il principio di precauzione, ormai codificato anche dall'art. 301, co. 1, del Codice dell'ambiente, che stabilisce che "In applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, co. 2, del Trattato CE, in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere garantito un livello elevato di protezione", e interviene - al contempo - a disciplinare i tipi e le modalità di applicazione delle misure preventive adottabili (cfr. art. 304 e ss. d.lgs. n. 152/2006). Nel contesto delineato, va sottolineato che l'art. 5, co. 1, lett. c), del Codice dell'ambiente, "impatti ambientali" sono tali in quanto determinano "effetti significativi, diretti e indiretti, di un piano, programma o progetto, sui seguenti fattori: popolazione e salute umana; biodiversità, con particolare attenzione alle specie e agli habitat protetti ai sensi della direttiva 92/43/CEE e della direttiva 2009/147/CE; territorio, suolo, acqua, aria e clima; beni materiali, patrimonio culturale, paesaggio; interazione tra i fattori sopra elencati", precisando ulteriormente che "Gli impatti ambientali comprendono gli effetti derivanti dalla vulnerabilità del progetto al rischio di incidenti o disastri gravi che colpiscono il progetto stesso".

ISSN 2036-7821

ambientale e il rischio antropogenico quale elemento ambientale da analizzare in termini di adeguato bilanciamento, e ciò fin dalla fase delle valutazioni ambientali. La ponderazione, che non può quindi essere differita, è limitata alla sola fase di emanazione del provvedimento autorizzativo.

Ne consegue che si deve, quindi, ritenere che la disponibilità giuridica delle aree non possa costituire un mero dato amministrativo, richiesto ai soli fini dell'ammissibilità, ma, come evidenziato nella normativa regionale, assume diretta rilevanza anche in una prospettiva sostanziale nella valutazione di impatto ambientale[109].

Appare dunque coerente con la ricostruzione effettuata, e con i principi di tutela del paesaggio e del territorio, che il legislatore regionale abbia individuato un rischio antropogenico di vulnerabilità dei progetti di questo tipo, dovendo quindi ritenere legittima l'adozione del più precauzionale requisito che impone la dimostrazione della titolarità della disponibilità giuridica delle aree già al momento dell'avvio del procedimento di VIA.

Al di là di quanto previsto dalla normativa statale in materia di impianti fotovoltaici a terra in aree agricole, che come evidenziato ne precluderà l'attuazione in futuro, gli orientamenti che emergono nelle due regioni insulari, in particolare in Sicilia, e in virtù delle prerogative che derivano dalla speciale autonomia regionale, consentono di individuare un chiaro orientamento nelle valutazioni ambientali a favore dell'agrivoltaico.

Va segnalato al riguardo che il legislatore statale ha acceduto a tale impostazione originariamente assunta soltanto dalla Regione Siciliana, su iniziativa della *Commissione tecnico specialistica per le valutazioni ambientali,* ha visto convergere anche il legislatore statale.

L'art. 1 secondo comma del d.l. 17 ottobre 2024, n. 153, convertito con modificazioni dalla l. 13 dicembre 2024, n. 191, prevede, infatti, che per i progetti di produzione energetica da fonte rinnovabile (fotovoltaica, solare termodinamica, a biomassa o a biogas, nonché di produzione di biometano), il proponente del provvedimento di VIA allega "*una dichiarazione attestante la legittima disponibilità, a qualunque titolo, della*

[109] Nella citata Relazione si evidenziava, infatti, da un lato, che "(...) per quanto riguarda la dimostrazione da parte del proponente della disponibilità giuridica dei terreni interessati dalla realizzazione dell'impianto, le linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili adottate con decreto ministeriale 10 settembre 2010 del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'ambiente e il Ministro per i beni e le attività culturali, per gli impianti eolici e idroelettrici, prevedono l'attivazione di procedure espropriative per le aree interessate sia dalla realizzazione degli impianti che dalle relative opere, mentre per le altre tipologie di impianto le consente esclusivamente per le relative opere"; dall'altro, che "L'attuale quadro normativo determina un'eccessiva proliferazione di impianti eolici nel territorio della Regione, in quanto non prevede l'esibizione del titolo giuridico di disponibilità delle aree di impianto ma consente, attraverso l'attivazione di procedure espropriative, di occupare qualsiasi territorio, comprimendo la proprietà privata in modo incontrollato".

ISSN 2036-7821

superficie su cui realizzare l'impianto, ferme restando la pubblica utilità e le procedure conseguenti per le opere connesse".

9. Considerazioni conclusive.

Alcune brevi considerazioni conclusive possono emergere da questa prima riflessione su un tema, quello dell'agrivoltaico, ancora poco esaminato dalla dottrina e nel quale alcuni approdi giurisprudenziali forniscono, tuttavia, elementi che ne consentono di delineare l'autonomia concettuale e la distinzione dal fotovoltaico a terra in aree agricole, ormai ristretto ad assai limitate ipotesi e pertanto sostanzialmente recessivo.

Come correttamente sottolineato l'agrivoltaico, nelle pur variegate forme progettuali, contribuisce alla strategia di transizione energetica, proprio per la capacità di comporre ed integrare il nesso cibo-energia (e acqua) rendendoli compatibili con la tutela del paesaggio, la biodiversità, gli ecosistemi ed il benessere umano[110] rafforzandone la sostenibilitá proprio perché non esclusivamente proiettato alle generazione elettrica

L'attività agrivoltaica benché ancora non appare adeguatamente disciplinata in sede legislativa, fermo al tradizionale concetto di fotovoltaico, e che ha perduto più occasioni, sinteticamente passate in rassegna, per meglio differenziare le fattispecie.

Se da un lato, infatti, nella recente normativa sul divieto di allocare moduli fotovoltaici a terra in agricoltura si escludono, implicitamente, dalla portata preclusiva gli impianti agrivoltaici, dall'altro, nel delineare la disciplina multilivello delle aree idonee e non idonee, nessuna specificazione viene rivolta allo specifico settore, con la conseguenza che occorre auspicare che siano i legislatori regionali a distinguere ciò che a livello di regolazione statale è rimasto solo genericamente differenziato.

Lo sviluppo dell'agrivoltaico, lungi dall'aver conseguito un approdo chiaro, appare ancora affidato ad una disciplina generica ed in taluni casi perplessa. La giurisprudenza amministrativa ha offerto un importante contributo a consolidare l'istituto che tuttavia, prima di acquisire una compiuta configurazione, dovrà ricevere contributi normativi che si auspicano convergenti, che offrano un quadro regolatorio definito.

In questa prospettiva gli impianti agrivoltaici vengono individuati quali sistemi di co-utilizzo del terreno basati sul solare fotovoltaico in cui lo schema spaziale dei

[110] V. C. Toledo, A. Scognamiglio,Agrivoltaic Systems Design and Assessment: A Critical Review, and a Descriptive Model towards a Sustainable Landscape Vision (Three-Dimensional Agrivoltaic Patterns), in Sustainability 2021, 13, 6871.

ISSN 2036-7821

moduli, e quindi la distanza tra loro e la densità rispetto all'unità di terreno considerata, l'altezza dal suolo, determinano una sostanziale ricalibratura in relazione alla maggiore superficie dedicata alla produzione agricola o zootecnica, per coniugare in modo sinergico la produzione alimentare ed energetica sullo stesso terreno.

Si tratta quindi di sistemi integrati che combinano in modo equilibrato produzione elettrica da fonte alternativa ed attività agricola o zootecnica, infatti, lasciano libera una superficie significativa di terreno per le colture e/o l'allevamento, consentendo l'utilizzo del terreno sia per produrre energia solare fotovoltaica attraverso l'installazione di pannelli solari sia per svolgere attività di coltivazione ed allevamento consentendo di recuperare, in alcuni casi, terreni ormai improduttivi ed abbandonati a desertificazione e dissesto idrogeologico.

I sistemi agrivoltaici, in altre parole, consentono così di valorizzare contemporaneamente diverse forme di produzione: quelle legate all'energia, ma anche quelle legate allo sviluppo dell'agricoltura, a cui si aggiungono la redditività e, con le necessarie prescrizioni, la tutela del paesaggio. Una sfida interdisciplinare in cui trovano posto la cultura del territorio, le tradizioni colturali e la produzione agroalimentare, l'allevamento, la pastorizia, l'apicoltura. Caratteristiche che giustificano un regime giuridico e finanziario peculiare e completamente differenziato, in termini di maggiore favore, ad oggi affidato ad una scarna disciplina, a linee-guida statali e regionali, ai pur puntuali orientamenti della giurisprudenza.

Ci troviamo al cospetto dello sviluppo di un settore che se può offrire un contributo rilevante alla riqualificazione dei terreni agricoli, al recupero delle aree interne, alla convivenza tra le sfide della transizione ecologica ed il mantenimento di colore ed allevamenti altrimenti destinati alla progressiva estinzione, impone ingenti e duraturi investimenti che mal si conciliano, come si ricordava in apertura. con la frammentazione normativa e le scelte ondivaghe dei legislatori.

La chiarezza regolativa può garantire ragionevoli certezze agli investitori energetici, sovente esterni al mondo agricolo e che quindi consentano un valore aggiunto, essenziale per garantire il rilancio produttivo e qualitativo ed una visione multifunzionale all'agricoltura italiana attraverso il riutilizzo dei sottoprodotti per fini energetici (biogas, biometano ed idrogeno), ma sopratutto circoscrivendo il consumo di suolo derivante dall'incessante urbanizzazione, la desertificazione produttiva e naturale, rafforzando il contrasto al dissesto idrogeologico, destinando le superfici ad un'integrazione funzionale che consenta la convivenza, sulla stessa superficie, di pannelli voltaici e di produzione alimentare.

ISSN 2036-7821

Anche sul piano applicativo, al fine di favorire lo sviluppo dell'agrivoltaico, potrebbero introdursi elementi che ne accelerino le procedure autorizzative, introducendo quali priorità per le valutazioni ambientali, accanto ai criteri puramente dimensionali, alcune priorità tipologiche che favoriscano la diffusione dell'agrivoltaico.

Infine, non meno rilevante appare l'individuazione di forme di sostegno agli investimenti, sin qui alimentati dal PNRR sull'agrisolare, e che, terminata la spinta degli strumenti europei, rischiano di subire un drastico calo che se raffredda certamente le misure di transizione ecologica in agricoltura, rischia di compromettere gli effetti stessi degli ingenti investimenti realizzati in termini di incremento produttivo e competitività del sistema.

Se come opportunamente osservato il diritto dell'ambiente configura un caso emblematico di "*emersione del diritto delle relazioni intergenerazionali intrise di solidarietà*"[111], costretta a confrontarsi con impegni ed obiettivi sempre più pressanti della transizione ecologica[112] ed il contrasto al cambiamento climatico, tuttavia, ciò può e deve dispiegarsi nella perdurante attualità della visione crociana del paesaggio, nella quale non è possibile: "*disinteressarsi da quelle peculiari caratteristiche del territorio, in cui il popolo vive e da cui, come da sorgenti sempre fresche, l'anima umana attinga ispirazioni di opere e di pensieri*"[113].

[111] Così F. FRACCHIA Transizioni: il punto di vista del diritto amministrativo, Napoli, 2024, p. 49.

[112] A. MOLITERNI, Transizione ecologica, ordine economico e sistema amministrativo, in Riv. dir. comp. (www.diritticomparati.it), 2/2022, 28 luglio 2022, pp.m395 ss.,, il quale sottolinea come tale transizione costituisca uno dei fattori che stanno maggiormente incidendo sull'assetto degli ordinamenti contemporanei e, in particolare, sulla struttura e sul ruolo dei poteri pubblici nello spazio giuridico, economico e sociale.

[113] Così ancora B. CROCE, , L'introduzione di Benedetto Croce, Ministro dell'istruzione tra il 1920 e il '21, al DDL 204/1920, poi legge 778/1922, in *https://eddyburg.it*, sulla quale si veda P. CARPENTIERI, Paesaggio, urbanistica e ambiente. Alcune riflessione in occasione del centenario della legge Croce n. 778 del 1922., in *https://www.giustizia-amministrativa.it*

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sulle pronunce interlocutorie nel processo amministrativo. Sviluppi normativi, criticità e prospettive del trattamento (con particolare riguardo all'ordinanza cautelare)

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari)

Sommario

(Parte prima) 1.1. Contributo di giurisprudenza: storico … - 1.2. … e su base 'positiva' vigente. - 1.3. Primo apporto concettual-sistematico - (Parte seconda) 1.4. Sulla natura dell'ordinanza cautelare. - 2. Sulle potenzialità del giudizio cautelare. - 2.1. Riconoscimento, al giudice amministrativo, di un ruolo attivo nel dispiegarsi dell'"ordine normativo". - 2.2. Conclusioni dogmatiche. - 2.3. Implicazioni in punto di: effettività della tutela e legittimazione a ricorrere, giudizio di ottemperanza ... - ... motivazione "postuma" e giudizio cautelare. - 3. Conclusioni specialistiche.

Abstract

The paper starts from a comparative review of the jurisprudence on the point of interlocutory rulings, current under the previous and current regulations. This, in order to detect the conceptual limits of that 'former' and make the necessary corrections also in a systematic key, also dwelling on the criticalities of the related treatment. In this last regard, attention has focused: first, on the burdens that both the parties and the judge should bear; therefore, on the potential that the precautionary ruling can express on the basis of a dogmatic-epistemological review on the exercise of discretion as well as on the functional sense of the corresponding procedural phase and the principle of the prevalence of substance over form, so as to integrate (possibly) the connotations of an interlocutory judgment.

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

Parte prima

1.1 Contributo di giurisprudenza: storico ….

Pare opportuno di muovere da due ordini di sentenze formatesi, in tema di 'pronunce interlocutorie', sotto il regime previgente[1]; tenendo conto che quest'ultimo risentiva della disciplina confezionata per il Codice di rito civile del 1865, nel senso di non distinguere, nell'attività del giudice, fra decisione vera e propria e scioglimento di questioni (onde, persino il materiale preparatorio della finale pronuncia di accoglimento o rigetto andava elaborato con sentenza)[2].

Quanto alla natura ed alle relative implicazioni:

Per pronuncia '(esclusivamente) interlocutoria' (formalmente e sostanzialmente tale) s'intendeva quella 'priva di statuizioni di contenuto decisorio su uno o più punti della controversia': es., finalizzata all'acquisizione di documentazione[3]; segnatamente:

«Nell'ipotesi di una decisione interlocutoria contenente, nella parte dispositiva, un semplice ordine istruttorio e non una espressa pronuncia con valore di statuizione incidentale, la decisione stessa si configura come mero strumento processuale, inidoneo alla formazione, sia pure per implicito, del giudicato interno sul rito e non compromette, perciò, in alcun modo la prosecuzione del giudizio e la definizione della vertenza nel merito»[4];

Si distingueva fra 'ordinanze istruttorie' e 'sentenze interlocutorie a contenuto meramente istruttorio'[5]; neppure a queste ultime poteva riconoscersi autorità di giudicato (sia pur implicito), sulla pretesa azionata, stante il contenuto meramente ordinatorio e non decisorio della sentenza stessa[6].

Quanto all'impugnabilità, sia pur con l'associare un ondivago significato in senso stretto alla locuzione 'pronuncia interlocutoria' (come 'non finale', e come 'non decisoria' o meramente ordinatoria-istruttoria):

«Ai sensi dell'art. 26, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, possono essere oggetto di appello al Consiglio di Stato soltanto i provvedimenti del giudice amministrativo di primo grado aventi natura decisoria (sentenze definitive o interlocutorie, quest'ultime solo nelle parti che contengono la soluzione espressa di uno o più punti della controversia, nonché le ordinanze rese sulle domande di sospensione di

[1] Assumendo, quale principale termine normativo di riferimento, l'art. 26, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali.

[2] Annotazioni storiche si rinvengono in A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2002, segn. pp. 896 s.

[3] Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 1986, n. 471. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. IV, 7 aprile 1989, n. 231.

[4] Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 1990, n. 366.

[5] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 22 dicembre 1986, n. 1274.

[6] Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 1990, n. 518. Cfr. pure: Cons. Stato, ad plen., 6 giugno 1990, n. 5; sez. V, 12 luglio 1996, n. 850.

ISSN 2036-7821

provvedimenti impugnati); pertanto deve essere dichiarato inammissibile il ricorso in appello avverso un'ordinanza collegiale del Tar con la quale viene rinviato a nuovo ruolo un ricorso per motivi di connessione, non avendo tale ordinanza, né implicitamente né esplicitamente, carattere decisorio, né definitivo né parziale, così come non mira ad assolvere la funzione di dirimere la lite, o parte di essa, e non ha neppure effetti simili a quelli di una sentenza»[7];

«Le decisioni in materia di mezzi istruttori non sono di per sé idonee a ledere alcun interesse e, anche quando contengono considerazioni tali da rendere manifesto l'indirizzo che il giudice intende dare alla soluzione della controversia, non precludono al giudice una decisione finale diversamente orientata; pertanto, è inammissibile l'appello al Consiglio di Stato contro una decisione interlocutoria di tribunale amministrativo regionale»[8];

«Nel giudizio amministrativo le pronunce istruttorie od interlocutorie non sono immediatamente appellabili e pertanto non passano in giudicato se non con la sentenza definitiva»[9];

«Le sentenze interlocutorie dei Tar, in quanto prive di contenuto decisorio, sono inappellabili, e, non essendo stata fatta riserva di appello, non ne è consentita l'impugnazione nemmeno insieme alla sentenza definitiva»[10].

La posizione (più coerente coi principi processuali, a partire dalla strumentalità delle forme) sulla quale aveva finito coll'attestarsi la giurisprudenza, con prevalenza di un criterio sostanziale di valutazione (indipendentemente dalla qualificazione come sentenza e dalla spendita dell'attributo di 'interlocutorietà'), pare ben sintetizzata dalla seguente pronuncia: «tra le sentenze interlocutorie, solo quelle che hanno carattere preliminare (che risolvano, cioè, questioni pregiudiziali o preliminari, pronunciando su giurisdizione, ammissibilità, procedibilità, competenza) e quelle parziali (che decidano definitivamente su una parte soltanto del merito) hanno carattere decisorio e passano in cosa giudicata se non sono impugnate tempestivamente o non viene fatta riserva di impugnativa; gli altri provvedimenti giurisdizionali (quelli che ordinano la riunione di più cause, l'integrazione del

[7] Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1983, n. 528.

[8] Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 1981, n. 511. Cfr. pure: Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 1981, n. 292; sez. VI, 13 luglio 1985, n. 422; sez. VI, 18 novembre 1985, n. 607 (secondo cui «non è appellabile la sentenza intesa a disporre un'attività diretta ad integrare il contraddittorio nei riguardi di coloro che possono avere interesse ad opporsi al ricorso e resa necessaria ai fini di un unico giudicato nei confronti di quelle parti che hanno una posizione giuridicamente qualificata alla conservazione dell'atto impugnato»); sez. VI, 27 maggio 1991, n. 321; sez. V, 18 febbraio 1992, n. 136; sez. V, 8 febbraio 1994, n. 62 («è inammissibile l'appello contro una decisione interlocutoria con la quale "riservata ogni decisione nel merito del giudizio e in ordine alle spese", si dispone incombenti istruttori ancorché la questione giuridica posta dal ricorrente possa ritenersi risolta da detta pronuncia, non potendosi realizzare, sino alla pronuncia definitiva, alcuno degli effetti propri della decisione amministrativa»).

[9] Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 1996, n. 922. Cfr. pure Cons. Stato, sez. VI, 17 marzo 1999, n. 314.

[10] Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 146.

ISSN 2036-7821

contraddittorio, mezzi istruttori ecc.), pur rivestendo la forma della sentenza, sono emanati a fini ordinatori del processo o a fini istruttori e, come tali, non sono suscettibili di passare in giudicato né di determinare il giudicato implicito; pertanto, l'appello che sia stato contro questi ultimi proposto, deve considerarsi inammissibile per carenza di interesse»[11].

1.2. … e su base 'positiva' vigente.

A fronte del 'correttivo' terminologico col quale l'art. 36 c.p.a. (a partire dalla rubrica 'pronunce interlocutorie' come sviluppata nei singoli commi) ha recepito la miglior giurisprudenza pregressa, quella coeva al primo si è fatta carico di superare decisamente le questioni per nominalismi, con un'opera di 'calibratura' dei profili funzionali di quella tipologia, così nitidamente resa:

In via generale, «in applicazione del generale principio processuale della prevalenza della sostanza sulla forma, per stabilire se un provvedimento del giudice abbia la natura di sentenza o di ordinanza, è decisiva non la forma adottata, ma il suo contenuto sostanziale - purché il provvedimento abbia il minimo di requisiti formali per rientrare nel tipo che sarebbe congruo in relazione al suo contenuto. Di conseguenza, allorquando il giudice, ancorché con provvedimento avente veste formale di ordinanza, abbia, senza definire il giudizio, deciso una o più questioni pregiudiziali attinenti al processo, oppure una o più questioni preliminari di merito, che siano astrattamente idonee a definire il processo ma in concreto non lo siano per la soluzione (di segno reiettivo) adottata, a tale provvedimento, di carattere decisorio, va riconosciuta natura di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 36, c. 2, D.Lgs. n. 104/2010»[12];

Per un'ipotesi applicativa, «l'ordinanza collegiale di rimessione all'adunanza plenaria, qualora recante la decisione sulle questioni pregiudiziali di rito devolute al giudizio appello, senza esaurire l'oggetto del giudizio che, con la rimessione, prosegue per la decisione delle questioni di merito, assurge a valenza di sentenza non definitiva, ai sensi dell'art. 36, comma secondo, c.p.a. … Essendosi la *potestas iudicandi* sulle questioni pregiudiziali di rito, devolute in appello, esaurita con la decisione al riguardo assunta nell'ordinanza di rimessione assurgente, per quanto innanzi, ha valore sostanziale di sentenza, ne deriva la preclusione al riesame, nel

[11] Cons. giust. amm. reg. Sic., sez. giurisdiz., 28 maggio 1991, n. 223. Cfr. pure: Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 14 novembre 1995, n. 597 («nell'ambito delle decisioni interlocutorie soltanto quelle che statuiscono su questioni preliminari sono idonee a formare cosa giudicata sostanziale tra le parti»); Cons. giust. amm. reg. Sicilia, sez. giurisdiz., 28 marzo 1997, n. 4 («sono appellabili le sentenze interlocutorie emesse dal giudice di primo grado che appartengano alla categoria di quelle che, avendo carattere preliminare, risolvano questioni pregiudiziali o preliminari, pronunciando sulla giurisdizione, sulla ammissibilità, sulla procedibilità o sulla competenza, ovvero alla categoria di quelle che, qualificabili come parziali di merito, decidano definitivamente soltanto alcuni capi della domanda»).

[12] Cons. Stato, ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22.

ISSN 2036-7821

prosieguo del giudizio, delle questioni pregiudiziali di rito decise nell'ordinanza di rimessione»[13];
Viceversa, «nel processo amministrativo, è inammissibile il gravame avverso una pronuncia di natura interlocutoria, pure se la stessa rivesta la forma di sentenza»[14]; più dettagliatamente (e pur con un'incongruenza di richiamo), «la sentenza che non definisce nemmeno in parte il giudizio non è impugnabile. Invero la pronuncia interlocutoria (che dovrebbe essere assunta con ordinanza) non è impugnabile alla stregua dell'articolo 279, comma 4, c.p.c., per il quale "i provvedimenti del collegio che hanno forma di ordinanza, non possono mai pregiudicare la decisione della causa, sono modificabili e revocabili e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze". Tale disposizione è espressione di un principio generale applicabile al processo amministrativo»[15].

1.3. Primo apporto concettual-sistematico.

Il riportato contributo giurisprudenzial-'evolutivo' (come progressivamente imperniato sul principio processuale della prevalenza della sostanza sulla forma) ed il vigente dato normativo, paiono assolvere degnamente all'onere di risolvere i dubbi interpretativi derivanti da certa 'promiscuità' di significato in corrispondenza della medesima locuzione 'pronunce interlocutorie': in un senso lato, ad indicare quelle 'non finali' rispetto alla questione di merito sottoposta al giudice; in senso stretto, distinguendo fra quelle non decisorie o meramente ordinatorie-istruttorie, e quelle decisorie (rispetto a questioni preliminari, pregiudiziali o parziali). Stavolta, associandovi (rispettivamente):
quando il giudice non definisce nemmeno in parte il giudizio, uno strumento di portata generale e residuale, cui viene imposto il *nomen iuris* di 'ordinanza';
altrimenti, quando il primo decide solo su alcune delle questioni sottopostegli dalle parti (capi della domanda) o comunque emerse, la 'sentenza non (integralmente) definitiva'.
Se non che:
di là dall'ipotesi (nanti accennata) di ordinanza collegiale di rimessione all'adunanza plenaria, qualora recante la decisione sulle questioni pregiudiziali di rito devolute al giudizio appello, senza esaurire l'oggetto del giudizio che, con la rimessione, prosegue per la decisione delle questioni di merito;
in disparte l'ulteriore duplice questione dell'ordinanza mediante la quale (*ex art.* 85 c.p.a.) si 'decide' il giudizio di opposizione al decreto 'presidenziale' con cui vengano

[13] Cons. Stato, ad. plen., n. 22/2012 cit.
[14] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 28 luglio 2011, n. 514. In linea, puntualizzando che per statuizione interlocutoria deve intendersi quella 'priva di contenuto decisorio', Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2019, n. 1505.
[15] Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 891.

ISSN 2036-7821

pronunciate l'estinzione o l'improcedibilità del giudizio (e che, come tale, in caso di accoglimento dell'opposizione, presenterebbe, in via eccezionale, i connotati di una sentenza interlocutoria, decisoria, parziale *ex art.* 36, comma 1, c.p.a.); nonché, della natura dell'ordinanza che chiude la fase cautelare (sulla quale si tornerà nel par. seg.);

la matassa interpretativa non pare sia stata integralmente dipanata.

Ci si riferisce innanzitutto alla circostanza per cui la locuzione 'sentenza non definitiva', d'impiego più frequente nel processo civile, quando riferita alle pronunce del giudice amministrativo, assume talora un'accezione impropria: ad indicare che non sono ancora passate in giudicato[16]. Laddove la giurisprudenza amministrativa, come constatato, più spesso fa uso non meno equivoco delle espressioni 'sentenze interlocutorie' o 'parziali', a significare: la seconda, l'idoneità a decidere su uno od alcuni capi della domanda; la prima, quando non impiegata come sinonimo dell'altra, un rilievo meramente ordinatorio, interno al giudizio.

Ma è soprattutto sotto un altro profilo che può trarsi conferma delle lamentate insidie della disciplina in esame: quali emergenti a partire dall'opera 'compensativa' del 'formante' dottrinale nell'indagare sulla *ratio* della disciplina storicamente associata a quelle locuzioni[17]. Ci si riferisce innanzitutto al previgente Codice di rito civile del 1865, per il quale (come anticipato in esordio) non sussisteva distinzione, nell'ambito dell'attività del giudice, tra decisione vera e propria e scioglimento di questioni; cosicché anche il materiale preparatorio della pronuncia finale (di accoglimento o di rigetto) doveva rivestire la forma della sentenza[18]. Mentre, con la riforma introdotta nel 1940, il Codice di rito civile si è doppiamente ispirato: a maggior celerità e snellezza; nonché, all'opportunità di evitare che, risolte ed eventualmente precluse una o più questioni di merito con altrettante sentenze interlocutorie, il seguito istruttorio conducesse ad esiti contrastanti con quanto consacrato dalle prime, talvolta non rimovibili in ragione del loro passaggio in giudicato. Per l'effetto, il Codice del processo civile ha operato: dapprima, una drastica contrazione della casistica in corrispondenza della quale la decisione su questioni preliminari di merito

[16] Così Cons. Stato, sez. V, n. 1248/1970, in *Foro it.*, 1971, III, col. 85.

[17] Sul punto può rinviarsi ad una notevole mole di scritti: a partire dai più risalenti riferimenti (contenuti in E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957, p. 278; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, II, p. 312; S. CASSARINO, *Il processo amministrativo nella legislazione e nella giurisprudenza*, II - *Lo svolgimento del giudizio*, Milano, 1987, p. 246; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 1477); per giungere sino alla più recente manualistica (A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 3 ed., p. 244).

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).

[18] Cfr., *ivi*, artt. 341 e 492.

ISSN 2036-7821

andava rimessa ad una sentenza (riconducendola entro l'unica ipotesi in cui quella fosse idonea a definire il giudizio - art. 187); di seguito, certo ampliamento della nozione di questione preliminare di merito.

Laddove, esaminando la disciplina previgente del processo amministrativo, ci si avvede che:

pur avendo raccolto l'istanza di semplificazione ed accelerazione (così, rispetto all'originaria indistinzione degli atti decisori, la L. n. 205/2000 aveva modificato il testo dell'art. 44, T.U. Cons. Stato, prevedendo lo strumento dell'ordinanza per la decisione sia sui mezzi istruttori sia sull'opposizione al decreto relativo alla rinuncia al ricorso, alla cessazione della materia del contendere, all'estinzione del giudizio ed alla perenzione);

non altrettanto ha fatto con riguardo al secondo profilo di novità nel rito civile; dal momento che, con riguardo alle altre decisioni, in assenza di una disciplina generale *ad hoc*, si concludeva che fosse possibile, per il giudice, di scandire lo svolgimento della causa mediante le sentenze ritenute (di volta in volta) più convenienti.

Di tal fatta, si ponevano le stesse criticità cui aveva tentato di porre rimedio il codice di rito civile del 1940 rispetto al previgente, dal momento che:

si opinava che le sentenze contenenti soluzione espressa di un punto della controversia fossero idonee a passare in giudicato e quindi a formare altresì giudicato implicito;

coerentemente, si esigeva che, nei confronti delle sentenze parziali, la riserva d'appello fosse notificata entro il termine breve.

Solo per le sentenze (meramente) interlocutorie si predicava: nel senso della loro non autonoma appellabilità; nonché, della preclusione ad integrare un contrasto di giudicati, agli effetti della revocazione, in caso di discordanza fra le prime e quella definitiva a conclusione del medesimo processo[19].

Ebbene, a fronte di tale *excursus* storico, ben si comprende che l'assetto impresso dal vigente codice del processo amministrativo:

a dispetto di una condizione, cui è assurto lo strumento dell'ordinanza, di generalità e residualità (apparente, in quanto tendenzialmente limitata all'ambito delle determinazioni giudiziali di tipo meramente ordinatorio);

complice certo consolidarsi del principio di strumentalità delle forme;

avendo lasciato invariato il regime del trattamento delle determinazioni decisorie su alcune delle questioni portate all'attenzione del giudice (necessità della sentenza);

finisce col riproporre le medesime criticità di cui nanti si è dato conto.

Onde, spetterebbe alle parti ed al giudice, a fronte di una sentenza (non meramente interlocutoria, ma) parziale (in tal senso, 'non definitiva'), di farsi diligenti

[19] Per approfondimenti può rinviarsi a A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Cedam, 2002, segn. pp. 896-898.

ISSN 2036-7821

(rispettivamente): nell'impugnarla o (con pari tempestività) nel proporre riserva di appello[20]; e nell'evitare che maturi il passaggio in giudicato tale da renderla non rimovibile dalla sentenza definitiva, ogniqualvolta il seguito istruttorio abbia condotto ad esiti contrastanti con quanto consacrato dalla prima.
Il seguito della trattazione, di là da un 'approccio' prettamente dogmatico, si compenetra con quanto precede, secondo le seguenti connessioni (a partire da quelle 'di collegamento' contenute nel par. seg.).

Parte Seconda

1.4. Sulla natura dell'ordinanza cautelare.

La giurisprudenza amministrativa:
pur riconoscendo natura decisoria alle ordinanze rese sulle domande di sospensione degli effetti di provvedimenti impugnati (al pari delle sentenze definitive e di quelle interlocutorie - quest'ultime nel senso che contengono la soluzione espressa di uno o più punti della controversia -);
ha dimostrato assoluta (quanto aprioristica) preclusione circa una possibile 'definitività' dell'ordinanza cautelare, nel senso di escluderne comunque una connotazione 'finale', benché quest'ultima (vantando, per l'appunto, natura decisoria) sia (come tale) inequivocabilmente impugnabile; ciò, sul presupposto soverchiante che si tratterebbe (senz'altro) di un 'provvedimento interinale' (interlocutorio nell'ulteriore accezione di provvisorio).
Tale consolidato orientamento coinvolge trasversalmente l'esperienza (precedente e successiva rispetto al Codice del nuovo processo amministrativo) di quel 'formante' giuridico, come dimostra la seguente rassegna di pronunce:
«Nel processo amministrativo la fase cautelare, destinata a risolversi con la pronuncia sulla domanda di sospensione dell'atto impugnato, o di altro provvedimento interinale richiesto, costituisce una fase autonoma e distinta rispetto al giudizio d'impugnazione, e non è idonea a esplicare effetti o comunque influenza sul rapporto processuale principale»[21];
«Non fa venire meno l'atto sospeso e nemmeno la sua validità, né esercita una funzione ripristinatoria della situazione precedente, ma soltanto impedisce temporaneamente, e con efficacia *ex nunc*, la possibilità di portare l'atto ad ulteriore esecuzione e, per questo, è inevitabilmente connesso alla conclusione del giudizio. Peraltro, il provvedimento cautelare è emanato "con riserva" di accertamento della fondatezza nel merito, onde evitare che la pendenza del giudizio vada a danno dell'attore risultato vittorioso all'esito del giudizio, ed è dunque interinalmente

[20] Ai sensi dell'art. 103 c.p.a.
[21] Trib. amm. reg. Sardegna, Cagliari, sez. I, 15 luglio 2005, n. 1651.

ISSN 2036-7821

subordinato alla verifica definitiva della fondatezza delle tesi del ricorrente. Tuttavia, gli effetti di carattere sostanziale conseguono solo al passaggio in giudicato della pronuncia di merito favorevole al ricorrente, che è la sola idonea a rimuovere dalla realtà giuridica l'atto con effetti permanenti»[22];

Corrispondentemente, «nell'ambito del processo amministrativo, se il provvedimento cautelare è, per sua natura, un provvedimento interinale che subisce le sorti del giudizio nel cui ambito è emanato, la sua efficacia viene necessariamente meno: a seguito di una pronuncia di rigetto del giudizio; nel caso di successiva ordinanza di revoca del provvedimento cautelare "melius re perpensa"; per la sopravvenienza di situazioni incompatibili con il mantenimento degli effetti della sospensione; in conseguenza di qualunque vicenda processuale abbia effetti estintivi sul processo cautelare o sull'intero giudizio»[23];

In particolare, «la inconfigurabilità di un "giudicato cautelare" è direttamente dimostrata anche dall'art. 21-septies, della L. n. 241/1990, il quale sanziona con la nullità solo ed esclusivamente l'atto che viola, o elude, il giudicato su di una sentenza e non anche di una pronuncia giudiziale che non abbia ancora il carattere della definitività come quella che dispone misure cautelari. È allora evidente l'assoluta impossibilità di sostenere l'equivalenza sul piano degli effetti tra il "giudicato" in senso proprio ed un inesistente "giudicato cautelare"»[24].

La questione, se alla decisione giudiziale assunta in fase cautelare (con ordinanza) possa associarsi (in forza del principio della prevalenza della sostanza sulla forma) anche la dignità di giudicato (sostanziale), non si riduce ad un puro esercizio di stile, sol che si ponga mente sulle seguenti pronunce (nella misura in cui siano mutuabili alla bisogna):

«Il sindacato sulla giurisdizione può essere svolto, su istanza di parte o d'ufficio, solo fino a che non sia intervenuta una decisione parziale, non meramente interlocutoria, nel merito della causa»[25];

Si deve ritenere consentita l'impugnativa di pronunce interlocutorie «allorquando i motivi di gravame investano questioni in diritto che, pur presentando le caratteristiche di vere e proprie preliminari di rito, configurino tuttavia una "soccombenza teorica" dell'impugnante e siano sorrette da un reale interesse ad appellare»[26];

L'istanza di fissazione d'udienza (pubblica) deve essere rinnovata nel caso in cui quella precedente non produca più effetti, come quando (ad es.), a seguito di

[22] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 6 marzo 2023, n. 191.
[23] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, n. 191/2023 cit.
[24] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, n. 191/2023 cit.
[25] Trib. amm. reg. Sicilia, Catania, sez. I, 7 dicembre 2006, n. 2443.
[26] Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2006, n. 8067; sez. IV, 1° ottobre 2007, n. 5047.

ISSN 2036-7821

un'udienza (pur camerale) sia stata emessa una decisione interlocutoria[27].
Da qui, l'esigenza di verificare, con un sostegno dogmatico, se si risolva in un mero assunto l'orientamento propenso all'assoluta preclusione verso una possibile 'definitività' dell'ordinanza cautelare.

2. Sulle potenzialità del giudizio cautelare.

Gli sviluppi della trattazione specialistica paiono esigere una ampia introduzione circa le potenzialità del giudizio cautelare; onde far luce, di là dai nominalismi, sulle connotazioni decisorie che è in grado di assumere l'ordinanza conclusiva di quella fase processuale, sì da renderla assimilabile ad una sentenza interlocutoria, con le relative implicazioni. All'uopo, sia consentito di riportare la parte conclusiva di un saggio che aveva trovato la propria occasione nella controversa figura della 'motivazione postuma' delle determinazioni di pubblica autorità e nel correlato dibattito intorno al suo accreditamento nella sede del processo amministrativo[28].

2.1. Riconoscimento, al giudice amministrativo, di un ruolo attivo nel dispiegarsi dell'"ordine normativo".

Tradizionalmente, all'onere di un approccio di teoria generale sulle situazioni giuridiche, soggettive, si è tentato di assolvere sulla falsariga del progressivo articolarsi della nozione di "diritto soggettivo" (come includente una molteplicità di *species*) nella misura in cui risulti connessa con quella (più discutibile) di "beni della vita" (non tutti essendo disposti a ricomprendervi, oltre alla *chance* giuridica, anche gli interessi strumentali e segnatamente procedimentali - in quanto «*hanno ad oggetto situazioni e vicende dei procedimenti, onde ... si riferiscono direttamente ... a fatti procedimentali che a loro volta investono*» i primi[29] -). Ciò ha condotto, sotto il profilo "statico", a porre in discussione l'interesse legittimo (in senso stretto) come figura (strutturalmente) distinta dal diritto (dell'ordinamento amministrativo). Laddove, complici (in ultimo, ma non esclusivamente) le controindicazioni connesse ad una remissione al mero concetto di potere (sia pur in senso proprio - da esercitare secondo correttezza ovvero discrezionalità -, per via del rilievo giuridico che vi assuma il suo fine - l'utilità comune -), il contributo epistemologico è servito a disvelare come sul solo piano "dinamico", l'"interesse legittimo", in quanto trasposizione del (medesimo) "circolo ermeneutico" nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra individuo ed autorità, sia pacificamente risolvibile nello stesso diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione

[27] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. I, 20 agosto 2003, n. 1254.
[28] P. COTZA, *Motivazione "postuma" del provvedimento di pubblica autorità. Occasione per un contributo sulle situazioni giuridiche, soggettive corrispondenti al rapporto amministrativo, sul suo processo e le relative implicazioni*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2016, p. 237 s., segn. sez. III.
[29] Così M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 509.

ISSN 2036-7821

(come tale, parimenti variegato[30]). Per il resto, potendo coglierne il *proprium* a partire dalla soggettivazione di una normativa rispondente ad uno schema "consequenzialista" (orientato sull'orizzonte del futuro) eppertanto (nella corrispondente accezione di legalità), come tale interagente con l'interesse pubblico.
Sennonché, nel momento in cui risulta investito dall'indagine anche l'aspetto (precipuamente) di tutela, l'"approccio" impresso può consentire di affrontare con maggior consapevolezza il problema se i vincoli e/o le utilità che emergono nel processo e con la sentenza siano "valenze prodotte autonomamente" o se rappresentino nient'altro che il riconoscimento e la ricostruzione dell'"originaria struttura dell'interesse legittimo che quanto meno potenzialmente le conteneva".
A questo punto, non possono passare inosservate le implicazioni di una concezione teoretica dell'interesse legittimo, "epistemologicamente orientata" (con correlata esaltazione delle potenzialità del "circolo ermeneutico" in punto di ricostruzione dell'interesse pubblico), su certi compiti precipui, riconoscibili in capo al giudice amministrativo, dal momento che il suo ruolo: non si esaurisce nel riscontro di conformità (sull'assunto per cui egli applica la legge secondo un'interpretazione "oggettiva" della disposizione e dei fatti sottopostigli) in funzione di un sindacato di fondatezza della pretesa sostanziale "azionata"; ma, inquadrandosi nelle dinamiche del rapporto amministrativo, concorre a plasmare la fisionomia stessa della situazione soggettiva tutelata.
Segnatamente, il riconoscimento di un potere di accertamento:
non limitato agli elementi (di fatto e di diritto) "rigidi" del rapporto amministrativo (richiesti dall'ordinamento onde adottare l'atto - o definirne un certo contenuto -, tutte le volte in cui l'esistenza ed i caratteri di quei presupposti siano rimessi dalla norma a riscontri oggettivi), ma esteso a fattispecie per le quali è ammesso un intervento discrezionale, precisandone i relativi criteri[31];

[30] M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, V, segn. col. 473 così s'interrogava prima dell'entrata in vigore della Legge generale sul procedimento: «Resta ... da stabilire se gli interessi che si fanno valere nel procedimento siano anche essi interessi legittimi oppur no, con tutte le conseguenze che queste scelte comportano. Ci si deve cioè chiedere, se non sono interessi legittimi, che cosa siano...; se non lo sono, se non lo siano permanentemente, oppure vi sia un processo progressivo di acquisto da parte di essi di una condizione di legittimazione; e, se sono interessi legittimi, forme di estrinsecazione di interessi legittimi "sostanziali", nel quale ultimo caso l'interesse legittimo andrebbe visto non più come una situazione con oggetto per così dire semplice (potere di agire in giudizio o, che è lo stesso, di reagire giudizialmente all'atto amministrativo, come lo si vedeva in passato), ma come una situazione racchiudente più dimensioni di sviluppo e più possibilità (progressive) di tutela (una delle quali, che si presenta come situazione strumentale, è appunto quella di agire nel procedimento): in questo modo - da continente a contenuti - a me era parso, e continuo a ritenere, dovesse vedersi il rapporto fra interesse legittimo e interessi procedimentali».

[31] G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, pp. 228-229: «il Giudice amministrativo in sede di accertamento autonomo del rapporto ben potrà accertare e dichiarare tutte quelle limitazioni dell'agire della Pubblica Amministrazione che eventualmente derivino da norme interne o dall'applicazione del principio di imparzialità, di non contraddittorietà con precedenti determinazioni, ecc.».

ISSN 2036-7821

ben può introdurre, come da tempo è stato rilevato, ad una sorta di ruolo "attivo, creativo" che fa del giudice amministrativo non il semplice "reintegratore di un ordine violato", ma "un costruttore, un coautore dell'ordine".
Quest'ultimo aspetto di novità si spiega dal momento che, in corrispondenza della discrezionalità amministrativa, il relativo sindacato giurisdizionale, non disponendo di un compiuto ordine normativo (preconfezionato): per un verso, finisce col venire a contatto col dispiegarsi della molteplicità degli interessi; per altro, si traduce, piuttosto che in giurisdizione (nell'attuazione logicistica della volontà concreta della legge, a partire da un'interpretazione "concettuale"), nell'individuazione dei "valori di giustizia"[32]. Dunque, quando il giudice amministrativo sindaca, al contempo crea il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione amministrativa: stabilendo così l'ambito della legalità, definendo il confine fra legittimità e merito(-discrezionalità)[33]. In tale contesto, la giurisdizione amministrativa non si limita a tutelare situazioni giuridiche di piena ed esclusiva attribuzione individuale; piuttosto, estrae dalla realtà sociale l'oggetto della propria cognizione: dapprima, percependo un "conflitto d'interessi", per poi tradurlo in termini soggettivi (sussistenza o meno di un interesse legittimo - o diritto soggettivo, pubblico -)[34].

2.2. Conclusioni dogmatiche.

In quest'ottica (più ampia), giustificata dal constatare che le moderne società sono organizzate amministrativamente in modo completo e capillare e che questa sorta d'immedesimazione sinergica fra le prime e quell'apparato rinnova incessantemente le proprie trame (coinvolgendo la concreta fisionomia del potere e degli interessi correlati -utilità assicurate e tutele riconosciute -), non sembra azzardato di addivenire all'unificazione-identificazione dei concetti d'interesse legittimo e di rapporto amministrativo: intendendo per quest'ultimo "la sintesi delle possibilità e doverosità che intercorrono fra amministrazione e cittadino" quale scaturente anche dalla proiezione processuale, mentre il primo sintetizza il secondo dal punto di vista del cittadino[35]. Con quel che ne consegue (parallelamente) in termini di "distanza concettuale" dalla figura del diritto soggettivo e dallo schema dell'obbligazione civile:
al pari di quanto accade per quest'ultima (specie se "di durata") che non s'identifica

[32] M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, col. 161 s., segn. col 164.
[33] D'altronde, fin dal parere reso dal Consiglio di Stato il 16 luglio 1870 (cit. in *Manuale degli amministratori*, 1870, p. 178) risultava universalmente accettato il principio per cui la questione della legittimità del provvedimento «non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla giustizia e, quindi, dal merito dei provvedimenti». Cfr. pure GIANNINI – PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 229 s., segn. p. 238.
[34] Sul tema può rinviarsi a G. GRECO, *L'accertamento autonomo...*, cit.
[35] M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?...*, cit., parr. I.2.A. e 8.

ISSN 2036-7821

né si esaurisce nella puntuale corrispondenza del singolo obbligo (del debitore) e del corrispettivo diritto (del creditore), ma è la risultante del convergere di molteplici situazioni giuridiche, semplici (tanto attive che passive) che non si riduce né a contrapposizione né a sommatoria delle medesime, ma si erge a "struttura e processo", come "un *quid* anteriore e superiore a tali specifiche espressioni, che riassume ma anche supera"[36];
dunque, né le situazioni giuridiche né i tipi di rapporto risultando demandabili ad astratte radicalizzazioni, ma ad una rigorosa costruzione dogmatica del dato "positivo" orientata verso un obiettivo di effettività della tutela[37].
Nella medesima ottica, è intuitivo che, raggiunta la consapevolezza della "consustanzialità" fra interessi, pubblici e privati, dovrebbe discendere un "naturale" indirizzamento del giudizio generale di legittimità verso una piena cognizione del rapporto che, a sua volta, postula un completo raffronto tra fattispecie (astratta e concreta) e quindi impone come necessario l'esercizio dei più ampi poteri istruttori, senza dover rinviare a fasi successive (l'ottemperanza) onde definire la vicenda: poiché (a meno di attività amministrativa, ulteriore rispetto al giudicato) unitaria è l'azione e la situazione fatta valere in quella sede[38].
Si dispiegano così più soddisfacenti opportunità di comprensione e regimentazione di fenomenologie complesse che il dato globale di esperienza pone all'attenzione dell'interprete onde perseguire l'obiettivo di tutela:
è il caso dei servizi pubblici, in corrispondenza dei quali «conoscere bene natura e possibilità dell'interesse legittimo è essenziale per organizzare la tutela in relazione alle specifiche esigenze dei singoli "elementi" di cui consta[no]; così come è chiaro che le particolari caratteristiche che l'interesse legittimo assume nel campo specifico dei servizi pubblici non possono non influire a loro volta sulla ricostruzione del concetto di interesse legittimo in generale, la quale non può prescindere dalla esperienza delle vicende proprie del settore (aspettativa della prestazione e pretesa di essa; incidenza dei fatti di organizzazione su tali aspettative e pretese)»[39];
parimenti, con riguardo alla varietà di cui è andato arricchendosi il panorama di

[36] A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, Bologna, 1985, p. 85 s.

[37] Paiono così risuonare le parole (di monito) del CAPACCIOLI, *Per la effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1977, p. 55: «non è affermando a parole che [il relativo] processo è di accertamento e sui rapporti che si progredisce verso una giustizia amministrativa più utile». Cfr. pure: P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3, segn. p. 13; Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001 n. 4239.

[38] Cfr. al riguardo: L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, p. 272 s.; F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953; G. GIACCARDI, *Giudicato amministrativo e ulteriore attività amministrativa*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione* (Consiglio di Stato), Roma, 1989, II, p. 904 s.

[39] Così M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?...*, cit., coll. 475-476.
Osservazioni più puntuali si rinvengono in D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, segn. parr. 6 s.

ISSN 2036-7821

posizioni delle parti processuali (con le figure dei controinteressati e degli interventori)[40].

2.3. Implicazioni in punto di: effettività della tutela e legittimazione a ricorrere, giudizio di ottemperanza ...

Se si conviene su quanto precede, la proposta concezione dell'interesse legittimo può allora assecondare certo dato di esperienza forense:

sia nel garantire (all'occorrenza) una tutela (sul piano del *facere*), nei confronti dell'amministrazione pubblica, superiore rispetto al "più forte" diritto soggettivo[41];

sia per il superamento di un travagliato rapporto fra qualificazione e differenziazione ai fini della distinzione fra quella figura e l'interesse a ricorrere.

A quest'ultimo riguardo, si è perspicuamente osservato come non sempre la differenziazione venga fatta discendere da una concezione "strettamente normativa": «la necessità di una qualificazione normativa, derivante dal recepimento di schemi dottrinari formulati per conferire all'interesse legittimo carattere sostanziale e non processuale, è più ricercata che soddisfatta dalla giurisprudenza dei giudici amministrativi; questi ultimi, si rendono conto della necessità di collegare il riconoscimento di posizioni soggettive di interesse legittimo ad un riferimento normativo, ma finiscono spesso per eludere il problema ogni qualvolta una norma generale o particolare dalla quale desumere la qualificazione risulti difficile da individuare. Talvolta la giurisprudenza tende addirittura a confondere le nozioni di qualificazione e differenziazione, e sia pure al lodevole scopo di allargare il campo delle posizioni soggettive tutelabili dinanzi al Giudice amministrativo, finisce col risolvere il problema della individuazione degli interessi legittimi mediante motivazioni e argomentazioni di tipo tautologico; si considerino, ad esempio, quelle fattispecie in cui si afferma che le posizioni di interesse che si caratterizzano per un certo grado di differenziazione rispetto a quelle generalizzate (e quindi indifferenziate) di un qualunque soggetto dell'ordinamento, sarebbero, per questo

[40] Così M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?...*, cit., par. II.7.

[41] A partire da Cons. Stato, ad. pl., 8 gennaio 1986 n. 1, in *Foro amm.*, 1986, p. 14 s., ove, con riguardo alla questione dell'applicabilità di un nuovo strumento urbanistico la cui disciplina impedisca il rilascio di una concessione edilizia il diniego della quale era stato dichiarato illegittimo con una sentenza passata in giudicato: pur ribadendo che, in sede di esecuzione del giudicato, l'autorità amministrativa competente deve applicare non la disciplina del piano regolatore vigente al momento dell'originaria domanda di assenso edilizio, ma quella in essere al tempo della determinazione amministrativa imposta dalla sentenza (salva l'inopponibilità delle varianti al piano sopravvenute alla notificazione di quest'ultima); ha concluso nel senso che sussista un dovere dell'amministrazione di dar seguito alla richiesta del privato di riesaminare le varianti apportate al piano successivamente alla sua originaria richiesta di titolo, onde valutare la possibilità, compatibilmente con l'interesse pubblico, a "recuperare", in via di deroga o di ulteriore variante, la previsione del piano abrogata sulla quale si fondava originariamente la domanda "concessoria" (per relativi commenti può rinviarsi a: E. CANNADA BARTOLI, *Osservazione*, in *Foro amm.*, 1986, p. 19 s.; G. D. FALCON, *Obbligo di esecuzione e potere urbanistico comunale dopo la sentenza di annullamento del diniego di concessione edilizia*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 431 s.).

ISSN 2036-7821

stesso fatto, anche qualificate e perciò tutelabili secondo le prerogative dell'interesse legittimo»[42].

In tale contesto, già con sent. n. 49 del 18 gennaio 1984, la sez. V del Consiglio di Stato tentava d'imprimere una svolta, a partire dal rilievo processuale della peculiare posizione (differenziata) dei ricorrenti: per cui il requisito in questione (della differenziazione, per l'appunto[43]) non atterrebbe all'interesse legittimo (dunque, non rileverebbe sul piano sostanziale), bensì a quello a ricorrere. Ebbene, nel prendere posizione sul tenore di tale pronunzia, pare significativo che certa dottrina:

innanzitutto così esprimesse apprezzamento per la parte in cui vi si rimarcava l'anzidetta distinzione: «non è dubitabile che sia metodologicamente scorretto risolvere l'indagine sull'interesse a ricorrere "nella mera affermazione della sussistenza dell'interesse legittimo"; ed altrettanto scorretto è sicuramente l'atteggiamento contrario, dedurre cioè dall'interesse a ricorrere l'esistenza dell'interesse legittimo.

La titolarità di un interesse legittimo e l'interesse a ricorrere sono entrambi condizioni di ammissibilità dell'azione; ma mentre la questione dell'esistenza dell'interesse legittimo va risolta alla luce della norma positiva e quindi in via astratta, l'esistenza invece di un interesse a ricorrere può essere accertata solo in relazione alla fattispecie concreta fatta valere in giudizio.

...Alla luce di questi convincimenti non si può non apprezzare il rigore logico-giuridico di questa decisione la quale preliminarmente ha accertato l'esistenza di un vantaggio concretamente apprezzabile per i ricorrenti e successivamente ha verificato se l'interesse fatto valere in giudizio fosse meritevole di tutela»[44];

laddove, al medesimo pronunciamento si obiettava l'ulteriore conclusione per cui, tradendo certo "paralellismo" con l'interesse pubblico, debbono considerarsi meritevoli di tutela «tutti gli interessi personali che non siano "illegittimi"»[45].

Allo stesso modo può concludersi avuto riguardo alla posizione assunta da più recente giurisprudenza di merito in occasione della nomina a presidente di "autorità portuale" (da parte del ministro dei trasporti) di un soggetto unanimemente

---

[42] R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, nota a Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984 n. 49, in *Dir. Proc. amm.*, 1985, pp. 408-409. Perspicua la trattazione dedicata da S. CASSARINO, *Il processo amministrativo (nella legislazione e nella giurisprudenza)*, Milano, I, 1987, p. 605 s.

[43] Da intendersi nel senso che, "per negarlo", «non basta che altre persone si trovino nella stessa situazione del ricorrente: occorre che l'utilità da lui fatta valere non gli appartenga tutta ma costituisca la sua quota di una utilità indivisibile appartenente ad una collettività più o meno istituzionalizzata» (Cons. Stato, sez. V, n. 49/1984 cit., in *Dir. Proc. amm.*, 1985, p. 419).

[44] R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (L'interesse legittimo tra interesse a ricorrere ed interesse illegittimo)*, nota a Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, in Dir. Proc. amm., 1985, pp. 415-417.

[45] Secondo l'accezione proposta da E. CANNADA BARTOLI, *Interesse*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

proposto da parte degli Enti competenti, contro la quale il giudice amministrativo ha riconosciuto la legittimazione a ricorrere in capo ad un'associazione di operatori del settore[46]. Si è così tratto un duplice ordine di considerazioni:

«… non sempre è necessario che l'interesse sia qualificato da una norma; è sufficiente piuttosto che sia individuabile una cerchia di soggetti il cui interesse di fatto è differenziato rispetto a quello della generalità. Vale a dire che è sufficiente un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto.

Il carattere differenziato, che è contrassegno dell'interesse legittimo, può servire ad evitare che chiunque possa provocare il giudizio sull'atto, ma non dice nulla sulla ragione della trasformazione dell'interesse di fatto in interesse legittimo. Fermarsi al carattere differenziato dell'interesse, significa prescindere dalla ricerca del carattere protettivo della norma o dell'insieme di norme della cui osservanza si tratta. O, se si vuole, dalla ricerca dell'attribuzione legale a determinate categorie di soggetti di una pretesa all'azione amministrativa conforme alle regole.

In questo modo di procedere si avverte la persistenza del concetto originario di interesse legittimo, che esprime la convergenza dell'interesse di fatto dei singoli con l'interesse all'attuazione del diritto obiettivo, cioè con l'interesse pubblico espresso dalla disciplina vigente. Si può dire … che l'inerenza dell'atto alla cosa pubblica determina l'interesse al sindacato di legittimità. Non si ammette che vi siano atti amministrativi non esposti a tale sindacato. Per questo, il carattere differenziato dell'interesse può essere considerato sufficiente»;

da qui, le perplessità manifestate nel ravvisare, nella verifica giudiziale di una condizione dell'azione, l'attribuzione stessa della situazione di diritto sostanziale[47].

Laddove quelle perplessità possono essere fugate (o quantomeno ridimensionate) quando si acceda:

alla consustanzialità della discrezionalità (amministrativa) al "circolo ermeneutico";

alla mutuabilità di quel meccanismo ogniqualvolta si tratti di "applicare" la legge nella sede processuale (con correlato contributo "creativo" da parte del giudice).

Considerazioni non dissimili possono mutuarsi in tema di giudizio di ottemperanza. Di là dal graduale superamento delle più radicali accezioni di matrice prettamente "ideologica", permane certa "vitalità" del principio di divisione dei poteri nell'emisfero ordinamentale, pubblicistico. Non si può che convenire, infatti, sulla duplice circostanza per cui: quella clausola è rimasta in giuoco «come affermazione di un rapporto di alterità tra il momento delle scelte (inteso nel più vasto senso di selezione e composizione degli interessi degli individui e della società) e il momento

[46] Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2007 n. 2551, in *Foro amm. -C.d.S.-*, 2007, pp. 1573-1574.

[47] F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 s., segn. pp. 1009-1010.

ISSN 2036-7821

della risoluzione delle controversie alla stregua delle scelte già compiute»[48]; di tale retaggio ha finito col subire le maggiori ripercussioni il sistema di tutela nei confronti dell'amministrazione pubblica e, segnatamente, l'istituto del giudizio di ottemperanza (alle sentenze del giudice amministrativo in sede di legittimità).
È stato rilevato che:
le significative trasformazioni che hanno coinvolto il processo amministrativo ("per mano" sia della giurisprudenza che del Legislatore) avrebbero inciso sulla "natura giuridica" di quell'istituto; tuttavia, senza chiarirne la correlazione, sì da perpetuare gli interrogativi che lo circondano (a partire dalla surrogazione giudiziale nell'esercizio del potere – discrezionale -, sino alla "- sgrammaticata - distrazione" dell'accertamento e della condanna - all'adempimento - dalla loro "sede naturale");
per cui sarebbe "metodologicamente corretto" di cercare altrove il "nucleo fondante" di quello svolgimento; segnatamente, nell'evolversi della nozione di interesse legittimo o, meglio, nella sua estinzione come situazione soggettiva, attiva, corrispondente al dovere, dal momento che, essendo quest'ultima una situazione passiva, "irrelata", non può connotare il rapporto giuridico fra cittadino ed amministrazione pubblica, sì da lasciar spazio alla sola coppia "obbligo / diritto soggettivo (di credito, avente ad oggetto una prestazione consistente in un comportamento - in un atto - dalle caratteristiche *predeterminate*)" eppertanto, ad un processo esecutivo[49].
Laddove la concezione dell'interesse legittimo "a base teoretica" ed "epistemologicamente orientata", "legando" quella figura (intesa in senso lato) alla norma rispondente allo schema 'consequenzialista', alla discrezionalità (in quest'ottica esso stesso diritto) e (in senso stretto) all'idea d'"interesse pubblico" eppertanto, di "bene (comune) della vita" che assume rilevanza giuridica come fine (così funzionalizzato) per via di ragione operante secondo il medesimo schema "circolare" dell'interpretazione-applicazione (fatto-diritto-fatto), può consentire una più soddisfacente alternativa. Si tratta, infatti:
per un verso, di conservare autonomia concettuale all'interesse legittimo (sia pur su di un piano diverso da quello riconosciutogli dalla tradizione);
per altro verso, non solo di assecondare certo dato di esperienza giuridica nel

[48] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, p. 3: «il primo da ricondurre necessariamente al circuito della responsabilità politica, il secondo da sottrarre altrettanto necessariamente a tale circuito. In una parola, il principio della divisione dei poteri non si attesta su un valore solo tendenziale se è inteso quale proiezione del principio democratico e insieme garanzia dell'indipendenza della magistratura, se è visto quale barriera in entrata e in uscita posta alla politica rispetto all'applicazione del diritto».

[49] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza...*, cit., *Introduzione*, p. V s.; p. 175 s. Cfr. pure: S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 173 s., segn. p. 179; con riguardo al giudizio di ottemperanza, SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, pp. 3916-3917.

ISSN 2036-7821

garantire (se del caso) al cittadino una (effettività della) tutela (sul piano del *facere*) superiore rispetto al "più forte" diritto soggettivo (come a più riprese anticipato);
ma altresì, col conferire specialità ai poteri del giudice amministrativo "di legittimità", avuto riguardo al riconoscimento di un ruolo (non di mero accertamento, bensì) attivo nel dispiegarsi dell'"ordine normativo", di preservare (di riflesso) certa autonomia funzionale al giudizio di ottemperanza rispetto alle suggestioni di un suo inquadramento fra i processi "di tipo esecutivo"; posto che quella prerogativa non è assimilabile all'"eventuale presenza di momenti cognitori" in ragione della «preordinazione [del giudizio] all'esercizio da parte del giudice di una attività sostitutiva, volta a far conseguire a colui che agisce i risultati pratici del giudicato»[50];
impregiudicate sia l'opportunità di anticipare, nella fase della cognizione, prerogative (condanna) in passato ritenute di esclusivo appannaggio del giudice dell'ottemperanza e per le quali da tempo ormai si è rilevata la "condizione di reciprocità" rispetto all'esecuzione[51]; sia l'opzione a favore della reintegrazione in forma specifica (piuttosto che del risarcimento per equivalente) in corrispondenza di una discrezionalità in senso lato (*id est*, di poteri cognitori relativi a "modalità", del tipo di quelli previsti, ai sensi dell'art. 612 c.p.c., per il processo di esecuzione degli obblighi di fare e di non fare)[52]; sia l'eventualità di un'esecuzione forzata, amministrativa entro i limiti coperti dalla riserva di legge (in termini di "predeterminazione" dei casi, tipi e modi) e secondo un'articolazione ormai non dissimile da quella propria di un processo (ad un tempo) di cognizione ed esecuzione[53].

... motivazione "postuma" e giudizio cautelare

Da quanto testé riferito sulla relazione fra procedimento e processo amministrativi paiono trarsi utili indicazioni nel risolvere il problema dell'ammissibilità di una motivazione ("tardiva", *rectius*) "postuma", nel corso del giudizio, del provvedimento impugnato.

---

[50] Così V. CAIANIELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994, p. 853.

[51] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003, *Prefazione*, p. 207 s.

[52] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza...*, cit., p. 228 s. ove (non per caso) certe differenze d'impostazione (rispetto a quella testé propugnata) si stemperano affrontando le criticità estreme delle "sopravvenienze" di fatto (non altrettanto in caso di *ius superveniens*, ricorrendo il quale la soluzione risulta più rigidamente ancorata all'intangibilità del giudicato) e dell'"incompletezza del comando" (*ivi*, p. 255 s.), posto che il criterio che sovrintende alle soluzioni concrete viene identificato in quello di ragionevolezza (*ivi*, p. 266).

[53] S. CASSESE, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 173 s., segn. pp. 179-182: «Si può dire ...che vi è una sorta di attrazione nella sfera processuale di un'attività sostanzialmente giurisdizionale, anche se attribuita ad un corpo amministrativo, invece che a un corpo giudiziario. Questa attività sarà circondata da regole procedimentali non dissimili da quelle del processo. Manca, invece, un altro elemento tipico del giudizio, quello costituito dalla terzietà del giudice rispetto al conflitto che deve risolvere».

ISSN 2036-7821

Valga all'uopo una pur sommaria ricostruzione dello stato del dibattito, sulla scorta del duplice dato:
di diritto positivo, in forza del quale «ogni provvedimento amministrativo ...deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria» (art. 3, L. n. 241/1990);
concettuale, per cui strutturalmente la motivazione si articola nelle due componenti essenziali della giustificazione e dei motivi: la prima, individuante i presupposti di fatto e gli elementi di diritto su cui si fonda il provvedimento amministrativo; i secondi, atti a fornire la spiegazione logica del perché l'amministrazione sia giunta ad adottare un provvedimento (con un determinato contenuto) piuttosto che un altro[54].
Convenzione vuole che si debba distinguere fra:
motivazione "(meramente) integrativa", ad indicare quella con la quale, sul presupposto che le ragioni del provvedimento impugnato «siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva» del medesimo, l'amministrazione, nella sede contenziosa, si limiti ad elucidare quanto già emerso nel procedimento od a sostenere con maggior compiutezza e coerenza gli argomenti già versati nel provvedimento, senza sconfinare in una difesa della legittimità di quest'ultimo[55];
motivazione "(integrativa) postuma (propriamente detta)", ricorrente quando in giudizio venga introdotto od ampliato e riformulato il corredo giustificativo (in senso lato) del provvedimento impugnato, mediante argomenti nuovi, non desumibili dal percorso procedimentale[56].
Su tali basi, l'orientamento giurisprudenziale prevalente si è espresso nel senso di:

---

[54] Le succitate componenti rilevano "qualitativamente" anche da un punto di vista effettuale: per le conseguenze che i relativi vizi determinano a fronte di un contenzioso amministrativo. Infatti, quelli attinenti alla giustificazione possono determinare un giudizio che incida sull'esistenza dell'atto stesso; laddove, esprimendo i motivi il momento della ponderazione degli interessi e delle scelte operate, i relativi vizi incidono su profili di legittimità e validità dell'atto.

[55] Di tale avviso Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010 n. 1241 che così prosegue: «Né, a ben vedere, tutte le ipotesi di chiarimenti rese nel corso del giudizio valgono quali inammissibili casi di vera e propria integrazione postuma della motivazione.

Nella specie l'integrazione postuma della motivazione si è risolta nella mera indicazione di una fonte normativa prima non esplicitata (consistente nell'esistenza di una decisione comunitaria a fondamento dell'operato dell'amministrazione), fonte che ben avrebbe dovuto e potuto essere conosciut[a] da un operatore professionale quale la società ricorrente, per cui il vizio di eccesso di potere è insussistente».

[56] In quest'ultimo caso, riscontrandosi necessariamente "unità di tempo e di luogo tra integrazione ad opera della p.a. e processo" (così M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 310).

Sulla variegata tipologia di qualificazioni corrispondente al sintagma "motivazione del provvedimento", sia pur limitatamente al lessico di diritto amministrativo, può rinviarsi a G. MANNUCCI, *Uno, Nessuno, Centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 860. Come si evince dalla seconda nt. del presente sotto-par., non sempre si riscontra rigore nelle applicazioni terminologiche ed univocità delle accezioni connessevi.

ISSN 2036-7821

ammettere una motivazione integrativa[57]; così estendendole il medesimo trattamento riservato all'ipotesi di adozione di provvedimento di contenuto identico al precedente, ma privo del vizio che lo connotava ("convalida", per via dell'esercizio del c.d. *ius poenitendi* in sede di autotutela)[58];
tendenzialmente escludere la motivazione postuma[59]; pur se tale operazione trovi esperimento in una sede di gravame ulteriore rispetto alla prima[60].
Quest'ultimo ordine di conclusioni si spiegherebbe anche con ragioni di trasparenza e delimitazione del sindacato del giudice[61]; ma soprattutto in termini di garanzia, la motivazione postuma rappresentando un grave *vulnus* al "presidio essenziale del diritto di difesa", dal momento che:
al ricorrente non può risultar sufficiente di confidare nella sola lesività della propria

[57] Di tale avviso, *ex pluribus*: Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2010 n. 1241; sez. V, 27 marzo 2013 n. 1808; sez. III, 10 luglio 2015 n. 3488.

[58] In particolare, a quest'ultimo riguardo, come all'amministrazione non potrebbe negarsi un intervento riparatorio sottoforma di "ritiro", non sarebbe dato di comprendere per quale ragione le si dovrebbe precludere un intervento meno invasivo quale (per l'appunto) quello di riforma sottesa ad un obiettivo di *emendatio* (Trib. amm. reg. Campania, Salerno, n. 4022/2009).

[59] Recentemente hanno ribadito tale orientamento: Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 novembre 2015 n. 1639 («ove gli argomenti spesi in sede processuale non emergano già nella fase procedimentale quale fondamento della decisione impugnata»); Cons. Giust. amm. Reg. Sic., 27 gennaio 2016 n. 15 («con la conseguenza che non assumono rilievo ai fini del vaglio della ...legittimità [del provvedimento] argomentazioni che esulano dal contenuto della relativa motivazione, prospettando nuove contestazioni»); 6 aprile 2016 n. 74.

[60] «È vietata l'integrazione postuma in sede di appello, della motivazione dei provvedimenti gravati in primo grado; di conseguenza non sono suscettibili di considerazione le generiche argomentazioni integrative svolte in sede processuale» (Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2013 n. 2084).

[61] Così Trib. amm. reg. Piemonte, sez. I, 12 luglio 2013 n. 887 («...nell'ordinamento vigente la motivazione deve precedere e non seguire l'adozione del provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario»). Cfr. pure:

Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I, 14 dicembre 2015 n. 5727 («è inammissibile l'integrazione postuma della motivazione di un atto amministrativo realizzata mediante gli scritti difensivi predisposti dall'amministrazione resistente, e ciò anche dopo le modifiche apportate alla legge n. 241/1990 dalla legge n. 15/2005, rimanendo sempre valido il principio secondo cui la motivazione del provvedimento non può essere integrata in corso di causa con la specificazione di elementi di fatto in origine non presi in considerazione, dovendo la motivazione precedere e non seguire il provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario -orientamento consolidato...-»), ove si richiamano *ex multis*: Consiglio di Stato, sez. VI, 18 ottobre 2011 n. 5598 e 30 giugno 2011 n. 3882; TAR Campania Salerno, sez. II, 15 febbraio 2012 n. 218; TAR Campania Napoli, sez. VII, 10 giugno 2011 n. 3081;

Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. II, 11 maggio 2016 n. 2393 secondo cui, d'altronde, in caso d'integrazione postuma mediante atti difensivi, il giudice amministrativo non potrebbe comunque pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati -art. 34 c.p.a.-».

In relazione al profilo impugnatorio del giudizio amministrativo, che il concedere cittadinanza ad una motivazione "postuma" possa comportare un inammissibile allargamento del *thema decidendum*, spingendo la cognizione del giudice ben oltre quanto cristallizzato dal provvedimento gravato, è paventato in MANNUCCI, *Uno...*, cit., p. 854 s.

Puntualizza G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, p. 784 che la possibilità di scindere la motivazione dal provvedimento andrebbe confinata alla sola ipotesi di cui al co. 3, art. 3, L. n. 241/1990 cit., in cui la prima venga formulata *per relationem* senza tuttavia alterare l'anteriorità rispetto al secondo. In questi termini si è espresso Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. II, 4 febbraio 2015 n. 388.

ISSN 2036-7821

situazione giuridica, da parte della determinazione amministrativa, essendo necessaria l'idonea conoscibilità delle ragioni di diritto e dei presupposti di fatto alla base dell'adozione dell'atto; in difetto della quale il destinatario del provvedimento non può ricostruire appieno le eventuali illegittimità, né articolare adeguatamente le proprie doglianze;

un ulteriore intervento dell'amministrazione, benché "in chiave correttiva", imporrebbe al privato un aggravio degli oneri d'impugnativa, in prospettiva potendo innescare una perversa spirale (*usque ad infinitum*) del medesimo ordine (foss'anche in termini di promovimento di "motivi aggiunti" di ricorso), nello specifico pregiudicando il principio della pari condizione delle parti processuali (*ex art.* 111 Cost.)[62].

Onde superare i menzionati argomenti ostativi, potrebbe obiettarsi che, perfezionatosi l'avvicendamento di un processo "sul rapporto" (avente ad oggetto direttamente il "bene della vita", l'"esistenza obiettiva della fattispecie") rispetto a quello imperniato sulla questione di legittimità formale del provvedimento (alla base dell'originario assetto impugnatorio), non sarebbe giustificato (anche alla luce del principio di "conservazione") il precludere all'amministrazione la facoltà di addurre in giudizio ogni mezzo giuridico per dimostrare la fondatezza delle proprie conclusioni[63]. Tantopiù:

una volta riconosciuto che l'amministrazione sia chiamata a rispondere in sede risarcitoria dell'illegittimità dei propri atti, cosicché non le si potrebbe negare il potere-dovere di porvi rimedio con iniziative di diligenza ad usbergo (oltreché della legalità) dei propri interessi, contenendo le implicazioni patrimoniali (danno erariale) della propria responsabilità[64];

alla luce del trattamento riservato dall'ordinamento nazionale al correlato problema dei rapporti fra giudicato di annullamento e riedizione del potere con motivazione

---

[62] In tal senso *ex pluribus* Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012 n. 3376, ove si porta l'esempio per cui l'unico motivo addotto dall'amministrazione per respingere un'istanza avanzata dal privato sia stato quello della sua presentazione tardiva; mentre, del supposto deficit di allegazione documentale, dedotto successivamente, nessuna menzione sia stata fatta nella sede infraprocedimentale e, di conseguenza il privato non abbia potuto articolare difese in detta fase.

Cfr. pure A. ROMANO TASSONE, *Motivazione* (dir. amm.), in *Dizionario di diritto pubblico* -a cura di S. Cassese-, Milano, 2006, p. 3476.

[63] Osserva P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, p. 3 s., segn. p. 27: «La censura rappresentata ...dall'attività dell'Amministrazione, che si frappone tra la realtà materiale e l'indagine consentita al giudice, è particolarmente evidente nell'indirizzo [giurisprudenziale] assolutamente costante che esclude l'integrazione della motivazione successivamente alla sua esternazione e, quindi, nel corso del giudizio. Se invero si ritenesse che il sindacato giurisprudenziale debba avere direttamente ad oggetto l'esistenza obiettiva della fattispecie, non sarebbe giustificato negare poi all'Amministrazione la facoltà di addurre in giudizio ogni mezzo per dimostrare la fondatezza delle proprie conclusioni».

[64] Il principio del *neminem laedere* implicando, anche in capo ai soggetti pubblici, un onere di attivarsi onde far cessare la situazione d'illiceità ai medesimi imputabile e suscettiva di determinare ulteriori conseguenze pregiudizievoli; in difetto, potendo determinarsi una incontrollabile dilatazione del pregiudizio risarcibile.

ISSN 2036-7821

diversa[65].

Semmai, un pesante indizio a favore di un'"apertura" dell'ordinamento verso la motivazione "postuma" sarebbe rappresentato proprio dalla "codificazione" dell'impugnazione per motivi aggiunti di atti diversi da quello inizialmente sottoposto a gravame, ma ad esso connessi ed adottati nelle more del giudizio[66].

In tale contesto, non sono mancate pronunzie che hanno ritenuto di spostare il confine, dell'ambito di "temperamento" della regola del divieto di motivazione postuma, in corrispondenza di atti di natura vincolata, «nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto»[67]. Come noto, la

---

[65] Ne tratta F. S. MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma della motivazione alla luce dell'articolo 21* octies *comma 2 della Legge n. 241 del 1990. Profili di incidenza sugli atti regolatori adottati dalle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *www.dimt.it*, 2016: «Il Consiglio di Stato, con l'Adunanza Plenaria n. 2 del 2013 ha stabilito che è ormai certo che il sapiente punto di equilibrio tra istanze di effettività della tutela giurisdizionale per il cittadino che non voglia vedersi vittima di dinieghi a catena surrettiziamente motivati dalla p.a. ed inesauribilità del potere amministrativo -almeno relativamente agli spazi lasciati vuoti dal giudicato- può essere rinvenuto nella tesi per cui "la p.a. non ha una terza *chance*"; ne consegue che, ove ...sia ...intervenuto giudicato di annullamento, la p.a. potrà sì adottare un provvedimento identico a quello annullato, ma sorretto da una motivazione diversa e purché palesi in quella sede, con una particolare attenzione, tutte le ragioni fattuali e giuridiche possibili; in caso contrario, il ricorrente potrà adire il giudice dell'ottemperanza per vedere dichiarata la nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato ed ottenere così la spettanza del bene della vita per cui ha agito in giudizio».

In questo senso, secondo il medesimo a., benché la fattispecie esaminata attenga ad atti discrezionali, «sembra orientata anche la ...sentenza n. 1018/14 del Consiglio di Stato: "Nell'ordinamento italiano, per costante elaborazione pretoria, non trova riconoscimento la teoria c.d. del "*one shot*" (viceversa ammessa in altri ordinamenti)".

Detta regola prevede che l'Amministrazione possa pronunciarsi negativamente una sola volta, facendo in detta occasione emergere tutte le possibili motivazioni che si oppongono all'accoglimento della istanza del privato. Nel sistema italiano il principio è stato "temperato": in altri termini, l'annullamento di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale, che abbia negato la soddisfazione di un interesse legittimo pretensivo, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita, ma obbliga semplicemente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza. In sintesi: al diniego di atto ampliativo vittoriosamente gravato in sede giurisdizionale, non consegue sempre e comunque l'obbligo per l'Amministrazione rimasta soccombente di rilasciare il titolo ampliativo medesimo, potendo essa, quantomeno in sede di prima riedizione del potere, evidenziare ulteriori elementi preclusivi (una sola volta, però)».

[66] Ne riferisce MANNUCCI, *Uno...*, cit. p. 858. Osserva MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma...*, cit.: «sotto un profilo pragmatico, ...negare l'integrazione della motivazione in giudizio potrebbe portare ad effetti addirittura pregiudizievoli per il ricorrente che risulterebbe sterilmente vittorioso, atteso che la p.a. ben potrebbe rieditare il potere, adottando il medesimo provvedimento, ma in forza di motivazioni che non ha potuto palesare in giudizio; con la conseguenza che il ricorrente dovrebbe poi impugnare il nuovo atto in un nuovo giudizio, con duplicazione di oneri e allungamento dei tempi, laddove in caso di integrazione postuma può proporre l'impugnazione con lo strumento dei motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43 del c.p.a».

[67] Così (in linea con l'orientamento inaugurato da Cons. St., sez. IV, n. 5171/2007) Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013 n. 4194; sez. IV, 4 marzo 2014 n. 1018 («Nel giudizio amministrativo, il divieto di integrazione della motivazione non ha carattere assoluto, in quanto non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione: è il caso degli atti di natura vincolata di cui all'art. 21-*octies*, L. n. 241 del 1990, nei quali l'Amministrazione può dare anche successivamente l'effettiva dimostrazione in giudizio dell'impossibilità di un diverso contenuto dispositivo dell'atto, oppure quello concernente la

ISSN 2036-7821

conclusione permane controversa, trattandosi di stabilire:
se il vizio di difetto di motivazione, riconducibile entro l'alveo della violazione di legge per contrasto con l'art. 3, L. n. 241/1990, possa ricadere nel co. 2, primo alinea, art. 21-*octies* del medesimo testo normativo;
all'uopo, oltre ai dubbi sulla "portata" di quest'ultima disposizione (solo attività vincolata), se quel vizio sia meramente formale-procedimentale o sostanziale (come tale, implicante sempre l'illegittimità e l'annullabilità dell'atto)[68].
Peraltro, di là da tali questioni (che spingerebbero la presente indagine oltre i confini di "occasionalità" impostile), quel che rileva è di poter così riassumere lo "stato

possibilità di una successiva indicazione di una fonte normativa non prima menzionata nel provvedimento, quando questa, per la sua notorietà, ben avrebbe potuto e dovuto essere conosciuta da un operatore professionale»).

In linea, Trib. amm. reg. Umbria, sez. III, 28 aprile 2015 n. 679, ove si ribadisce l'ammissibilità di una "precisazione" addotta in giudizio dalla difesa dell'amministrazione resistente, «in quanto tesa a dimostrare ...che il contenuto di un provvedimento non discrezionale non avrebbe potuto essere diverso e in quanto su tale precisazione la parte ricorrente ha avuto modo di contraddire».

Non vi osterebbe, peraltro, alcuna disposizione di diritto europeo: posto che l'art. 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione imporrebbe di esplicitare l'*iter* formativo e le ragioni limitatamente alle scelte discrezionali.

Corte cost., ord. 26 maggio 2015 n. 92 ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità della disposizione nanti menzionata, nella misura in cui consentirebbe l'integrazione, in sede processuale, della motivazione del provvedimento amministrativo, vincolato, anche quando sia trascorso un rilevante periodo di tempo.

[68] Di quest'ultimo avviso: Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I n. 5727/2015 cit. («Invero, la norma contenuta nell'art. 3 della legge n. 241/1990, che prescrive che ogni provvedimento amministrativo sia motivato, non è riconducibile a quelle "sul procedimento o sulla forma degli atti", poiché la motivazione non ha alcuna attinenza né con lo svolgimento del procedimento né con la forma degli atti in senso stretto, riguardando, più precisamente, l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche "che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"; tant'è che nella stessa giurisprudenza comunitaria la motivazione viene configurata come requisito di "forma sostanziale" -cfr. TAR Sicilia Catania, Sez. IV, 29 marzo 2012 n. 900-»); Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2014 n. 1629 (a detta della quale l'art. 21-*octies*, co. 2 cit. non potrebbe comunque estendersi al vizio di motivazione del provvedimento, dal momento che essa «costituisce il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo e, perciò, diviene un presidio di legalità sostanziale insostituibile, neppure col ragionamento ipotetico proprio dell'articolo 21-*octies* comma secondo»). In linea, riconducendo la motivazione a requisito di "forma sostanziale": Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. I, 8 settembre 2015 n. 4400, con conseguente inammissibilità di un'"integrazione postuma" (né mediante scritti difensivi predisposti dall'amministrazione resistente, né attraverso atti procedimentali, successivi); Trib. amm. reg. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 maggio 2015 n. 212; Trib. amm. reg. Basilicata, Potenza, sez. I, 23 aprile 2016 n. 431.

Cfr. pure MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit.: «Già all'indomani dell'introduzione del secondo comma dell'articolo 21-*octies* della L. n. 241/90, infatti, è risultato certo che il vizio implicato dalla riforma fosse senza dubbio quello di violazione di legge e non quello di eccesso di potere, che coinvolge l'attività discrezionale, al più riconducibile nel secondo alinea della norma in esame, per il solo caso di mancata comunicazione di avvio del procedimento; bisogna, dunque, chiedersi se la mancanza di motivazione possa costituire un vizio solo formale o procedimentale o, piuttosto, si atteggi quale vizio sostanziale, come tale sempre implicante l'illegittimità e l'annullabilità dell'atto.

Si tratta di uno dei problemi maggiormente complessi del diritto amministrativo moderno, toccando due aspetti - quello della motivazione e la portata dell'art. 21-*octies* comma 2 - di notevole, connessa problematicità, oltre ai riflessi sulle tensioni di fondo che intercorrono circa i modi di intendere i rapporti tra p.a. e cittadini».

ISSN 2036-7821

dell'arte" nella sua massima forza espansiva: «...sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata.

...alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata:

non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato;

nei casi in cui, in fase infraprocedimentale, risultano percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato;

nei casi di atti vincolati»[69].

Rebus sic stantibus, dunque: qualora si convenga sulla scelta di fondo nel configurare il difetto di motivazione come vizio formale, o comunque si dissenta dal ricondurre la motivazione a requisito di "forma sostanziale"[70]; avuto riguardo alla partizione

[69] Cons. Stato, sez. IV, n. 1018/2014 cit.

Sul "rapporto di forza" tra opposti orientamenti, MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit.: «Per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa è stata granitica nel senso di escludere il vizio di motivazione carente dall'alveo dei vizi formali e procedimentali, dal momento che non riguarda la mera forma degli atti o il "*modus procedendi*" della p.a., ma tocca l'essenza stessa del provvedimento, anche in relazione alle funzioni che svolge, in particolare quelle di assicurare la trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, la "legittimazione democratica" della p.a., la parità di posizioni tra p.a. e cittadino, che altrimenti non potrebbe esercitare il diritto fondamentale di difesa, costretto ad impugnare il provvedimento ancora ignaro delle ragioni ad esso sottese, solo per non incorrere nella relativa decadenza; il difetto di motivazione in caso di attività vincolata, dunque, era assolutamente insanabile e nessuno spazio, ovviamente, vi sarebbe stato per la p.a. di integrare "*ex post*" il corredo motivazionale in giudizio.

Questa ricostruzione, però, è stata recentemente rivista nel senso della riconduzione del vizio di carente motivazione nell'alveo di quelli formali, con conseguente applicabilità dell'articolo 21-*octies*, comma 2, primo alinea, ed altresì ...dell'ammissibilità di una motivazione postuma da parte della p.a.

La giurisprudenza amministrativa, capovolgendo il tradizionale orientamento, dunque, ammette oggi la c.d. "dequotazione del vizio di difetto di motivazione", sia pure limitatamente all'attività vincolata, muovendo in realtà proprio dalla "ratio" sottesa all'obbligo generalizzato della motivazione: garantire la tutela giurisdizionale del cittadino.

In altri termini, dunque, il provvedimento a carattere vincolato non sarà annullabile laddove la motivazione, ancorché carente del tutto o incompleta, non abbia comunque inficiato il diritto di difesa dell'interessato, oppure laddove la motivazione emerga dalla fase istruttoria o infraprocedimentale; in questi casi, pertanto, l'annullamento sarebbe inutile dal momento che il provvedimento, seppur non motivato o non adeguatamente motivato, non avrebbe potuto comunque essere diverso».

[70] Da qui il commento di MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit.: «Accedendo a questa ricostruzione viene a mancare la possibilità di ammettere una motivazione postuma da parte della p.a.

Si tratta di un orientamento particolarmente rigoroso che, intervenendo a breve lasso di tempo dopo la citata sentenza "possibilista" circa la non invalidità del provvedimento affetto da vizio di motivazione, rilancia l'attualità del problema, con un'interpretazione che riconduce l'assenza di motivazione nell'alveo della nullità

ISSN 2036-7821

rilevata in esordio del presente sotto-par., fra giustificazione e motivi (in senso stretto); si dovrebbe concludere nel senso che la motivazione postuma (al più alle condizioni testé indicate) non possa comunque ammettersi con riguardo ai secondi, in quanto attinenti ad una valutazione discrezionale[71].

Nondimeno, una concezione dell'interesse legittimo "in chiave di rapporto a tutto tondo", quale proposta nel presente studio, pare offrire un orizzonte dogmatico di riferimento tale da affinare ed estendere gli esiti attuali dell'orientamento favorevole ad una motivazione postuma:

lungi dall'escluderla in assoluto, per ammetterla (piuttosto) anche con riguardo ad una fase di "ponderazione" (inerente ai motivi in senso stretto) dal più o meno accentuato tasso di discrezionalità amministrativa (tenuto conto di un tendenziale percorso discendente che ne caratterizza al momento la relativa parabola);

quantomeno se "versata" nel corso di una fase, quale quella cautelare, in cui (di là dall'estensibilità ai relativi esiti di un rimedio del tipo dell'ottemperanza) la sommarietà, provvisorietà ed atipicità del *decisum* paiono senz'altro compatibili con (ed anzi esaltano le potenzialità di) un assetto non necessariamente cristallizzato degli interessi (pubblico e privato) in giuoco; sì da lasciare ancora certo spazio ad un'ingerenza dell'autorità nel processo[72], nella misura in cui non comporti (secondo il linguaggio della giurisprudenza) un intollerabile sacrificio del diritto di difesa dell'individuo, la cui posizione (pur *in fieri*) non resta sovraesposta stante un'egida giudiziale capace di spingersi sino alla codeterminazione dell'ordine normativo.

In quest'ottica, potendo "ritagliarsi", all'interno del giudizio, una sorta di "ibrido", un momento di confluenza con la vicenda procedimentale (di cui il primo si fa pure appendice eventuale) che, se gestito sapientemente, potrebbe condurre persino ad un'estinzione del contenzioso[73]. Laddove, in difetto, s'integrerebbe una altrettanto ingiustificata (perché irragionevole) "iperprotezione" dell'interesse del privato, in

---

strutturale, considerandosi la motivazione stessa un elemento essenziale del provvedimento, facendo propria la tesi finora rimasta minoritaria finanche in dottrina».

[71] Non per caso, MARTUCCI DI SCARFIZZI, *L'integrazione postuma*..., cit. ha così perspicuamente annotato: «Si può, dunque, preliminarmente delimitare l'ambito oggettivo del problema poiché, in caso di mancanza di motivazione rispetto ad attività discrezionale pura o discrezionale-tecnica, ...si prospetterà l'annullabilità per eccesso di potere, di cui la carenza motivazionale costituisce figura sintomatica per antonomasia.

Il problema, dunque, riguarda essenzialmente l'attività vincolata».

[72] Secondo le osservazioni anticipate in ns. Sez. I, sulla scorta della riflessione formulata da F. LEDDA, in *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Jus*, 1997, p. 315 s., segn. pp. 319-321. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; P. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 516; CHIAPPETTA - DE GIORGI, *Innovazioni in tema di motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 588.

[73] Sulle cennate tematiche può rinviarsi a: A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta* (nota a Cons. giust. amm. reg. Sic., 20 aprile 1993 n. 149), in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 577 s.; S. RAIMONDI, *Profili processuali ed effetti sostanziali della tutela cautelare tra giudizio di merito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 609 s.

ISSN 2036-7821

prospettiva assicurandogli indiscriminatamente l'annullamento giurisdizionale del provvedimento viziato (con le paventate controindicazioni per l'amministrazione).

3. Conclusioni specialistiche.

Il discorso testé svolto (una volta emancipato dall'occasione che lo ha indotto) può condurre alla conclusione per cui, la fase cautelare del processo amministrativo:

al cospetto di una controversia vertente su esercizio discrezionale ('puro') che (come tale) comporta il coinvolgimento del giudice attraverso un potere di accertamento non limitato agli elementi (di fatto e di diritto) "rigidi" del rapporto amministrativo;

ben può introdurre ad una sorta di ruolo "attivo, creativo" che fa del giudice amministrativo non il semplice "reintegratore di un ordine violato", ma "un costruttore, un coautore dell'ordine".

Se si verifica siffatta circostanza, evidentemente il provvedimento col quale quella fase si conclude, sul piano sostanziale non può ricondursi ad una mera ordinanza (della quale pur condivide la componente di preclusione temporanea della possibilità di portare l'atto impugnato ad ulteriore esecuzione): integrando altresì una decisione 'ibrida', qualora non definisca il giudizio, sì da assumere la dignità di sentenza interlocutoria, cautelare: come tale (per entrambi i profili contestualmente) impugnabile. Laddove, qualora ricorrano i presupposti (completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite) per una definizione integrale, l'autorità giurisdizionale potrà optare per una sentenza definitiva in forma semplificata[74].

[74] Ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Ascesa, declino e destino degli organi di garanzia statutaria

di Matteo Carrer

(Professore associato di diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli studi di Bergamo)

Sommario

1. L'ambito di indagine. Quale garanzia per quali statuti? – 2. Modelli ispiratori e dibattito sul ruolo degli organi di garanzia statutaria. – 3. La disciplina degli organi di garanzia statutaria. – 3.1. Abruzzo. – 3.2. Basilicata. – 3.3. Calabria. – 3.4. Campania. – 3.5. Emilia-Romagna. – 3.6. Lazio. – 3.7. Liguria. – 3.8. Lombardia. – 3.9. Marche. – 3.10. Molise. – 3.11. Piemonte. – 3.12. Puglia. – 2.13. Toscana. – 3.14. Umbria. – 3.15. Veneto. – 4. Linee di sintesi e prospettiche. Conclusioni. Annotazioni per un ripensamento dell'organo di garanzia statutaria.

Abstract

The article analyzes the evolution, challenges, and prospects of the statutory guarantee bodies established following the reform of Title V of the Italian Constitution. These bodies, initially provided for by almost all ordinary regional statutes, were created with the aim of serving as non-essential entities in dialogue with the necessary organs that define the regional form of government. However, their implementation has been uneven: some regions have established and activated them, others have merely included them in their statutes or subsequently abolished them, while some have never introduced them at all. The article examines the legislative development in each ordinary region, also analyzing the dynamics that led to the suppression or non-activation of certain bodies. Regarding the bodies that have been activated and are operational, the article highlights the significant aspects of their advisory output. In conclusion, it proposes an evolutionary solution based on the application of Article 117, penultimate paragraph, of the Constitution, which would ensure greater continuity, efficiency, and quality in the exercise of consultative and guarantee functions, albeit requiring the overcoming of regional parochialism.

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

ISSN 2036-7821

1. L'ambito di indagine. Quale garanzia per quali statuti?

La riforma del Titolo V della Costituzione, realizzata con le leggi costituzionali n. 1 del 1999 e n. 3 del 2001, ha profondamente ridisegnato il sistema delle autonomie regionali, inaugurando una nuova stagione di produzione normativa e istituzionale che ha portato, tra le altre cose, alla promulgazione di nuovi statuti regionali ordinari, in quella che è stata chiamata la "seconda stagione" statutaria[1]. In tale contesto, la previsione di organi statutari di garanzia[2] rappresenta una delle innovazioni più significative e, al contempo, più controverse introdotte nel quadro delle autonomie regionali.

È noto come la riforma del Titolo V abbia innovato molteplici aspetti del rapporto tra Stato e Regioni, incidendo profondamente sulla struttura del sistema delle autonomie territoriali. Tuttavia, a distanza di poco meno di un quarto di secolo dalla sua introduzione, appare ormai tempo di interrogarsi sugli esiti di tale revisione costituzionale, valutando quali siano state le conseguenze effettive, tanto sul piano giuridico quanto su quello politico-istituzionale. Si tratta di un esercizio di riflessione non solo utile ma necessario, per comprendere se e in che misura le ambizioni del (o semplicemente le novità volute dal) legislatore costituzionale abbiano trovato riscontro nella realtà concreta.

Tra le finalità che sembravano animare il revisore costituzionale, un posto di rilievo deve essere attribuito al rafforzamento dell'autonomia regionale. Questo obiettivo, per quanto non sempre esplicitato in termini formali, traspare sia dalla configurazione delle nuove competenze attribuite alle Regioni sia dalla rinnovata

[1] *Ex multis*: A. SIMONCINI, *Alcune impressioni sulla "seconda stagione statutaria" ed i caratteri del regionalismo italiano. Verso una nuova «dimensione» costituzionale per gli statuti?*, in *Federalismi*, 2007, p. 1 ss.; o anche formulazioni sostanzialmente equivalenti: AA.VV. (a cura di G. Di Cosimo), *Gli Statuti "Atto Secondo". Le regioni e la nuova stagione statutaria*, EUM Macerata, 2007.

[2] Un primo problema da affrontare è proprio quello della denominazione di tali organi. Ognuno, come si vedrà, ha il proprio nome: Collegio, Consulta, Commissione, eccetera, ma si tratta del nome proprio, per così dire, quello cioè assegnato da ciascuno statuto. Qui, invece, si cerca un nome collettivo, una sorta di *genus* cui appartengono le varie *species* (o, se si vuole essere più aderenti all'esempio nello stile di Linneo, al nome della specie cui attengono i vari singoli individui). La scelta è per la formulazione "organi di garanzia statuaria". La dizione, simile ma non identica, di "organi statutari di garanzia" si applicherebbe ad altre tipologie di organi di garanzia, di cui pure gli statuti trattano. Il primo appiglio è testuale: gli statuti mettono molto spesso le previsioni relative agli organi che qui interessano nel titolo o nel capo relativo agli "organi di garanzia". Tuttavia, J. LUTHER, *Osservazioni sulle prime esperienze della Commissione di garanzia della Regione Piemonte*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, dall'interno, da membro della Commissione, l'Autore si domanda: «Certo sarebbe bello che fossero definiti "garanti", ma un garante che dà solo pareri non rischia di ingannare il pubblico?» p. 836. Dunque, se per i singoli membri la dizione più corretta sembra quella di "membro di", per quanto riguarda l'organo, «Più felice mi sembra la scelta di adottare la terminologia di "garanti", alla luce di una classificazione estremamente accurata. Del resto, anche la Corte costituzionale, nelle sue due sentenze sul tema (12/2006 e 200/2008), fa espresso riferimento agli "organi di garanzia". Ecco perché tenderei ad optare per quest'ultima espressione, pur nella consapevolezza che tali organi esercitano anche e fors'anche in prevalenza una funzione di tipo consultivo» Così N. LUPO, *Gli organi di garanzia statutaria, i metodi della legislazione e i Consigli regionali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3/2011, p. 628.

ISSN 2036-7821

enfasi posta sugli statuti come fonti primarie dell'ordinamento regionale. Tuttavia, come accade spesso nelle vicende costituzionali, tra intenzioni normative e risultati concreti si interpone una pluralità di fattori – interpretativi, politici, organizzativi – che possono ampliare o restringere la portata delle riforme. Nell'ambito delle pagine seguenti ci si domanderà, quale sia il destino dell'autonomia delle Regioni specificamente sotto la lente della garanzia: a rafforzata autonomia, si potrebbe ragionevolmente pensare, corrisponde rafforzata garanzia dell'autonomia; a maggiori ambiti di intervento maggiori controlli. In primo piano ci sono gli organi di garanzia, e di questi ci si occuperà, ma non si può dimenticare che sullo sfondo c'è l'autonomia regionale.

Il focus dell'analisi si concentrerà sulle Regioni a statuto ordinario e sui loro nuovi statuti. È doveroso tuttavia precisare che l'aggettivo "nuovi" deve essere utilizzato con cautela, poiché esso sottende due considerazioni di segno quasi opposto. Da un lato, la stagione statutaria si è estesa su un arco temporale piuttosto lungo: benché formalmente avviata con la riforma del 2001, essa ha conosciuto un *iter* frammentato e complesso, che ha portato molte Regioni ad adottare i propri statuti con significativi ritardi rispetto al termine iniziale. Dall'altro lato, gli statuti stessi, ormai tutti vigenti da diversi anni, hanno già alle spalle, sia pure con le dovute differenze tra l'uno e l'altro, un tempo di attuazione non minimo e non trascurabile, e non di rado si sono già confrontati con revisioni, modifiche e, come si vedrà, ripensamenti. In tal senso, l'aggettivo "nuovi" descrive una realtà immediata e ben comprensibile, e che ha un significato preciso rispetto ai primi statuti regionali ordinari, quelli degli anni '70, ma non può essere inteso, ormai, come una effettiva novità immediata. Ciò, ai nostri fini, è un vantaggio poiché permette di valutare il *prima* e il *dopo*, l'intuizione e l'attuazione.

In questo contesto, come anticipato, l'analisi proposta si pone l'obiettivo di esaminare in modo puntuale una componente specifica dei nuovi statuti regionali: gli organi di garanzia statutaria. Tali organi, pur non essendo formalmente necessari ai sensi della Costituzione[3], sono stati previsti in quasi tutti gli statuti delle Regioni ordinarie, assumendo configurazioni e funzioni simili nel quadro generale e differenziati quanto ai dettagli. Ci occuperemo, dunque, di comprendere non solo le ragioni della loro istituzione, ma anche il ruolo che essi svolgono – o hanno svolto, o potrebbero svolgere – nell'architettura istituzionale regionale, con particolare attenzione alla loro capacità di operare come strumenti di tutela della coerenza statutaria e di bilanciamento tra i poteri regionali.

Si è detto poco sopra che la previsione di organi statutari di garanzia rappresenta una

[3] M. OLIVETTI, *Nuovi organi regionali "non necessari"*, in AA.VV. (a cura di R. Bifulco), *Gli statuti di seconda generazione. Le Regioni alla prova della nuova autonomia*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 355 ss.

ISSN 2036-7821

delle innovazioni più significative e, al contempo, più controverse introdotte nel quadro delle autonomie regionali[4]. Tale giudizio richiede di essere scomposto nelle sue due componenti essenziali, che verranno esplorate approfonditamente nelle pagine seguenti.

Gli organi statutari di garanzia si rivelano controversi, innanzitutto, per la variegata attuazione che li caratterizza. Ogni Regione ordinaria ha infatti elaborato soluzioni differenti per quanto riguarda sia la configurazione di tali organismi – in termini di composizione, modalità di nomina e funzioni – sia il loro concreto funzionamento. Questa frammentazione applicativa, lungi dall'essere un aspetto puramente tecnico, solleva interrogativi più profondi circa l'effettiva uniformità e coerenza della tipologia di organo, riassumibili nella domanda sopra posta: quali garanti per quali statuti?[5]

In secondo luogo, il carattere controverso degli organi di garanzia emerge chiaramente nella dottrina, che presenta una pluralità di posizioni spesso inconciliabili, di cui si darà conto. Cosa siano e cosa facciano gli organi di garanzia non è un punto risolto in dottrina, almeno non una volta per tutte, nonostante l'intervento della Corte costituzionale abbia risolto d'ufficio alcuni aspetti (sia pure, come si vedrà, prestando il fianco al nascere di nuovi problemi di costruzione giuridica).

Ulteriori elementi di controversia riguardano la loro concreta evoluzione: alcuni tra di essi sono tuttora sospesi nel limbo delle norme statutarie inattuate, altri sono stati prima creati e poi soppressi, qualcuno ancora deve iniziare il suo percorso e altri ancora (si darà conto nel dettaglio *infra*) soffrono problemi di trasparenza che ne rendono difficile lo studio, almeno limitatamente all'impatto concreto sulle dinamiche delle Regioni cui appartengono. Per quanto sia scontato rilevare che le

[4] Il tema ha interessato in modo non marginale la dottrina giuspubblicistica. Oltre ai contributi più specificamente citati *infra*, si rimanda a: A. SPADARO, *Dal "custode della Costituzione" ai "custodi degli statuti". Il difficile cammino delle consulte statutarie regionali*, in *Le regioni*, n. 6/2006, p. 1059 ss.; ID., Ancora sugli organi regionali di garanzia statutaria, fra tante luci e qualche ombra, in *Forumcostituzionale.it*, 2010, p. 1 ss.; P. SALVATELLI, *I nuovi statuti regionali e gli organi di garanzia statutaria*, in AA.VV. (a cura di P. Caretti), *Osservatorio sulle fonti 2005. I nuovi statuti regionali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 75 ss.; R. ROMBOLI, *L'esperienza dei consigli di garanzia statutaria*, in AA. VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Tomo IV, Napoli, 2008, p. 1993 ss.; G. CONTE, *Il controllo di statutarietà delle leggi regionali e gli organi di garanzia: verso uno pseudomodello di giustizia costituzionale?*, in *Revista catalana de dret públic*, n. 39/2009, p. 166 ss.; A. GARDINO CARLI, *La "rigidità" dello Statuto e la Consulta statutaria: dagli intenti iniziali all'attuazione concreta*, in *Quaderni Regionali*, 3/2005, p. 837 ss.; A.M. CUCURACHI, F. MOI, *Organi di garanzia statutari. Relazione*, in *Osservatorio legislativo interregionale della Regione Toscana*, anno 2005; G. PIPERATA, *Gli organi di garanzia statutaria nel nuovo sistema regionale italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2/2011, p. 381 ss.; S. PARISI, *La tutela dello Statuto regionale tra "garanzia" e "controllo"*, in AA.VV. (a cura di E. Bettinelli, F. Rigano), *La riforma del Titolo V*, Atti del Seminario dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Pavia, 6-7 giugno 2003, Giappichelli, Torino 2004, pp. 523 ss.; S. Aloisio, *Un piccolo (e claudicante passo) verso la definizione dei poteri degli organi di garanzia statutaria*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2271 ss.

[5] La formula riecheggia: T. GROPPI, *Quale garante per lo statuto regionale?*, in *Le Regioni*, 5/2001, p. 841 ss.

ISSN 2036-7821

Regioni siano costantemente un cantiere aperto, i percorsi difformi degli organi di garanzia, sono, di nuovo, un aspetto significativo e degno di attenzione.

Allo stesso tempo, come si diceva, gli organi di garanzia statutaria si qualificano come innovazioni di rilievo nel panorama delle autonomie regionali per una serie di motivi strettamente connessi alla loro funzione e alla loro collocazione istituzionale.

Anzitutto, la loro istituzione rappresenta una novità nell'ordinamento regionale italiano, sia dal punto di vista strutturale sia da quello funzionale. Si tratta di organi che, seppur con funzioni consultive e non giurisdizionali, nascono per occupare un posto significativo all'interno di uno Statuto, quello di "seconda generazione", che è fonte primaria rinforzata.

In secondo luogo, questi organismi, di nuovo, come intuizione iniziale, hanno una posizione tra gli organi statutari: nascono, dunque, per collocarsi, sia pure in posizione propria e non centrale (come noterà la Corte costituzionale nel confronti di talune norme regionali) all'interno della forma di governo regionale, citata espressamente, come noto, dall'art. 123 Cost. nella formulazione rinnovata.

Un ulteriore aspetto significativo risiede nella riflessione sul nodo del controllo, sempre delicato quando si introducono nuovi poteri e nuove fonti di autonomia. Questo bilanciamento, che coinvolge principi costituzionali quali l'autonomia e il pluralismo, rende la loro istituzione un terreno privilegiato di confronto sui limiti e le opportunità dell'autonomia stessa. Quest'ultimo punto, bisogna ammetterlo, è vero in ogni caso, cioè può dare una risposta non solo in termini di intuizione dell'organo, bensì anche nel caso di ripensamento, soppressione, rilevanza o irrilevanza nelle dinamiche regionali.

Questi due aspetti, il carattere controverso e quello significativo, costituiscono le chiavi di lettura attraverso cui si svilupperà il presente studio, nel tentativo di comprendere se e come gli organi statutari di garanzia abbiano saputo rispondere alle sfide poste dalla loro istituzione.

Alla domanda che dà titolo a questo paragrafo – quale autonomia per quale statuto? – è possibile rispondere a partire da una triplice prospettiva, che consente di delineare il ruolo e la portata degli statuti regionali ordinari nel sistema delle autonomie. Questi ultimi, infatti, pur essendo radicati all'interno dell'ordinamento costituzionale nazionale, rivendicano una propria autonomia in diversi ambiti, come definito e garantito dall'art. 123 della Costituzione.

Anzitutto, vi è l'autonomia dello statuto rispetto alla Costituzione. Tale rapporto, lontano dall'essere un'eccezione alla gerarchia delle fonti, si configura come un delicato equilibrio in cui lo statuto deve conformarsi ai principi costituzionali, pur avendo la possibilità di declinare in maniera originale e autonoma alcuni aspetti

ISSN 2036-7821

dell'organizzazione e del funzionamento dell'ente regionale. Questa autonomia interpretativa consente alle Regioni adeguare i principi ed i metodi della loro legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento, per utilizzare le parole dell'art. 5 Cost., riferite alla Repubblica nel suo complesso.

In secondo luogo, lo statuto gode di autonomia rispetto ai valori e ai principi che esso stesso è chiamato a definire, in conformità con quanto previsto dall'art. 123 della Costituzione. E proprio sul tema delle norme statutarie di principio si tornerà, valutandole come elemento che contribuisce all'attuale collocazione complessiva degli organi di garanzia statutaria.

Infine, il tema dell'autonomia speciale: le Regioni che hanno istituito organi di garanzia statutaria sono ordinarie. Non che l'autonomia speciale non offra interessanti spunti, ma la dinamica è di regionalismo ordinario. Anche il tema dell'autonomia differenziata non si inserisce in modo particolare, anche e nonostante la l. 86/2004 e la sentenza 192/2024 della Corte costituzionale.

Nell'ambito delle pagine seguenti, dunque, l'indagine sulla questione dell'autonomia statutaria si articolerà attraverso l'analisi dei formanti giuridici più classici: le norme, che costituiscono il fondamento e il limite dell'autonomia statutaria; la dottrina, che ha contribuito a interpretarne e a definirne le potenzialità e i limiti; e l'attività degli organi istituzionali, dalle pronunce della Corte costituzionale agli interventi del legislatore regionale, fino al ruolo concreto svolto dagli organismi di garanzia statutaria. Questo approccio integrato consentirà di esplorare le molteplici dimensioni dell'autonomia statutaria, interrogandosi sulle modalità attraverso cui essa si declina nella pratica e sui problemi che essa solleva nel quadro dell'ordinamento costituzionale italiano.

2. Modelli ispiratori e dibattito sul ruolo degli organi di garanzia statutaria.

Gli organi di garanzia statutaria, pur assumendo denominazioni diverse nei vari statuti regionali – come si vedrà, consulte, collegi, commissioni o comitati –, condividono una posizione, ancor prima che una specifica funzione, assolutamente centrale: quella di essere garanti dello Statuto ordinario della Regione di riferimento (anche su questo aspetto si tornerà nelle annotazioni finali). La dizione "organi di garanzia statutaria", infatti, è riassuntiva e descrive con formula sufficientemente corretta il ruolo complessivamente inteso, al netto delle ovvie specificazioni che si approfondiranno in seguito entrando nel dettaglio.

Questi organismi hanno rappresentato una novità nel panorama istituzionale, sia pure a livello squisitamente regionale, novità che, benché non uniformemente disciplinata, si inserisce nella più ampia riflessione sull'equilibrio tra autonomia e

ISSN 2036-7821

controllo nelle autonomie territoriali all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione.

Può essere interessante approfondire perché solo nella "seconda" stagione statutaria sono venute all'attenzione delle Regioni una tale tipologia di organo. La risposta sta certamente nella volontà politica e, come si dice in diritto comparato, nella circolazione dei modelli. La loro origine può essere ricondotta a modelli già presenti in altri ordinamenti giuridici e a una progressiva evoluzione del sistema regionale italiano. Da un lato, essi richiamano esperienze straniere come i "Consigli di Stato locali"[6] di ispirazione spagnola, caratterizzati da una funzione di consulenza e garanzia nell'interpretazione delle norme regionali[7]. Dall'altro, traggono spunto dalle esigenze emerse nel nostro ordinamento a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, che ha attribuito maggiore centralità agli statuti regionali ordinari, rendendo necessario un meccanismo di tutela e verifica della loro applicazione.

Per non lasciare alla pura fantasia del revisore statutario il fondamento delle ragioni dell'istituzione degli organi di garanzia statutaria, si possono rintracciare alcune ragioni in modo più approfondito:

«Innanzitutto è possibile affermare come l'organo di garanzia supplisca, in un certo qual modo, a quel vecchio "patteggiamento" che il vecchio art. 127 Cost. prevedeva tra il Consiglio regionale e il Governo. Quest'ultimo poteva infatti rinviare all'organo assembleare regionale le norme di legge che considerava eccedere la competenza regionale»[8]. Ancora, una seconda ragione della sua istituzione sarebbe da ricercarsi nella formulazione dell'art. 123 Cost. e «la configurazione dello Statuto come atto normativo fondamentale posto al vertice del sistema delle fonti regionali»[9]: «stante dunque la supremazia della fonte statutaria rispetto alle altre fonti dell'ordinamento regionale – per cui dunque nessuna norma di rango inferiore può contrastare le norme dello Statuto – pare naturale conseguenza l'opportunità di costituire un

[6] *Ex multis*: G. TRUJILLO FERNANDEZ, *La funcion consultiva en las Comunidades Autonomas: sus organos especificos y sus relaciones con el Cosejo de Estado*, in *Documentacion Administrativa*, 226, 1991, p. 153 ss.; J.O. ARAUJO, *El Consejo de Estado y los organos consultivos de las Comunidades Autonomas*, in *Estudios politicos*, 98, 1997, p. 25 ss.; P. ROQUEJO RODRIGUEZ, *Consejos consultivos autonònomicos: modelos competenciales y organizativos*, Sopec, Madrid, 1998; V. GARRIDO MAYOL, *Los Consejos jurídicos consultivos en la experiencia regional española*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2/2011, p. 637 ss.

[7] A. CARDONE, *Gli organi di garanzia statutaria tra suggestioni del diritto comparato, "paletti" della Corte costituzionale ed apodittiche ricostruzioni del sistema delle fonti*, in AA.VV. (a cura di M. Carli, A. Carpani, A. Siniscalchi), *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 277 ss.. esplora anche il modello *Landesverfassungsgerichtsbarkeit* tedesco.

[8] Eupolis Lombardia (a cura di A. Ceriani*), Rapporto finale "Gli organi di garanzia statutaria: analisi della normativa, modelli adottati ed esperienze nelle regioni italiane. Indicazioni per il contesto lombardo"*, Milano, 2011, p. 8.

[9] M. BARBERO, *Lo "stato dell'arte" dei procedimenti di revisione degli statuti regionali: gli organi di garanzia statutaria*, in *Federalismi.it*, 2004, p. 2.

ISSN 2036-7821

organo *ad hoc*»[10]. «Un'ulteriore ragione può essere invece rintracciata nell'eliminazione del controllo preventivo sulla legge regionale da parte del governo», posto improbabile che il Governo impugni davanti alla Corte Costituzione le leggi regionali lesive delle disposizioni statutarie[11]. Ancora, «l'ampliamento degli ambiti materiali assegnati alla potestà legislativa regionale (concorrente o residuale), potestà che, a prescindere dalle difficoltà del riparto di competenze fra Stato e Regioni (testimoniate dall'imponente contenzioso costituzionale), ha oggi indubbiamente maggiori occasioni di incidere sui diritti fondamentali dei cittadini»[12]. Infine, «la *ratio* fondamentale della previsione del nuovo organo sembra essere l'esigenza, emersa in fase di elaborazione degli Statuti regionali, di riequilibrare il sistema dei rapporti tra gli organi di indirizzo politico»[13].

Nulla, come si vede, avrebbe impedito la loro creazione anche prima della riforma del Titolo V[14], ma la differenza sta nella concezione degli statuti medesimi. La stagione all'indomani del 2001 si apre con un mai più replicato ottimismo nei confronti dell'autonomia delle Regioni, che poteva far pensare ad un protagonismo autenticamente costituzionale delle carte statutarie[15].

Da qui, probabilmente, l'idea di "alte corti" in sedicesimo (o, forse, visto il numero delle Regioni in Italia, in ventesimo)[16].

Dal punto di vista costituzionale, questi organi non appartengono al novero degli organi regionali necessari ai sensi degli articoli 121 e 123 della Costituzione. La loro istituzione è dunque facoltativa e rimessa alla discrezionalità del legislatore statutario. Nonostante ciò, la quasi totalità delle Regioni a statuto ordinario ha scelto, almeno all'indomani della riforma del Titolo V, di prevederli, confermando

[10] Eupolis Lombardia, *Rapporto finale*, p. 9; concorda M. BARBERO, *Lo "stato dell'arte"*, cit., p. 2.

[11] *Ibidem*, p. 10.

[12] M. BARBERO, *Lo "stato dell'arte"*, cit., p. 2.

[13] Eupolis Lombardia, *Rapporto finale*, cit., p. 110.

[14] Si esprime in tale senso anche R. ROMBOLI, *Art. 57*, in AA.VV. (a cura di P. Caretti, M. Carli, E. Rossi), *Statuto della Regione Toscana. Commentario*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 283 ss.

[15] Quella che la è stata chiamata la "fantasia istituzionale" delle regioni, "esplosa" in sede di redazione dei "nuovi" statuti (cfr., in questo senso, A. SPADARO, *Dal "custode della Costituzione" ai "custodi degli statuti". Il difficile cammino delle consulte statutarie regionali*, in *Le regioni*, n. 6/2006, p. 1066, nota 13)

[16] Un parallelismo ideale si può forse tracciare con un'altra occasione di prima scrittura statutaria, quella – nientemeno – della Regione siciliana, che, appunto, previde l'Alta corte: «Fu perciò ravvisata, al momento stesso della redazione di esso, la necessità di istituire un organo apposito, idoneo a garantire l'osservanza dei limiti delle rispettive attribuzioni da parte della Regione nei confronti dello Stato e dello Stato nei confronti della Regione, nonché dei principî sanciti dalla Costituzione, e ciò anche al fine di assicurare la certezza giuridica» N. JAGER, *Alta corte per la regione siciliana*, in *Enciclopedia Italiana* - III Appendice (1961), ora in www.treccani.it. Si considerino due dettagli: il primo, storico, secondo il quale «l'alta Corte per la Regione siciliana operò dal 1948 al 1955 allorché, con la mancata integrazione del collegio a seguito della morte di un componente e delle dimissioni di altre tre nonché con l'entrata in funzione della Corte Costituzionale, di fatto, se ne sancì il venir meno»; il secondo geografico, secondo il quale «l'alta Corte per la Regione siciliana aveva sede in Roma» (così la voce Alta Corte per la Regione siciliana in *http://www.enciclopedia-juridica.com/*). Si tornerà su entrambi i dettagli.

ISSN 2036-7821

l'importanza che si era inizialmente attribuita a tali strumenti nella configurazione dell'autonomia regionale.

Tuttavia, il fatto che la previsione di questo tipo di organo sia facoltativa, rimessa alla volontà, anche mutevole, del revisore statutario e del legislatore regionale, sottolinea anche la natura contingente e, in qualche misura, sperimentale di tali organi, che si collocano in un'area di confine tra molteplici mondi[17].

Uno dei nodi più significativi riguarda la natura giuridica di questi organismi, un tema discusso in dottrina e oggetto di riflessioni critiche. Riprendendo una classificazione operata in dottrina[18], le funzioni e la struttura degli organi di garanzia statutaria possono essere inquadrate attraverso una pluralità di prospettive.

Una prima impostazione interpreta questi organi come una sorta di corti costituzionali in miniatura, incaricate di vigilare sulla conformità statutaria degli atti regionali. Tuttavia, questa lettura è problematica, poiché gli organi di garanzia non esercitano funzioni giurisdizionali né possono annullare leggi o atti con forza di legge, essendo la Corte costituzionale l'unico giudice costituzionale dell'ordinamento italiano.

Un secondo approccio li assimila alle autorità amministrative indipendenti, caratterizzate da autonomia e imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni. Questa lettura è interessante, poiché va a cogliere un aspetto peculiare dell'ordinamento regionale, indagando una forma tipologica di autorità amministrativa indipendente statutaria regionale, ma, rispetto alla costruzione classica delle autorità indipendenti, bisogna riconoscere che gli organi di garanzia statutaria non perseguono interessi pubblici, né producono provvedimenti amministrativi in forma paragonabile a quelli delle autorità amministrative indipendenti[19].

Un'ulteriore terza prospettiva li avvicina ai Consigli di Stato locali di ispirazione spagnola, intesi come organi di alta consulenza giuridica. Anche questa visione è interessante, in quanto enfatizza la funzione consultiva degli organi di garanzia, ma non risolve del tutto i problemi legati alla loro complessiva efficacia e alla loro effettiva capacità di incidere sull'ordinamento regionale.

Infine, si è ipotizzato che tali organismi possano operare come una sorta di seconda

---

[17] «Siamo molto lontani dai poteri, funzioni e prestigio che la Corte Costituzionale può vantare nei confronti dell'attività legislativa di Stato e Regioni, eppure quel poco o quel tanto di "qualità" che le commissioni garanti riusciranno ad introdurre nel nostro sistema istituzionale ha a che fare con l'avvicinamento (si vorrebbe dire una somiglianza) con l'istituzione di garanzia per antonomasia che è sempre presente e ben vigilante nel nostro ordinamento» *Rapporto Eupolis Lombardia*, cit., p. 35.

[18] G. FALCON, *Le consulte di garanzia come organi giusdicenti*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, in particolare p. 810 ss.

[19] Ampiamente su questo punto G. FALCON, *Le consulte di garanzia*, cit. La tesi, poi minoritaria, che si riferiva alle autorità amministrative indipendenti si trova in M. BARBERO, *Lo "stato dell'arte"*, cit. 15.

ISSN 2036-7821

Camera tecnica, intervenendo nel processo legislativo regionale attraverso pareri e raccomandazioni, cioè controllando, compensando, bilanciando, rimandando, le deliberazioni assunte in Consiglio. Una sorta di – si perdoni la semplificazione, non fuori luogo in sede di visione generale – seconda camera di saggi, o di tecnici. Anche questa impostazione, suggestiva ma non priva di problematiche sul circuito democratico rappresentativo della creazione delle norme giuridiche, presenta limiti significativi, poiché non tiene conto della funzione prevalentemente consultiva e non deliberativa degli organi di garanzia.

Queste diverse prospettive, che saranno riprese e approfondite nelle pagine seguenti, evidenziano come la natura e il ruolo degli organi di garanzia statutaria siano tutt'altro che definiti. A voler essere ottimisti – e si intendano ottimismo e pessimismo in senso descrittivo, non valoriale – essi rappresentano un terreno di sperimentazione istituzionale, in cui si intrecciano esigenze di tutela della legalità, istanze di autonomia e problematiche di equilibrio tra i poteri; mentre a voler essere pessimisti si nota che gli organi di garanzia statutaria scontano già al momento della loro intuizione (inteso come atto che precede la previsione, e ancor più l'istituzione) presentano profili di indeterminatezza potenzialmente fatali.

Intanto, per parafrasare i celebri ossi di seppia di Montale, anche gli organi di garanzia statutaria ammetterebbero a questo punto: codesto solo per ora possiamo dire, ciò che non siamo, ciò che non vogliamo. Si rende necessaria dunque un'analisi più ravvicinata delle norme ad essi relative, valutando ogni singola Regione.

3. La disciplina degli organi di garanzia statutaria.

Metodologicamente, prima di puntare alla sintesi si crede opportuno cercare la precisione e il dettaglio, non per perdere di vista il quadro complessivo, bensì per arricchirlo. Dunque, si procede ad analizzare le vicende degli organi di garanzia statutaria Regione per Regione, riservando un secondo momento per le considerazioni di sintesi[20].

Innanzitutto, dunque, le Regioni a Statuto speciale. La Regione Siciliana, come noto, aveva l'Alta corte, disciplinata dagli articoli da 24 a 30 dello Statuto, la quale, nella versione originale del testo, aveva incisivi poteri, tra cui giudicare sulla costituzionalità delle leggi emanate dall'Assemblea regionale e delle leggi e dei

[20] Si è preferito qui adottare il metodo di una rassegna "verticale", Regione per Regione. Per una rassegna "orizzontale" si confrontino utilmente C. MIGNONE, *I collegi regionali di garanzia statutaria come organi autori di provvedimenti amministrativi*, in *Quaderni regionali*, p. 287 ss.; I. SALZA, *I custodi della qualità normativa regionale: gli organi di garanzia statutaria*, in *Astrid on line*, p. 1 ss.; D. BALDAZZI, *Gli organi di garanzia statutaria: arbitri o vittime della politica regionale?*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5/2005, p. 855 ss.; A. MASTROMARINO, *Gli organi di garanzia statutaria nelle regioni a regime ordinario: uno sguardo d'insieme*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

regolamenti emanati dallo Stato, rispetto allo Statuto ed ai fini della efficacia dei medesimi entro la Regione (art. 25), elemento che introduceva un controllo di costituzionalità-statutaria specifico che aveva di certo l'intendimento di tutelare le norme dello Statuto: l'Alta corte, dunque, per quanto qui interessa potrebbe essere qualificata come organo di garanzia statutaria *ante litteram*, sia pure *sui generis*.

Sempre la maggiore isola nel territorio della Repubblica dispone anche del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, il quale è ormai considerato come sezione distaccata del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 1, co. 2 del d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 373 "Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato". È significativo che l'art. 23, co. 1 dello Statuto preveda che «Gli organi giurisdizionali centrali avranno in Sicilia le rispettive sezioni per gli affari concernenti la Regione». La norma ha interessante impatto sull'autonomia e i rapporti Stato-Regione, ma non può dirsi altrettanto significativa sul piano specifico degli organi di garanzia dello Statuto. Non si tratta, infatti, di un organo statutario in senso proprio né di un organo che abbia diretto impatto sui rapporti giuridici in qualche modo riferibili allo Statuto.

Gli altri statuti regionali speciali non prevedono peculiari organi di garanzia, così come non ne prevedevano gli statuti ordinari di prima generazione, quelli adottati all'inizio degli anni '70 da tutte le Regioni al momento della loro concreta istituzione.

Ecco, dunque, che già è possibile occuparsi degli statuti successivi alla riforma del Titolo V.

3.1. Abruzzo.

Il Collegio regionale per le garanzie statutarie della Regione Abruzzo è disciplinato dagli articoli 79 e 89 dello Statuto regionale, nonché dalla legge regionale n. 42 dell'11 dicembre 2007, che ne istituisce e regola il funzionamento[21].

Secondo l'art. 79 dello Statuto abruzzese Il Collegio regionale per le garanzie statutarie è «organo di consulenza della Regione. È composto da cinque esperti, di cui uno indicato dal Consiglio delle Autonomie locali, eletti a maggioranza dei tre quarti dal Consiglio regionale» (co. 1). Ogni componente «dura in carica cinque anni e non è immediatamente rieleggibile» (co. 2). Il successivo art. 80 si sofferma sulle funzioni del Collegio regionale per le garanzie statutarie, il quale «esprime pareri» (co. 1) sull'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione;

[21] Cfr. *Rapporto Eupolis Lombardia*, cit., p. 19; M. MICHETTI, *Il Collegio regionale per le garanzie statutarie*, in AA.VV. (a cura di S. Mangiameli, M. Michetti), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Abruzzo*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 321 ss.

ISSN 2036-7821

sull'ammissibilità dei referendum e delle iniziative popolari; sui rilievi di compatibilità con lo Statuto delle deliberazioni legislative sollevati da un quinto dei consiglieri; nonché negli altri casi previsti dallo Statuto. È fatto obbligo al Consiglio regionale di deliberare a maggioranza assoluta se lo fa «in senso contrario ai pareri del Collegio» (co. 2).

Infine, al «Collegio per le garanzie statutarie la legge elettorale demanda compiti amministrativi inerenti lo svolgimento delle elezioni» (co. 3), ma ad un'analisi della l.r. 2 aprile 2013, n. 9 recante "Norme per l'elezione del Consiglio regionale e del Presidente della Giunta regionale" non si rinvengono compiti demandati al Collegio.

La l.r. 42/2007 "Istituzione e disciplina del Collegio regionale per le garanzie statutarie", si compone di un articolato piuttosto snello, formato da soli 10 articoli totali.

È di interesse la norma di cui all'art. 1, co. 2 secondo cui possono essere eletti al Collegio magistrati a riposo della giurisdizione ordinaria, amministrativa o contabile; professori universitari ordinari in materie giuridiche; avvocati con almeno quindici anni di esercizio; esperti di riconosciuta competenza in materia di pubblica amministrazione, con quindici anni di esperienza lavorativa, una norma che evidentemente echeggia l'art. 135 Cost., sia pure con l'aggiunta dell'ultima categoria citata[22].

Significativo anche l'art. 3, co, 1 il quale prevede innanzitutto chi possa ricorrere al Collegio: costoro sono il Presidente della Giunta, il Presidente del Consiglio regionale, il Consiglio regionale, le Commissioni Consiliari, 1/5 dei Consiglieri e la Giunta regionale. I pareri sono espressi, ad applicazione dell'articolo dello Statuto commentato sopra, sui seguenti aspetti: l'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione; l'ammissibilità dei referendum e delle iniziative popolari di legge; sui rilievi di compatibilità con lo Statuto delle deliberazioni legislative; sull'interpretazione dello Statuto e la compatibilità, con questo, di leggi e provvedimenti riguardanti gli Enti Locali, anche su richiesta del Consiglio delle Autonomie Locali; su ogni altra questione di legittimità dell'azione regionale, anche con riferimento ad iniziative legislative.

Concretamente, il Collegio abruzzese ha espresso diversi pareri, dal 2011 al 2023[23], attestandosi numericamente tra gli organi più attivi tra gli omologhi regionali, sia pure i numeri sono di pochi pareri ogni anno.

[22] Importante per l'analisi delle funzioni del Collegio è anche la l.r. 19 dicembre 2007, n. 44 "Disciplina del referendum abrogativo, consultivo e dell'iniziativa legislativa".

[23] La fonte è il sito ufficiale del Consiglio della Regione Abruzzo, che si presupporrebbe aggiornato e completo: http://www2.consiglio.regione.abruzzo.it/legislativo/crgs/home.asp; nonché l'ulteriore pagina rintracciabile in https://www.crabruzzo.it/contenuti/collegio-regionale-le-garanzie-statutarie, la quale, però, non riporta alcun dato relativo al 2024.

ISSN 2036-7821

Infine, bisogna ricordare che la Corte costituzionale ebbe modo di esprimersi sulla versione precedente dello Statuto abruzzese con la sent. 12/2006, in particolare il punto 7 del considerato in diritto, nel quale discute della costituzionalità dell'art. 79, co. 2 dello Statuto «in quanto impone al Consiglio un obbligo di motivazione, se questo voglia deliberare in senso contrario ai pareri del Collegio regionale per le garanzie statutarie» (sent. 12/2006). Poiché il Collegio può dare parere «sui rilievi di compatibilità con lo Statuto delle deliberazioni legislative» (art. 79, co. 1, lett. c) ne risulterebbe limitato l'esercizio della potestà legislativa del Consiglio, nel senso che si ravviserebbe una sorta di obbligo di motivazione dell'attività legislativa.

La Corte costituzionale propende per la non fondatezza della questione, in quanto «nessuna limitazione viene a soffrire la potestà legislativa del Consiglio regionale, che rimane intatta sia nelle materie sia nell'estensione della sua capacità regolativa. L'introduzione di un particolare, eventuale passaggio procedurale, consistente nel parere del Collegio regionale per le garanzie statutarie, rientra nella disciplina del procedimento legislativo regionale, ricompresa indubbiamente nei "principî fondamentali di organizzazione e funzionamento" attribuiti dall'art. 123, primo comma, Cost. alla potestà statutaria delle Regioni. Inoltre, la motivazione richiesta perché il Consiglio regionale possa deliberare in senso contrario ai pareri e alle valutazioni del Collegio di garanzia non inerisce agli atti legislativi, ma alla decisione di non tener conto del parere negativo, che costituisce atto consiliare distinto dalla deliberazione legislativa e non fa corpo con essa. Infine, la norma statutaria impugnata si riferisce esplicitamente alle "deliberazioni legislative" e non alle leggi.» (sent. 12/2006).

La questione riguarda solo fino a un certo punto l'organo di garanzia, poiché la Corte costituzionale si sofferma sulla procedura, distinguendo la deliberazione di legge dalla legge e identificando una posizione altrettanto precisa e puntuale del parere del Collegio e del suo eventuale rigetto da parte del Consiglio.

3.2. Basilicata.

Nella Regione Basilicata è istituita al Capo III "gli organi di garanzia"[24] del Titolo II "Istituzioni e società regionale" dello Statuto la Consulta di garanzia statutaria. Della Consulta si occupano gli artt. 21 e 22, mentre l'altro organo di garanzia promesso dal plurale utilizzato dal testo statutario è l'Ufficio del difensore civico regionale.

Ai sensi dell'art. 21 St. Calabria «La Consulta di garanzia statutaria è organo indipendente della Regione composto da tre esperti in materie giuridiche, eletti a

[24] V. PUPO, *Gli organi regionali di garanzia, in AA.VV. (a cura di A. Morelli, N. Pignatelli), Lineamenti di diritto costituzionale della regione Basilicata*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 225 ss.

ISSN 2036-7821

maggioranza dei due terzi dal Consiglio regionale. È insediata dal Presidente del Consiglio regionale, dura in carica per la durata della legislatura e i suoi componenti non possono essere immediatamente rieletti. La Consulta elegge al suo interno il Presidente» (co. 1). È previsto poi che la carica sia incompatibile con qualsiasi altra carica elettiva pubblica e funzioni in conflitto con i compiti della Consulta stessa (co. 2). Con una certa tempestività, degna più che altro di una norma finale, l'ultimo comma dell'art. 21 dà quattro mesi al legislatore regionale per approvare una legge regionale con cui definire «le modalità e i criteri per le candidature e/o designazioni alla Consulta di garanzia nonché le disposizioni per il funzionamento e l'autonomia della Consulta» (co. 3).

Il successivo art. 22 è dedicato alle funzioni della Consulta, definita come «organo di consulenza della Regione» (co. 1). Dunque, «la Consulta, su richiesta del Presidente della Giunta regionale, di un terzo dei Consiglieri oppure del Consiglio delle autonomie locali nelle materie di sua competenza, si pronuncia»: sulla coerenza statutaria delle proposte e dei disegni di legge nonché sulle proposte di schemi di regolamento del Consiglio regionale; sull'interpretazione delle norme dello Statuto nei casi di conflitti di attribuzione tra gli organi della Regione e tra la Regione e gli enti locali. (co. 1).

Come in Abruzzo, «Il Consiglio regionale può deliberare in senso contrario ai pareri della Consulta a maggioranza assoluta dei componenti assegnati al Consiglio regionale», mentre altri organi quali «il Presidente e la Giunta regionale possono provvedere in senso contrario ai pareri della Consulta indicandone la motivazione» (co. 2). «La Consulta si pronuncia, altresì, sull'ammissibilità dei referendum e delle iniziative legislative popolari, nonché negli altri casi previsti dallo Statuto (co. 3). L'art. 2, comma 1, L.R. Statutaria Basilicata 5 giugno 2024, n. 1 ha abrogato l'ultimo comma dell'articolo in commento, il quale prevedeva che «la Consulta sovrintende alle elezioni regionali e alle votazioni referendarie» (co. 4, abrogato).

Lo Statuto lucano è del novembre 2016, dunque arriva oltre i quattro mesi richiesti dalla norma citata sopra la l. r. 16 giugno 2023, n. 16 "Istituzione della Consulta di garanzia statutaria della regione Basilicata". L'impostazione della legge, composta da 11 articoli, è dettagliata.

La Consulta si compone di tre membri, non immediatamente rieleggibili, il cui incarico dura per la durata della legislatura, eletti dal Consiglio regionale, con votazione a scrutinio segreto, a maggioranza dei due terzi, tra esperti in materie giuridiche ed in particolare: professori universitari in materie giuridiche; magistrati anche in quiescenza; avvocati iscritti all'albo professionale da almeno venti anni; ex dirigenti dell'amministrazione regionale o di altre pubbliche amministrazioni con almeno quindici anni di esercizio effettivo della funzione dirigenziale e laureati

ISSN 2036-7821

giurisprudenza. La Consulta elegge al suo interno (a maggioranza assoluta, ma i numeri indicano che i voti da spostare sono pochi) il Presidente e il Vicepresidente. Il Presidente resta in carica due anni e mezzo e non è rieleggibile, dettaglio che dà maggiori possibilità ai membri di ricoprire una delle cariche "nominate" (art. 2). La Consulta «gode di autonomia organizzativa e regolamentare» (art. 10, co. 1) e si dota altresì di un regolamento interno (co. 3), approvato a maggioranza (si crede semplice, stavolta, anche se il numero di aventi diritto è sempre molto limitato).

Per la selezione dei membri è previsto un sistema di candidature, presentabili da coloro che hanno i requisiti all'elezione e dagli organi regionali: la Giunta, il Presidente e i singoli consiglieri (art. 3).

All'art. 5 si torna sui "compiti e funzioni" ripetendo quelle richiamate dallo Statuto[25] e gli artt. da 6 a 9 contengono norme di dettaglio che hanno il presumibile scopo di indirizzare con chiarezza le funzioni e gli strumenti a disposizione della Consulta, ovviamente con l'effetto di irrigidire i diversi passaggi, sia quanto a presentazione delle richieste di parere sia quanto alla procedura da seguire da parte della Consulta.

Mentre altre Regioni, come si vedrà *infra*, rinunciano a un organo garante, la Basilicata va in controtendenza, sia come volontà di approvare la legge istitutiva[26] sia come tendenza a regolamentare in modo puntuale tutti gli aspetti dell'organo, il quale non risulta ancora attivato, nonostante il procedimento in corso di selezione dei membri, iniziato con il decreto del Presidente del Consiglio regionale n. 5 del 15-10-24[27] che fissa termini e modi per la presentazione delle candidature.

Il testo vigente dello Statuto della regione Basilicata è stato modificato in corsa. I fatti sono da ricostruire come segue[28]: il Consiglio regionale aveva approvato il testo del nuovo Statuto con deliberazione n. 371 in data 15 dicembre 2015, confermandolo poi in seconda lettura con deliberazione n. 422 del 22 febbraio 2016. Con ricorso del 9 aprile 2016 il Governo presentava ricorso per questione di legittimità costituzionale presso la Corte costituzionale *ex* art. 127 Cost.[29], impugnando diverse norme tra cui

[25] Compresa l'attribuzione abrogata nello Statuto, richiamata dalla legge (art. 5, co. 1 lett. e) e che si deve considerare a sua volta abrogata.

[26] Approvata all'unanimità e salutata dall'allora Presidente del Consiglio regionale come «un ulteriore passo avanti nel rendere il nostro Statuto ancora più efficace, completandone l'attuazione e garantendone il rispetto dei principi fondamentali che ne sono alla base. Con l'istituzione della Consulta la regione Basilicata dimostra il suo impegno per la trasparenza e la tutela dei principi democratici, un ulteriore passo verso un'amministrazione pubblica più responsabile e vicina ai cittadini» https://www.regione.basilicata.it/consulta-garanzia-statutaria-consiglio-approva-proposta-di-legge/.

[27] https://www.consiglio.basilicata.it/notizia.html?ref_type_id=10499&detail_obj_id=258800

[28] A commento di tutta la vicenda M. ROSINI, *Le ultime battute della seconda stagione statutaria: prime note sul nuovo Statuto della regione Basilicata*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2016, p. 1 ss.

[29] Non si tratta di refuso, il Governo ha impugnato la legge statutaria della Basilicata utilizzando l'art. 127 Cost. e non l'art. 123 (ricorso n. 24 del 9 aprile 2016, depositato in cancelleria il 14 aprile 2016). Cfr. sul meccanismo C.

ISSN 2036-7821

interessa particolarmente proprio l'art. 21 St. Basilicata in quella che era la prima versione approvata.

La Consulta di garanzia statutaria presentava, ad avviso del Governo ricorrente, problemi di composizione e di attribuzioni: l'art. 21 prevedeva che fosse composta da tre esperti precisamente individuati nella tipologia: un magistrato in quiescenza, un avvocato abilitato al patrocinio davanti alle magistrature superiori e un ex consigliere regionale. Il Governo lamentava che questa norma, nonostante la sua natura formale di previsione relativa ad un organo della Regione, invadesse la competenza statale nella materia concorrente "coordinamento della finanza pubblica", in quanto contrastante con la norma statale (art. 5, comma 9, d.l. 95/2012) con cui si faceva divieto alle amministrazioni pubbliche di conferire incarichi retribuiti a lavoratori pubblici o privati in pensione, salvo collaborazioni gratuite. Questo rappresentava, secondo il ricorso, una violazione dei principi fondamentali in materia di finanza pubblica, con cui tutte le Regioni dovevano conformarsi.

Il ricorso censurava anche l'art. 91, prima formulazione, dello Statuto, il quale prevedeva che, in caso di scioglimento del Consiglio regionale per gravi violazioni *ex* art. 126 della Costituzione, la Consulta di garanzia statutaria avrebbe assunto temporaneamente l'amministrazione della Regione, sia pure limitatamente all'indizione delle elezioni e all'adozione di atti indifferibili e urgenti. Questa disposizione era considerata incostituzionale poiché conferiva alla Consulta poteri sostitutivi. Nelle parole del ricorso «sono da ritenersi legittimi poteri meramente consultivi (quali, ad esempio, quelli contemplati anche dall'art. 22 dell'odierno Statuto), poteri di impulso, di "moral suasion"; mentre sarà da escludere la conferibilità all'Organo di garanzia di poteri decisori che tendano alla "sostituzione" della competenza di altri Enti, di organi giurisdizionali, ovvero anche di organi cui la legge demanda in via esclusiva l'esercizio di potestà amministrative». Non sarebbe meglio esemplificabile la distanza che corre tra la concezione del Governo della Consulta e quella espressa dallo Statuto che raffrontando la "moral suasion" con il delicatissimo intervento che si andrebbe a verificare in seguito allo scioglimento sanzionatorio *ex* art. 126 Cost.

Come noto, il Consiglio regionale della Basilicata ha provveduto a modificare (approvando due volte, a tempi di distacco costituzionalmente minimizzati, il 4 maggio e il 5 luglio dello stesso 2016) il testo dello Statuto, sostanzialmente accogliendo i rilievi governativi.

3.3. Calabria.

PADULA, *La legittimazione dello Stato nei conflitti fra Stato e Regioni, fra incostituzionalità degli atti regionali e invasione della competenza statale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2009, p. 1, spec. nota 1 e riferimenti *ivi*.

ISSN 2036-7821

In riferimento allo Statuto della Regione Calabria, il tempo verbale adeguato per parlare dell'organo di garanzia statutaria è il passato.

L'art. 57, unico articolo del Titolo X dedicato agli Strumenti di garanzia, prevedeva la Consulta statutaria, «organo di consulenza e garanzia della Regione, chiamato ad esprimersi sull'applicazione e sull'interpretazione delle norme statutarie». Essa era composta da cinque membri, «eletti, con la maggioranza dei due terzi, dal Consiglio regionale […] tra i magistrati delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile; tra i professori universitari ordinari in materie giuridiche con almeno quindici anni di carriera; tra avvocati con almeno venti anni di esercizio effettivo della professione» (co. 1). I membri avevano una carica di sei anni, dunque disallineata con il Consiglio regionale, non rieleggibili immediatamente, e – si crede – a tempo pieno, in quanto «incompatibile con altre cariche pubbliche, con l'esercizio delle professioni o dell'impresa e con lo status di dipendente pubblico o privato» (co. 2).

Anche la Consulta calabrese aveva il proprio Presidente, autonomia organizzativa e amministrativa nonché un regolamento interno regolamento deliberato a maggioranza assoluta dei componenti (co. 4).

Il co. 5 prevedeva i compiti della Consulta che «su richiesta del Presidente della Giunta, del Presidente del Consiglio regionale, del Presidente del Consiglio delle Autonomie locali, nonché di un terzo dei componenti del Consiglio regionale, esprime[va] il proprio parere, in particolare, riguardo a: a) l'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione; b) l'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione e gli Enti locali; c) la compatibilità di proposte di legge o di regolamento con lo Statuto; d) la regolarità e l'ammissibilità delle richieste di referendum; e) gli altri casi previsti dallo Statuto. 6. La legge regionale assicura l'autonomia della Consulta e disciplina le modalità di accesso e le altre norme che ne regolano l'attività, nonché il trattamento economico dei componenti.»

Il legislatore regionale aveva approvato la l.r. n. 2 del 05-01-2007 "Istituzione e disciplina della Consulta Statutaria", legge che conteneva diverse norme volte a innovare e rafforzare l'organo, verso quello che in dottrina è stato chiamato il «sogno di un'alta corte calabrese»[30]. Tra queste, vi era la previsione secondo la quale «ai componenti della Consulta statutaria si applicano, inoltre, le norme in materia di ineleggibilità e di incompatibilità previste per i Consiglieri regionali» (art. 2, co. 4), oppure quella secondo la quale «nei sei anni dello svolgimento del loro mandato, i componenti della Consulta non possono essere perseguiti, per responsabilità penale, civile o contabile, esclusivamente, per le opinioni espresse (dissenzienti o

[30] R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia e le relative decisioni: la Corte costituzionale infrange il sogno di un'Alta corte calabrese*, in *Rivista AIC*, 2008, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

consenzienti) e per i voti dati nello stretto esercizio delle loro funzioni» (art. 3, co. 1). Anche l'impegno finanziario previsto era non trascurabile, in quanto «i componenti della Consulta, godono nei sei anni dello svolgimento del loro mandato, di una retribuzione equivalente a quella iniziale di magistrato di Cassazione dichiarato idoneo alle funzioni direttive superiori» (art. 3, co. 2). Quanto alla disciplina dell'organo, erano previste dettagliate norme con sedute pubbliche e riservate (art. 5), varie tipologie formalizzate di decisioni (art. 7), aventi precisi effetti vincolanti o superabili in modi espressamente previsti (art. 8) la possibilità di depositare una "dissenting opinion" nel caso di decisioni (art. 6, co. 2).

Tale legge è stata impugnata dal Governo davanti alla Corte costituzionale, che si è pronunciata con la sentenza 200/2008[31], la quale accoglie talune delle lamentele esposte dal ricorrente (è dichiarata l'incostituzionalità del citato art. 3, co. 1 l.r. 2/2007 e di parte dell'art. 8 ma, soprattutto, la Corte costituzionale demolisce l'impianto del legislatore regionale e toglie qualsiasi velleità alla Consulta statutaria, ricordando che le sue pronunce sono «decisioni amministrative che tendono ad eliminare dubbi e controversie sull'interpretazione delle disposizioni statutarie e delle leggi regionali riguardanti i rapporti tra la Regione e gli altri enti che operano nell'ambito del suo territorio. È appena il caso di precisare che tali decisioni non possono né precludere né, in alcun modo, limitare la competenza degli organi giurisdizionali, ordinari o amministrativi, eventualmente richiesti, nei modi rituali, di pronunciarsi sui medesimi atti già oggetto di valutazioni da parte della Consulta statutaria. Le stesse "decisioni" della suddetta Consulta possono ovviamente diventare oggetto di un giudizio di legittimità dei competenti organi giudiziari» e aggiungendo che «le competenze della Consulta statutaria, per non invadere la sfera di attribuzioni del giudice delle leggi e degli organi giudiziari, devono avere soltanto carattere preventivo ed essere perciò esercitate nel corso dei procedimenti di formazione degli atti» (sent. 200/2008).

A questo punto interviene il legislatore statutario che va ad abrogare l'art. 57 dello Statuto con l'art. 6, l.r. 19 gennaio 2010, n. 3: secondo la relazione per «adeguare lo Statuto alla giurisprudenza costituzionale» in funzione della sentenza n. 200 del 2008, ma viene il sospetto che, non potendo avere una Consulta "forte" abbia preferito non

[31] A. RUGGERI, *Il doppio volto della Consulta statutaria calabrese (a margine di Corte cost. n. 200 del 2008)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2/2008, p. 159-167; R. ROMBOLI, *La natura amministrativa degli organi di garanzia*, cit.; C. NAPOLI, *La Consulta statutaria calabrese: tra incertezze legislative e parziali chiarimenti giurisprudenziali*, in *Forumcostituzionale.it*, 2008, p. 1 ss.; D. BALDAZZI, *Le "consulte di garanzia statutaria" tra dispute dottrinali e concrete possibilità di azione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2/2008, p. 197 ss.; G. CAIVANO, *Il carattere preventivo e la natura amministrativa delle decisioni degli organi di garanzia statutaria - nota a sentenza Corte Costituzionale 13 giugno 2008, n. 200*, in *Diritto.it*, 2009; F. COZZOLINO, *Gli organi di garanzia statutaria e l'autonomia delle regioni in una nuova pronuncia della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 830 ss.

ISSN 2036-7821

avere una Consulta affatto[32].

3.4. Campania.

L'art. 57 dello Statuto della Regione Campania è dedicato alla Consulta di garanzia statutaria[33], la quale «esprime pareri sulla legittimità delle leggi, dei regolamenti regionali, degli atti preparatori con i quali la Regione partecipa alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari, degli schemi di accordo con Stati esteri e degli schemi di intese con enti territoriali interni ad altro Stato. Qualsiasi organo dell'amministrazione regionale e locale della Campania può rivolgere alla Consulta di garanzia statutaria motivate richieste di parere non vincolante sulla interpretazione dello Statuto, delle leggi e degli atti amministrativi generali della Regione Campania» (co. 2) e «decide sull'ammissibilità dei referendum regionali» (co. 3). È composta da «un massimo di cinque membri eletti dal Consiglio regionale. Essi sono scelti tra i professori universitari in materie giuridiche, fra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, fra gli avvocati dopo venti anni di esercizio» (co. 4).

Il legislatore regionale ha approvato la l.r. 23 luglio 2018, n. 25. "Costituzione e funzionamento della Consulta di Garanzia Statutaria ai sensi dell'articolo 57 dello Statuto della Regione Campania". Il testo è composto da nove articoli, nelle quali è evidente l'influsso dell'esperienza degli organi di garanzia istituiti precedentemente e, in particolare, della giurisprudenza costituzionale. Interessanti sono le norme che dettano tempi alla Consulta: trenta giorni dalla richiesta nel caso di pareri sull'interpretazione dello Statuto, delle leggi e degli atti amministrativi generali (art. 4, co. 3), per le delibere legislative entro tre giorni dall'approvazione definitiva in Consiglio e prima della promulgazione (art. 5), entro il 31 ottobre per le richieste di referendum presentate nell'anno (art. 7).

La Consulta gode di autonomia statutaria e regolamentare e la legge stessa prevede la pubblicità delle udienze, a meno che «si svolgano a porte chiuse quando la pubblicità può nuocere alla sicurezza o all'ordine pubblico o alla morale, ovvero quando avvengano, da parte del pubblico, manifestazioni che possano turbare la serenità» (art. 8, co. 4).

---

[32] E questa ipotesi va ad aggiungersi a quelle identificate da C. NAPOLI, *Abrogazione della Consulta statutaria calabrese: svista o disillusione?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, anno 2009.

[33] G. CONTE, *Problemi politico-costituzionali della messa a regime dei Comitati di garanzia statutaria. Il caso della Regione Campania*, in *Amministrazione in cammino*, 6/2010, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

La Consulta ha iniziato i propri lavori nel 2019[34].

3.5. Emilia-Romagna.

La Regione Emilia-Romagna, in controtendenza rispetto ad altre Regioni che si stanno analizzando, ha un organo di garanzia, denominato Consulta di garanzia statutaria, in attività[35].

Definito dall'art. 69 dello Statuto «organo autonomo e indipendente della Regione», essa si occupa di adottare i provvedimenti ed esprime i pareri di propria competenza previsti dallo Statuto e dalla legge in materia di iniziativa popolare e di referendum; esprime pareri di conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali. Il parere di conformità allo Statuto è richiesto nei casi, nei modi e nelle forme previste dal regolamento dell'Assemblea legislativa; esprime parere su conflitti di competenza tra gli organi statutari (co. 1). L'art. 22 dello Statuto aggiunge che la Consulta di garanzia provveda a formulare diversi quesiti quando il referendum confermativo di cui all'art. 123 Cost. riguardi «modifiche relative a più argomenti».

È previsto espressamente che «i pareri della Consulta, salvi gli effetti espressamente previsti da disposizioni di legge o di regolamento, non determinano alcun obbligo, salvo quello di motivare in caso di dissenso rispetto al parere espresso» (art. 69, co. 2).

La Consulta è composta di cinque componenti, di cui tre nominati dall'Assemblea legislativa e due dal Consiglio delle Autonomie (co. 3) scelti tra magistrati in quiescenza o fuori ruolo, docenti universitari in materie giuridico-amministrative e tra figure che abbiano maturato significativa esperienza nel settore giuridico-amministrativo.

La l.r. 04 dicembre 2007, n. 23 "Costituzione e funzionamento della Consulta di garanzia statutaria" ha dettato la normativa applicativa.

La Consulta ha presentato al Consiglio regionale diverse relazioni annuali sull'attività svolta, dalle quali si deduce un'attività non sempre quantitativamente

[34] Sul sito ufficiale https://www.regione.campania.it/regione/it/la-tua-campania/consulta-di-garanzia-statutaria, si rintracciano solo tre pareri resi nel 2019, rendendo impossibile una valutazione dell'attività.

[35] M. MACCARINI, *La Consulta di garanzia statutaria della Regione Emilia-Romagna*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 851 ss.; L. SCAFFARDI, *L'attività consultiva degli organi di garanzia statutaria: l'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della regione Emilia-Romagna*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, p. 1 ss.; T. GROPPI, *La "Consulta" dell'Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria*, in *federalismi.it*, 24/2004, p. 1 ss.; T. GROPPI, *La "Consulta" dell'Emilia-Romagna nel quadro dei nuovi organi regionali di garanzia statutaria*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1/2005, p. 75 ss.; G.U. RESCIGNO, *Spunti e suggerimenti in tema di organi di garanzia (e in particolare delle consulte regionali di garanzia statutaria)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 877 ss.; A. CAVALLUCCI, E. CREMASCHI, *Gli istituti di garanzia nella regione Emilia-Romagna e nel panorama nazionale: esame comparato*, Assemblea legislativa Emilia-Romagna, Bologna, 2008

ISSN 2036-7821

significativa ma costante.

3.6. Lazio.

Per la Regione Lazio, è l'art. 68 a prevedere il Comitato di garanzia statutaria che è «organo regionale indipendente, composto da sette giuristi di provata esperienza che abbiano superato il quarantesimo anno di età eletti dal Consiglio regionale con la maggioranza dei tre quarti dei componenti, su proposta congiunta del Presidente della Regione e del Presidente del Consiglio regionale» (co. 1).

Dura in carica sei anni, i membri non possono essere immediatamente rieletti (co. 2), elegge al suo interno un Presidente (co. 4), ha autonomia organizzativa (co. 5) e svolge le seguenti funzioni (co. 6): a) verifica l'ammissibilità dei referendum propositivi e dei referendum abrogativi di leggi, regolamenti ed atti amministrativi generali della Regione; b) si pronuncia sulla conformità allo Statuto delle leggi regionali approvate dal Consiglio, prima della loro promulgazione; c) esprime parere sulle proposte di regolamento regionale; d) si pronuncia sull'interpretazione dello Statuto anche in relazione ad eventuali conflitti di competenza tra gli organi costituzionali della Regione e tra gli altri organi regionali previsti dallo Statuto.

È previsto che i pareri in tema di conformità delle leggi regionali non promulgate sia reso entro venti giorni dalla richiesta e se il parere è negativo la legge venga riesaminata dal Consiglio, che la può riapprovare senza modifiche a maggioranza dei componenti (co. 8).

La l.r. 21 Dicembre 2007, n. 24 "Istituzione del Comitato di Garanzia Statutaria" è intervenuta a dettare la disciplina istitutiva: i 18 articoli che la compongono riprendono e specificano gli aspetti sulla composizione, funzioni e tipologie di pronunce del Comitato.

Tuttavia, nel momento in cui si scrive l'organo di garanzia statutaria non è stato attivato.

3.7. Liguria.

La vicenda dell'organo di garanzia della Regione Liguria è ancor più articolata[36]: previsto dallo Statuto agli artt. 74 e 75, è stata disciplinata dalla l.r. 24 Luglio 2006 n. 19 "Istituzione della Consulta statutaria". In seguito, è stata costituita con decreto del Presidente del Consiglio regionale e si è insediata il 15 maggio 2007. Poiché i membri

[36] G. CASALE, *L'esperienza della Consulta di garanzia statutaria della Regione Liguria*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 861 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti di garanzia: il tentativo di "razionalizzazione" dello statuto ligure*, in *Quaderni regionali*, 3/2005, p. 659 ss.; F. BAILO, *La Consulta statutaria*, in AA.VV. (a cura di P. Costanzo), *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Liguria*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 418 ss.

ISSN 2036-7821

duravano in carica sei anni, la Consulta ligure ha funzionato per il periodo del primo mandato. Alla scadenza, non è stata rinnovata, anzi sono state abrogate le norme dello Statuto e ordinarie che la prevedevano e disciplinavano[37].

Ai sensi dell'art. 74 dello Statuto ligure, la Consulta statutaria era «organo autonomo e indipendente di alta consulenza della Regione» (co. 1), composta «da cinque esperti di riconosciuta competenza in materia di pubblica amministrazione» (co. 2) eletti «dall'Assemblea legislativa a maggioranza dei tre quarti dei propri componenti» (co. 3), non rieleggibili e in carica per sei anni (co. 4).

Quanto alle funzioni, secondo l'art. 75 la Consulta doveva esprimere «pareri, a maggioranza dei suoi componenti, entro venti giorni: a) sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge regionale e dei regolamenti regionali di competenza consiliare; b) sulla ripartizione delle competenze tra gli organi regionali ai sensi dello Statuto; c) sull'ammissibilità delle iniziative popolari e delle richieste referendarie» di cui solo quest'ultimo era obbligatorio e comportava, in caso fosse stato negativo, la decadenza della proposta.

La l.r. 19/2006, composta da 9 articoli piuttosto brevi, riprendeva le previsioni statutarie. Di interesse l'art. 7, relativo ai compensi, quantificati in 250 euro a seduta più rimborso delle spese (lontana da stanziamenti ben più generosi già visti) e l'art. 4, co. 3, che prevedeva sia la possibilità di opinioni dissenzienti sia una sorta di obbligo ulteriore di motivazione, in quanto «il parere, qualora sia adottato con il dissenso espresso e argomentato di uno o più dei componenti, deve essere congruamente motivato in relazione alle ragioni addotte dal dissenziente».

Come anticipato, allo scadere del primo mandato dei membri della Consulta, la Regione ha evitato di ricostituire il collegio, anzi abrogando le norme statutarie ad esso relative. «Le ragioni di questa decisione sono sostanzialmente da ricercarsi in esigenze di contenimento dei costi di gestione regionali: non a caso l'espunzione dal testo statutario è avvenuta in concomitanza con la riduzione del numero dei Consiglieri regionali e la soppressione del Consiglio Regionale dell'Economia e del Lavoro (peraltro mai costituito)»[38]. È certo che un risparmio si sia verificato, ma, rispetto agli stanziamenti in bilancio di altre leggi regionali istitutive degli organi di garanzia, il compenso e le spese liguri – peraltro in linea con una certa tradizionale sobrietà – non sembrano giustificare da sole esigenze di risparmio. Si propone quindi un'ulteriore, non alternativa, opzione, fondata su quanto reso pubblico nel sito della Regione Liguria[39]: i pareri resi dalla Consulta sembrano essere stati pochi numericamente e altrettanto sobri nel testo, da cui forse la percezione di una non

[37] Con l'art. 6 della legge statutaria n. 1/2015.
[38] L. SCAFFARDI, *L'attività consultiva degli organi di garanzia*, cit., p. 6-7.
[39] https://www.regione.liguria.it/component/publiccompetitions/documents/consulta-statutaria-22663.html.

ISSN 2036-7821

soddisfacente percezione dell'attività dell'organo, che è significativo soprattutto nell'ammissibilità del referendum regionale.

3.8. Lombardia.

Secondo l'art. 59 dello Statuto della Regione Lombardia[40], la Commissione garante dello Statuto «è organo regionale autonomo e indipendente di valutazione della conformità dell'attività regionale allo Statuto» (co. 1). Quanto alla composizione, «è formata da cinque componenti, di cui quattro eletti dal Consiglio regionale e uno dal Consiglio delle autonomie locali con la maggioranza dei due terzi dei rispettivi componenti nelle prime tre votazioni; dalla quarta votazione è sufficiente la maggioranza assoluta» (co. 2) e i commissari restano in carica sei anni decorrenti dalla data di nomina e non sono rieleggibili (co. 4), norma che vale a disallineare la Commissione dal Consiglio regionale.

Quanto alle funzioni, l'art. 60 dispone che essa si occupi delle seguenti: presenta al Consiglio regionale una relazione sui progetti di legge in materia statutaria; si pronuncia sulla compatibilità statutaria della proposta di regolamento generale del Consiglio; adotta i provvedimenti ed esprime i pareri previsti dallo Statuto e dalla legge in materia di iniziativa popolare e di referendum; esprime parere, con le modalità e nei termini stabiliti dalla legge, sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge su richiesta della Giunta, di un terzo dei componenti del Consiglio regionale o della commissione consiliare competente, ovvero della maggioranza del Consiglio delle autonomie locali; esprime parere, su richiesta della Giunta, in ordine alla impugnazione avanti la Corte costituzionale di atti dello Stato o di altra Regione che violino attribuzioni costituzionalmente garantite; esprime parere sull'interpretazione dello Statuto, anche in relazione ad eventuali conflitti di competenza tra gli organi della Regione, su richiesta del Presidente della Regione, della Giunta o di un terzo dei componenti del Consiglio regionale; esprime pareri su ulteriori materie ad essa assegnate dalla legge.»

È previsto che il Consiglio regionale possa discostarsi dal parere sulla conformità allo Statuto dei progetti di legge solo a maggioranza assoluta dei componenti (co. 2).

Nonostante lo statuto lombardo sia stato approvato nel 2008, la Commissione garante non è mai stata attivata[41] e nemmeno è stata approvata una legge regionale

[40] A. BARAGGIA, *La Commissione garante dello statuto*, in AA.VV. (a cura di L. Violini, Q. Camerlengo), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Lombardia*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 275 ss.

[41] Nonostante, ad esempio, la Regione Lombardia abbia provveduto alla disciplina di altri organi di garanzia: l.r. 8 agosto 2022, n. 18, Riorganizzazione degli organi di garanzia regionali: Difensore regionale, Garante per l'infanzia e l'adolescenza, Garante regionale per la tutela delle vittime di reato, Garante regionale per la tutela delle persone con disabilità, su cui v. B. VIMERCATI, *Legge Regione Lombardia 8 agosto 2022, n. 18: la riorganizzazione degli organi di garanzia regionali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2022 (senza n. di pagina).

ISSN 2036-7821

che ne fornisca ulteriori dettagli in funzione di una futura istituzione[42].

3.9. Marche.

Lo Statuto della Regione Marche ha da sempre costituito l'eccezione: nessun organo di garanzia statutaria è stato mai previsto. Pertanto, se è vero che non vi sono da commentare norme statutarie né di legge, resta da commentare la scelta del legislatore statutario marchigiano di non prevedere alcun organo di questa tipologia.

Nello Statuto delle Marche, approvato nel 2004, dunque nella primissima fase dell'attuazione del Titolo V, è dedicato il Titolo IV agli istituti regionali di garanzia, che sono il difensore regionale (art. 52), il Garante per l'infanzia e l'adolescenza (art. 53), la Commissione per le pari opportunità (art. 54) e la previsione che la legge possa istituire altri organismi regionali indipendenti (art. 55).

Non è mancata l'attenzione alla dimensione di garanzia, ma in altra direzione. Per molti versi, la Regione Marche ha in realtà preceduto la scelta di altre Regioni, che, come si vede, hanno deciso per l'inesistenza dell'organo di garanzia statutaria sia per ripensamento delle norme approvate sia per inattuazione delle norme eventualmente approvate.

Non manca di una certa linearità dunque lo Statuto marchigiano nel momento in cui ha preso fin da subito una strada diversa.

3.10. Molise.

Nello Statuto della Regione Molise l'art. 67 dedicato alla Consulta statutaria segue quello dedicato al Consiglio regionale dell'economia e del lavoro.

Secondo l'art. 67 la Consulta è «organo di garanzia della corretta applicazione del presente Statuto» (co. 1), è composta da «tre esperti in materie giuridiche, scelti tra magistrati, anche a riposo, docenti universitari e avvocati, eletti dal Consiglio regionale con voto limitato» (co. 2) e «si pronuncia sulla conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali in vigore, dietro richiesta di almeno un quinto dei componenti del Consiglio regionale, e sull'interpretazione dello Statuto nei conflitti tra gli organi della Regione, su richiesta del Presidente del Consiglio regionale o del Presidente della Giunta regionale» (co. 3) nonché «sulla regolarità e sull'ammissibilità delle richieste di referendum» (co. 4) [43].

---

[42] Nonostante anche recenti iniziative dell'opposizione in Consiglio: https://pdregionelombardia.it/opposizioni-chiedono-commissione-statuto/. Per le iniziative precedenti, v. *Rapporto Eupolis Lombardia*, cit., p. 25.

[43] Osserva D. CODUTI, *Il nuovo statuto della Regione Molise: tanto rumore per nulla?*, in *Osservatorio costituzionale*, settembre 2014, che «essa rappresenta una delle novità più significative del nuovo statuto» anche se dalle previsioni statutarie trae la conclusione che «tale disciplina delinea un ruolo piuttosto limitato dell'organo» (p. 19)

ISSN 2036-7821

La disciplina è rimessa alla legge ordinaria, che non è mai stata approvata[44].

3.11. Piemonte.

Anche la Regione Piemonte va annoverata tra le Regioni in cui l'organo di garanzia statutaria ha trovato una propria dimensione di funzionamento.

Col nome di Commissione di garanzia[45], gli artt. 91 e 92 dello Statuto piemontese disciplinano quello che viene definito «organismo indipendente della Regione» (art. 91, co. 1), composto da sette membri eletti dal Consiglio regionale a maggioranza qualificata, precisamente dosati nella composizione, in particolare con un magistrato a riposo delle giurisdizioni ordinaria, amministrativa e contabile; due professori universitari di ruolo in materie giuridiche; due avvocati con almeno quindici anni di esercizio; due ex Consiglieri regionali» (co. 1).

L'art. 92 detta le attribuzioni della Commissione di garanzia, la quale, su richiesta del Presidente della Giunta regionale o del Presidente del Consiglio regionale o di un terzo dei Consiglieri oppure del Consiglio delle autonomie, «esprime parere: a) sull'interpretazione dello Statuto nei conflitti di attribuzione tra gli organi della Regione e tra la Regione e gli enti locali; b) sul carattere invasivo e lesivo delle attribuzioni regionali da parte di leggi o atti aventi forza di legge dello Stato; c) sulla coerenza statutaria di progetti di leggi e di regolamenti» (co. 1). È previsto espressamente che «il Consiglio regionale può comunque deliberare in senso contrario a singoli pareri» (co. 4) mentre «il Presidente e la Giunta regionale riesaminano i provvedimenti oggetto di rilievo» (co. 5).

Il legislatore ordinario è intervenuto a dettare la normativa applicativa con la l.r. n. 25 del 26 luglio 2006 "Costituzione e disciplina della Commissione di garanzia. Modifiche alle leggi regionali n. 4 del 1973, n. 55 del 1990 e n. 22 del 2004 in materia di iniziativa legislativa popolare e degli enti locali e di referendum".

La Commissione è in funzione dal 2009 e produce alcuni pareri ogni anno[46]: come la Consulta emiliana e il Collegio abruzzese, è uno degli organi di garanzia più attivi.

---

e, in caso di attivazione, bisognerebbe «capire le conseguenze della "convivenza" tra Comitato per la legislazione e Consulta statutaria, entrambi deputati (anche) a valutare il rispetto dello statuto da parte dei regolamenti regionali» (p. 15-16)

[44] Anche se è stata presentata almeno una proposta da parte della minoranza consiliare (pdl 56/2019 https://consiglio.regione.molise.it/sites/consiglio.regione.molise.it/files/PDL%20n%2056.pdf).

[45] A. CHELLINI, *Istituti di garanzia e consiglio delle autonomie locali (Comparazione) (Artt. 91-92)*, in AA.VV. (a cura di F. Pizzetti e A. Poggi), *Commento allo statuto della Regione Piemonte*, Torino, 2006, p. 149 ss.

[46] Il sito ufficiale nel portale del Consiglio regionale piemontese è, tra tutti quelli consultati per reperire informazioni, il più chiaro, semplice nella navigazione, trasparente nei contenuti: https://www.cr.piemonte.it/cms/assemblea/organi-istituzionali/commissione-di-garanzia (unico difetto attribuibile è il silenzio sui pareri del 2024, che non è chiaro siano omessi o non resi).

ISSN 2036-7821

3.12. Puglia.

Lo Statuto della Regione Puglia dedica al Consiglio statutario regionale gli articoli da 47 a 49, il quale a) interviene, su richiesta, nella verifica della incompatibilità statutaria delle proposte di legge eventualmente dichiarata dalla competente Commissione consiliare, nei casi previsti dal regolamento interno del Consiglio regionale; b) verifica l'ammissibilità dei referendum, la sussistenza del quorum previsto per la richiesta di referendum statutario e l'ammissibilità dell'iniziativa legislativa popolare; c) esprime parere non vincolante nella valutazione delle capacità dei soggetti non pubblici che la Regione individua per il conferimento dei compiti di per sé pubblici (art. 47). Esso è eletto dal Consiglio regionale ed è composto da «a) da tre Consiglieri regionali non in carica eletti, con voto limitato a due, tra coloro che hanno esercitato la funzione per almeno dieci anni; b) da due esperti in discipline giuridiche, eletti con voto limitato a uno» (art. 48).

L'art. 49 demanda funzionamento, organizzazione, regime di incompatibilità e trattamento economico a una legge da approvare entro sei mesi dall'entrata in vigore dello Statuto, ma tale norma non è mai stata approvata. Si segnala che l'art. 18, co. 9 dello Statuto pugliese prevede che «sino alla nomina del primo Consiglio statutario le funzioni previste al comma 5 [cioè l'ammissibilità dell'iniziativa] sono esercitate dall'Ufficio di Presidenza del Consiglio regionale»: si tratta di una norma formalmente transitoria, ma di fatto dà una chiara e semplice alternativa all'istituzione del Consiglio. In altre parole, lo stesso Statuto rimedia alla sua propria inattuazione.

2.13. Toscana.

L'art. 57 dello Statuto della Regione Toscana[47] prevede l'istituzione del Collegio di garanzia «con il compito di verificare la rispondenza delle fonti normative regionali allo Statuto» (co. 1).

Secondo il co. 3 il «giudizio del collegio di garanzia di non conformità allo Statuto comporta il riesame della fonte normativa, con le modalità previste dalla legge» ed è significativo che si utilizzi il termine "giudizio", sia pure come soggetto grammaticale della frase; mentre il Collegio «si pronuncia» (co. 4) sulla ammissibilità dei referendum popolari e sui conflitti di attribuzione tra organi regionali. Secondo il

[47] In dottrina, v. M.C. GRISOLIA, R. ROMBOLI, *Il Collegio di garanzia*, in AA.VV. (a cura di P. Carrozza, R. Romboli, E. Rossi), *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Toscana*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 197 ss.; G. TARLI BARBIERI, *Una questione "politicamente scottante" all'esame del Collegio di garanzia statutaria della Toscana: la revoca della Vicepresidente della Giunta regionale*, in *Le Regioni*, 2/2015, p. 533 ss.; L. GORI, *Candidature bloccate e voto di preferenza fra Corte costituzionale e Collegio toscano di garanzia statutaria*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, p. 745 ss.

ISSN 2036-7821

co. 5 «è costituito con deliberazione del consiglio regionale approvata a scrutinio segreto, con voto limitato, per ciascun consigliere regionale, a quattro componenti; è composto da sette membri di alta e riconosciuta competenza nel campo del diritto pubblico; dura in carica cinque anni e i suoi componenti non sono immediatamente rieleggibili». In ultimo, una norma dello Statuto prevede anche da chi sia attivabile, ovvero: dal presidente della giunta, dal presidente del consiglio, da almeno tre presidenti di gruppi consiliari, da almeno un quinto dei consiglieri regionali e dal consiglio delle autonomie locali nelle materie di suo interesse (co. 2[48]).

Il legislatore è intervenuto con l.r. 4 giugno 2008, n. 34 "Costituzione e funzionamento del Collegio di garanzia"[49]: si tratta di un testo dettagliato, che distingue tra le diverse funzioni, quali la verifica di conformità allo Statuto, i conflitti di attribuzione, l'ammissibilità e regolarità del referendum e le funzioni consultive, oltre a disciplinare la composizione del Collegio e le forme di autonomia.

Quanto all'attività concreta, il sito ufficiale del Collegio di garanzia[50] distingue tra pareri e deliberazioni: i pareri sono 10, resi dal 2011 al 2017, le deliberazioni 17, dal 2010 al 2021, comprese quelle organizzative interne, concentrate nelle competenze relative al referendum e nel "giudizio" di conformità allo Statuto.

3.14. Umbria.

Lo Statuto della Regione Umbria[51] ha affrontato un percorso accidentato proprio in relazione all'organo che qui interessa, denominato Commissione di garanzia statutaria.

Previsto dagli artt. 81 e 82 dello Statuto nella formulazione del 2004, è stato oggetto di impugnazione da parte del Governo che ha portato la Corte costituzionale a pronunciarsi con la celebre sentenza 378/2004, cui è seguita la pubblicazione dello Statuto nel 2005.

L'art. 56 della l.r. 15 febbraio 2024, n. 1 ha sostituito completamente il testo dell'art. 81 dello Statuto e il successivo art. 57 ha abrogato l'art. 82[52].

---

[48] Le minuscole sono riportate pedissequamente dal testo dello Statuto.

[49] Più volte modificata, in particolare con le ll.rr. 30 ottobre 2009, n. 61; 24 febbraio 2011, n. 7; 25 marzo 2015, n. 34; 9 ottobre 2015, n. 67; 6 luglio 2020, n. 51.

[50] https://www.consiglio.regione.toscana.it/garanzia/default.aspx, peraltro uno dei meglio navigabili di quelli consultati.

[51] N. PETTINARI, *Gli organi di garanzia*, in AA.VV. (a cura di F. Clementi, M. Volpi), *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Umbria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 232 ss.

[52] Nell'ottica, peraltro, di una complessiva revisione dello Statuto, in quanto sono numerose e significative le modifiche apportate all'intero testo. La Regione Umbria non è nuova a interventi di manutenzione più o meno estesa: AA.VV. (a cura di S. Budelli), *Statuto regionale dell'Umbria (1971-2021). Mezzo secolo di democrazia*, Morlacchi, Perugia, 2023. Sul precedente testo cfr. *Rapporto Eupolis Lombardia*, cit., p. 17.

ISSN 2036-7821

Innanzitutto, si veda il punto 9 del considerato in diritto della sent. 378/2004, il quale configura un rigetto della questione sollevata: il Governo ricorrente lamentava che la norma statutaria attribuiva «alla Commissione di garanzia la funzione di esprimere pareri sulla conformità allo statuto delle leggi e dei regolamenti regionali» e aggiungeva che il testo della disposizione «non sarebbe chiaro, dovesse intendersi nel senso che tale parere segua il compimento dell'attività normativa, [in quanto] conferirebbe ad un organo amministrativo un inammissibile potere di sindacare le leggi e i regolamenti già adottati dai competenti organi regionali, in violazione degli artt. 121 e 134 della Costituzione» (punto 5 del ritenuto in fatto). La Corte costituzionale replica che «essendo prevista nell'art. 81 una apposita legge regionale, da approvare a maggioranza assoluta, per definirne – tra l'altro – "le condizioni, le forme ed i termini per lo svolgimento delle sue funzioni": sarà evidentemente questa legge a disciplinare analiticamente i poteri di questo organo nelle diverse fasi nelle quali potrà essere chiamato ad esprimere pareri giuridici» (punto 9 considerato in diritto). Altresì, la Corte chiarisce che «la disposizione impugnata fa espresso riferimento ad un potere consultivo della Commissione, da esplicarsi attraverso semplici pareri, che, se negativi sul piano della conformità statutaria, determinano come conseguenza il solo obbligo di riesame, senza che siano previste maggioranze qualificate ed anche senza vincolo in ordine ad alcuna modifica delle disposizioni normative interessate» (punto 9). Si va a delineare la giurisprudenza sulla natura amministrativa degli organi garanti, dunque la decisione della Corte è importante, ma non cambia la struttura normativa voluta dal revisore statutario regionale.

L'art. 81 vigente al momento in cui si scrive, dunque, prevede che i membri della Commissione di garanzia statutaria siano eletti a maggioranza dei due terzi dall'Assemblea legislativa (co. 1). Non è specificato il numero, fissato a 7 dall'art. 3 della l.r. 31 luglio 2007 , n. 27 "Istituzione e disciplina della Commissione di garanzia statutaria. Modifiche alla legge regionale 4 luglio 1997, n. 22 (Norme sul referendum abrogativo e sul referendum consultivo in materia di circoscrizioni comunali)" [53].

Quanto alle funzioni, «la Commissione esprime pareri sulla conformità allo Statuto delle leggi e dei regolamenti regionali, sulle questioni interpretative delle norme statutarie e sull'ammissibilità dei referendum regionali, nonché, su richiesta della Giunta, in ordine alla impugnazione avanti la Corte costituzionale di atti dello Stato o di altra Regione che violino attribuzioni costituzionalmente garantite» (art. 81, co. 2).

È previsto che «La Commissione, qualora ritenga che una legge o un regolamento regionale non siano conformi allo Statuto, ne dà comunicazione al Presidente dell'Assemblea legislativa e al Presidente della Giunta. L'organo competente è tenuto

[53] La l.r. Umbria 22/1997 risulta oggi abrogata.

ISSN 2036-7821

a riesaminare l'atto e a riapprovarlo con o senza modifiche» (co. 4).

Infine, lo Statuto prevede che sia una legge regionale rinforzata (approvata a maggioranza assoluta[54]) a completare le disposizioni in tema di garanzie di indipendenza e di autonomia organizzativa della Commissione, composizione, condizioni, le forme e termini per lo svolgimento delle sue funzioni e i casi di incompatibilità (ultimo co. dell'art. 81, peraltro riprendendo una norma della formulazione statutaria precedente). Tale legge, come accennato, esiste ed è la l.r. 27/2007: la Commissione è stata attivata[55].

3.15. Veneto.

Lo Statuto della Regione prevede all'art. 62 la Commissione di garanzia statutaria, definito come «organo di consulenza e garanzia della Regione», composto «tre membri, eletti con la maggioranza dei due terzi dei componenti del Consiglio regionale, scelti tra esperti di fama nazionale e regionale di diritto costituzionale o amministrativo o regionale» (co. 1). Ai sensi del co. 2, ripreso dall'art. 25, «la Commissione: a) decide in tema di legittimità e ammissibilità delle richieste di referendum abrogativo e consultivo e delle proposte legislative di iniziativa popolare; b) esprime parere in relazione a questioni di interpretazione statutaria e normativa su richiesta motivata del Presidente della Giunta, del Presidente del Consiglio regionale, di un terzo dei componenti del Consiglio regionale, nonché del Consiglio delle autonomie locali; c) esercita ogni altra funzione prevista dalla legge regionale».

Infine, è rimessa alla legge regionale la determinazione riguardo la durata e le modalità di funzionamento della Commissione, l'autonomia regolamentare e funzionale, nonché il trattamento economico dei componenti (co. 3), ma, come nel caso già visto di altre Regioni, tale legge non è mai stata approvata.

4. Linee di sintesi e prospettiche.

A distanza di quasi un quarto di secolo dalla riforma del Titolo V della Costituzione, che ha aperto la cosiddetta seconda stagione statutaria, il panorama degli organi di

[54] Sulle tipologie, cfr. S. CALZOLAIO, *Le fonti «rinforzate» e «specializzate» negli statuti regionali*, in *Forumcostituzionale.it*, 2007, p. 1 ss.

[55] Non vi sono informazioni né indicazioni di attività svolta riguardo alla Commissione nel sito ufficiale del Consiglio regionale dell'Umbria, rendendo impossibile una qualsiasi analisi. Si segnala, in ogni caso, che la Commissione è stata rinnovata nella composizione https://consiglio.regione.umbria.it/informazione/notizie/comunicati/lavori-daula-3-rinnovata-la-commissione-di-garanzia-statutaria. L. SCAFFARDI, *L'attività consultiva degli organi di garanzia statutaria*, p. 8 osserva che «che, dalla tardiva istituzione della Commissione stessa, divenuta operativa solo nell'ottobre 2010, appena 3 decisioni sono state adottate».

ISSN 2036-7821

garanzia statutaria offre oggi un quadro sfaccettato, che trova proprio nella mancanza di uniformità il suo carattere distintivo. Il passaggio del tempo permette di iniziare a leggere l'esperienza degli organi di garanzia non solo alla luce delle speranze e delle prospettive, ma anche alla luce di quanto accaduto.

In questo, non si può fare a meno di leggere una certa disillusione[56], al punto che si potrebbe addirittura pensare di individuare la categoria degli statuti "non garantiti", nel senso che taluni di essi non hanno mai avuto o hanno perso l'organo di garanzia. In verità, è ovvio che gli statuti regionali siano comunque garantiti, ma chi si attendeva un organo di garanzia non necessario ma utile, per non dire centrale, deve ricredersi.

Come ricordato, la Regione Marche fin dall'approvazione dello Statuto nel 2004 ha optato per non istituire un organo di garanzia e non si tratta di dimenticanza – posto che tale categoria si possa applicare a una revisione statutaria – bensì di una precisa scelta.

In altre Regioni, pur essendo stato previsto lo strumento di garanzia statutaria, l'organo non è mai stato reso operativo. Tra queste troviamo Lombardia, Molise, Puglia e Veneto, che hanno delle disposizioni statutarie inattuate e il Lazio, che dispone di una legge istitutiva ma non di un organo funzionante[57].

Vi sono le due Regioni che hanno sperimentato un organo di garanzia ma lo hanno poi soppresso, cioè la Calabria e la Liguria. Per quanto il legislatore, tantomeno quello statutario, non abbia l'onere di motivare le proprie scelte, al di là delle eventuali giustificazioni o ragioni identificabili, è indubbio che già la sola scelta di eliminare un organo esistente comporta insoddisfazione nei confronti del suo funzionamento o dei risultati raggiunti.

Con ciò, si arriva a otto Regioni ordinarie (si direbbe la maggioranza assoluta delle Regioni ordinarie) che non hanno o non hanno più un organo di garanzia statutaria. È indubbio che sia formalmente diverso aver soppresso un organo e non averlo ancora attivato ma, come si accennava, a un quarto di secolo dalla riforma del Titolo V e ormai a oltre dieci anni dalla "seconda ondata" di statuti, compresi gli ultimi approvati, la non attuazione non è più una fase interlocutoria ma una precisa scelta.

A tale proposito, si segnala la Basilicata, in totale controtendenza, prossima all'attivazione avendo iniziato il processo di selezione delle candidature.

Quanto all'Umbria e alla Campania, la mancanza di informazioni nei siti ufficiali impedisce un facile accesso all'attività dei relativi organi di garanzia, il che

[56] Che secondo taluni in dottrina, era del tutto prevedibile: S. ALOISIO, R. PINARDI, *Il ruolo degli organi di garanzia statutaria alla luce di una visione complessiva delle competenze loro assegnate: tra aspettative e pessimismi eccessivi?*, in *Consulta Online*, 2010, senza indicazione di numero di pagina.

[57] Parla di "immobilismo" laziale L. SCAFFARDI, *L'attività consultiva degli organi di garanzia statutaria*, p. 3, in nota.

ISSN 2036-7821

costituisce un problema non da poco non solo nella comunicazione, ma bensì nel complessivo impegno alla trasparenza delle amministrazioni regionali.

Residuano Abruzzo, Emilia-Romagna, Piemonte, Toscana, le quali hanno degli organi di garanzia in funzione e «se ci si sofferma attentamente sul ruolo svolto da quattro Regioni come Abruzzo, Toscana, Piemonte ed Emilia-Romagna, emerge con chiarezza l'inveramento di un organo di alta consulenza, rivolto alla garanzia della corretta dinamica fra poteri, nonché alla regolarità delle procedure affrontate»[58].

Come certe creature mitologiche, gli organi di garanzia statutaria sembrano venire ad esistenza tanto più trovano qualcuno che crede in loro. O, più prosaicamente, sembrano rimesse alla buona volontà delle singole Regioni, che significa un certo modo di intendere l'indirizzo politico regionale.

Dunque, quali sono o possono essere le ragioni di quella che in dottrina è stata chiamata la "resa"[59] o l'"eclissi"[60] degli organi di garanzia statutaria?

Come primo motivo, si pone un discorso tecnico. Nonostante, come si è visto, gli organi di garanzia potrebbero essere molte cose, non vi è accordo in dottrina su cosa siano e cosa facciano.

Secondo taluni «in sede definitoria, si rimarca che essi sono organi di "consulenza", aventi la funzione di esprimere "pareri", mentre tali asserzioni non sempre corrispondono alla realtà, essendo a quegli organi nel contempo riconosciuta, e neppure raramente, la competenza ad adottare atti qualificabili come veri e propri provvedimenti»[61] ma, secondo altri, subito si oppone che «a me sembra al contrario che, se c'è una cosa che sicuramente questi organismi non fanno, è produrre provvedimenti amministrativi»[62]. Il punto non sta solo nella qualificazione dei provvedimenti: «esse possono solo emanare pareri, non vincolanti, e il loro intervento deve essere preventivo e non successivo alla decisione altrui. Questo non sembra un grande problema, perché spesso la giurisdizione è nata dall'attività consultiva», ma, altrove, si dice che «esse svolgono comunque un controllo di legittimità, ponendo in essere attività materialmente, anche se non formalmente, giurisdizionale»[63], mentre secondo altri essi «non sono né giudici in senso proprio, né legislatori, ma che condividono alcuni caratteri degli uni e degli altri»[64] o, con

[58] L. SCAFFARDI, *L'attività consultiva degli organi di garanzia*, cit., p. 28.
[59] P. CARETTI, *Gli organi di garanzia statutaria a un bivio: o riforma o progressiva scomparsa per desuetudine*, in *Osservatorio delle fonti*, 1/2018, p. 6.
[60] C. NAPOLI, *L'eclissi degli organi di garanzia statutaria?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2010, p. 107 ss.
[61] C. MIGNONE, *I collegi regionali di garanzia statutaria*, cit., p. 291.
[62] G. FALCON, *Le consulte di garanzia*, cit., p. 810
[63] B.G. MATTARELLA, *Le consulte di garanzia statutaria tra amministrazione e giurisdizione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 801 e 804.
[64] N. LUPO, *Gli organi di garanzia statutaria*, cit., p. 624.

ISSN 2036-7821

formula dubitativa «non possono esistere né crearsi nel nostro ordinamento "Corti costituzionali regionali". Ciò non esclude, tuttavia, la possibilità di dare origine ad organismi non giurisdizionali che svolgano funzioni consultive e di controllo sulle leggi regionali e sui regolamenti»[65].

Se, da un lato, è compito della dottrina dibattere, anche approfonditamente, e difendere posizioni diverse, nel momento in cui si renda necessaria una iniezione di volontà da parte del legislatore regionale, o comunque della classe politica regionale in funzione di un indirizzo politico che valorizzi – e non affossi – gli organi di garanzia, trovare gli esperti di diritto non concordi sui punti chiave di un organo non necessario potrebbe determinare una certa qual disaffezione, la quale potrebbe avere conseguenze importanti[66].

In secondo luogo, gli organi di garanzia statutaria si sono dovuti confrontare con l'organo di garanzia costituzionale[67], cioè la Corte costituzionale. Il confronto, come si può immaginare, non è né diretto né su un piano paritario. Il giudice delle leggi, nel suo ruolo di arbitro del sistema regionale della Repubblica nel suo complesso, ha dato due importanti linee di lettura. Sono entrambe note e non abbisognano di particolare approfondimento in questa sede: la prima riguarda gli statuti in quelle che sono state considerate essere "norme programmatiche"[68]; la seconda riguarda la stessa natura degli organi di garanzia.

Si è già rilevato che la sent. 12/2006 contiene una sola frase di interesse generale rispetto agli organi di garanzia statutaria: «questa Corte ha già stabilito che l'introduzione di un organo di garanzia nell'ordinamento statutario regionale non è, come tale, in contrasto con la Costituzione, mentre resta da valutare, nei singoli specifici profili, la compatibilità delle norme attributive allo stesso di competenze determinate (sentenza n. 378 del 2004)».

---

[65] *Rapporto Eupolis Lombardia*, cit., p. 11.

[66] «Parte della dottrina ha manifestato dubbi di legittimità in merito all'ampiezza di talune riserve di legge» riguardanti il rinvio operato dagli Statuti alla legislazione ordinaria e «perplessità ha suscitato in dottrina anche il rinvio al regolamento interno del consiglio regionale contenuto in alcuni statuti» C. COMBI, *Gli organi regionali di garanzia statutaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2008, , p. 2-3.

[67] S. GAMBINO, *Le consulte statutarie nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 817 ss.; M. DELLA MORTE, *I poteri delle "consulte statutarie" dinanzi alla Corte costituzionale: un chiarimento utile (ma non esaustivo)*, in *Foro Italiano*, I, 2009; L. PANZERI, *La tutela della «rigidità statutaria» alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale: quali prospettive per gli organi di garanzia regionali?*, in *Giur. Cost.*, 2005, p. 829 ss.

[68] Cfr. almeno: S. BARTOLE, *Norme programmatiche e Statuti regionali*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005, senza numero di pagina; A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in *Le Regioni*, 3-4/2007, p. 399 ss.; M. CAMMELLI, *Norme programmatiche e statuti regionali: questione chiusa e problema aperto*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, p. 21 ss.; A. ANZON, L'"inefficacia giuridica" di norme "programmatiche", in www.costituzionalismo.it, 2005, p. 1 ss.; G. BERGONZINI, *Statuti regionali, disposizioni programmatiche e di principio, diritti costituzionali: brevi spunti per un rinnovato dialogo*, in *Consulta Online*, 3/2022, p. 1295 ss.; D. NOCILLA, *Natura delle disposizioni programmatiche statutarie e controlli endoregionali su leggi e regolamenti*, nell'archivio di *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 2005, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

Per quanto sia a tutti gli effetti un riconoscimento di legittimità dell'esistenza e della posizione degli organi di garanzia, la Corte ne rivendica di fatto un controllo minuzioso e specifico, che puntualmente torna all'attenzione con la sent. 200/2008. Secondo il punto 5 del considerato in diritto di quest'ultima pronuncia, «alla luce dei comuni principi che reggono la qualificazione degli atti dei poteri pubblici, si deve ritenere che la competenza ad emanare atti decisori non è riservata agli organi giurisdizionali, giacché l'ordinamento giuridico italiano conosce da lungo tempo molteplici tipi di atti riconducibili alla categoria delle decisioni amministrative. Queste ultime si caratterizzano per essere atti amministrativi di accertamento, volti a risolvere conflitti, decidendo, in un caso concreto, sull'applicabilità di una norma o sulle modalità di applicazione della stessa […] Da quanto osservato si deve concludere che le suindicate competenze della Consulta statutaria, quali previste dalle norme censurate, non hanno natura giurisdizionale e risultano conformi, nei termini appena indicati, alle previsioni statutarie.»

Al di là del tema dell'adesione a una certa risalente dottrina amministrativistica[69], e anche al di là della questione se la Corte abbia davvero chiarito oppure no gli aspetti decisivi[70], gli organi di garanzia statutaria ne escono inquadrati come organi amministrativi. Da un lato «non contrastano con il principio di unicità della giurisdizione costituzionale, enunciato nelle sentenze n. 38/1957 e n. 6/1970, le disposizioni statutarie che configurano le competenze degli organi di garanzia in termini di attività meramente consultiva. Quanto ai limiti di tale potere consultivo, la sentenza n. 378/2004 parrebbe precludere la possibilità di prevedere aggravamenti di ordine procedurale nell'ipotesi di un giudizio di non conformità statutaria»[71], dall'altro se i "garanti dello statuto" possono al più consigliare, la funzione risulta priva di quel "surplus" decisionale che toglie dalla contesa politica una questione dibattuta.

Il secondo punto di intervento della Corte, come si accennava, è la qualificazione di norma programmatica di talune norme statutarie. Di nuovo, una norma puramente indicativa non ha bisogno di tutela né di "garanti".

Ecco, dunque, che «sicuramente un ruolo significativo in questo cambiamento di prospettiva va ascritto alla giurisprudenza della Corte costituzionale. La quale, infatti, si è incaricata, com'è noto, di fornire, man mano, varie indicazioni sulla natura e dunque sui poteri, limitati, attribuibili alle Consulte statutarie, infrangendo, così, "il sogno" – che già prima, in verità, appariva (giuridicamente) impraticabile –

[69] Che è la teoria di Nigro, sulla quale si vedano, peraltro in indiretta polemica: B.G. MATTARELLA, *Le consulte di garanzia statutaria*, cit., e G. FALCON, *Le consulte di garanzia*, cit. entrambi passim.

[70] M. CARLI, *Il chiarimento non c'è stato (a proposito degli organi di garanzia statutaria previsti dai nuovi statuti delle regioni ordinarie)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3/2008, p. 2274.

[71] C. COMBI, *Gli organi regionali*, cit., p. 8.

ISSN 2036-7821

di poter istituire delle "Corti costituzionali regionali"»[72].

Ecco dunque individuati con maggiore dettaglio quegli elementi che hanno «di fatto messo in discussione l'importanza degli organi di garanzia nel breve e nel lungo periodo e tra essi non può non menzionarsi la piena e definitiva presa di coscienza dell'inderogabile natura amministrativa degli organi e delle relative pronunce, il carattere meramente programmatico dei principi di diritto collocati in apertura di tutti gli Statuti regionali da cui deriva (se non altro) una notevole difficoltà per i medesimi di porsi come parametro di statutarietà delle leggi e dei regolamenti regionali, e, ancora, la scarsa omogeneità - in alcuni aspetti – delle normative regionali in proposito»[73].

Se parte della dottrina, come visto, non si è minimamente sorpresa dell'"inderogabile natura amministrativa" degli organi in quanto una posizione diversa sarebbe stata "giuridicamente impraticabile", tale consapevolezza può aver demotivato la volontà della classe politica regionale.

Se la demotivazione, o la delusione appaiono categorie poco indagabili giuridicamente, vi è l'esperienza della Regione Calabria sopra ricostruita e, di nuovo, la dottrina ha osservato che «non pochi politici regionali, infatti, considerano la Commissione di garanzia una "piccola Corte costituzionale", ragione per cui si pensava anche di dover soprattutto controllare leggi e regolamenti regionali»[74]. A questo si aggiunga che «in Italia dobbiamo fare i conti con una sensibile sottovalutazione della funzione consultiva, che risulta non solo non adeguatamente valorizzata, ma il più delle volte mal sopportata dagli organi politici destinatari dei pareri e delle consulenze emesse da soggetti a forte connotazione tecnica»[75] «A me pare invece che la vera ragione che spiega il dato appena rilevato stia altrove e precisamente nella diffusa e radicata diffidenza con cui gli organi politici guardano all'attività di organi che presentano una diversa legittimazione e che tuttavia esercitano funzioni destinate ad incrociarsi (ad interferire in vario modo) con quelle attribuite ai primi»[76].

Un altro aspetto da tenere in conto si lega anche alla mancata istituzione in diverse Regioni, cioè l'idea che l'organo di garanzia statutaria possa o debba avere anche una funzione antimaggioritaria: «c'è anche una funzione in qualche misura necessariamente "anti-maggioritaria". C'è, in altri termini, una funzione che è a

[72] S. ALOISIO, R. PINARDI, *Il ruolo degli organi di garanzia statutaria*, cit.
[73] C. NAPOLI, *Abrogazione della Consulta statutaria calabrese*, cit., p. 3.
[74] J. LUTHER, *Osservazioni sulle prime esperienze*, cit., p. 838.
[75] N. LUPO, *Gli organi di garanzia statutaria*, cit., p. 626.
[76] P. CARETTI, *Gli organi di garanzia statutaria a un bivio*, cit., p. 8. Acutamente, ma forse semplicemente con l'esperienza del politico, prevedeva uno scarso successo M. MARTINAZZOLI, *Quale garanzia per lo Statuto regionale*, in *Osservatorio sui federalismi*, 2002, oggi rintracciabile in *www.assemblea.emr.it*.

ISSN 2036-7821

disposizione pure delle minoranze, e pure degli enti locali in alcuni ordinamenti regionali; a tali organi spetta, quindi, non solo una funzione consultiva, ma altresì una qualche funzione di garanzia intesa in senso forte»[77]. Ancora, altri in dottrina hanno osservato che «va rimarcato che erano state eccessive e fuori misura le velleità iniziali manifestate in sede regionale circa il ruolo degli organi di garanzia. La ragione più importante è tuttavia un'altra e attiene all'atteggiamento della classe politica regionale, sia di maggioranza, sia (e ciò è più sorprendente) di opposizione»[78].

Tuttavia, degli organi, sia pure qualificati e di alta consulenza, se privi di poteri cogenti difficilmente possono essere significativi nella dialettica maggioranza-opposizione[79], da cui forse il disinteresse per la stessa maggioranza in Consiglio sul punto di attivazione da parte delle Regioni che non hanno istituito l'organo. L'idea che l'organo di garanzia "sia forte o non sia" riappare come possibile spiegazione.

In sintesi, tutte le ragioni addotte e, si crede, argomentate depongono in modo pressoché unilaterale verso un limitato interesse da parte della politica verso gli organi che qui interessano. Fanno eccezione contesti, altrettanto limitati, in cui per diverse ragioni, che vanno forse indagate al di fuori della scienza giuridica, tali organi sono stati istituiti e funzionano con efficacia.

Conclusioni. Annotazioni per un ripensamento dell'organo di garanzia statutaria.

Quali che siano le ragioni e quali che siano le valutazioni, è un dato oggettivo che la possibilità offerta alle Regioni di avere un organo "di garanzia" o di "alta consulenza" sia sottodimensionato. Le esperienze regionali mostrano chiaramente che, laddove gli organi di garanzia hanno trovato fertile terreno, la loro funzione si è rivelata non trascurabile. L'impressione è che gli organi di garanzia statutaria abbiano già raggiunto il bivio[80] e si siano avviati verso una limitata significatività.

Eppure, il loro ruolo non è né astrattamente privo di interesse, come dimostra il dibattito ricostruito a tutti i livelli, né concretamente irrilevante, basti pensare all'ambito della verifica di ammissibilità dei referendum[81], pur senza che ciò li renda indispensabili nel sistema regionale. Al contrario, la capacità di incidere sulle

[77] N. LUPO, *Gli organi di garanzia statutaria*, cit., p. 632.

[78] M. VOLPI, *Il giudizio di legittimità degli organi di garanzia statutaria: fra statuti, leggi di attuazione e effettività*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, p. 12.

[79] Si leggano le illuminanti pagine di J. LUTHER, *Osservazioni sulle prime esperienze*, cit. specie p. 846 ss. per un esempio concreto di come il Consiglio regionale possa premere sull'organo di garanzia.

[80] Per usare l'espressione di P. CARETTI, *Gli organi di garanzia statutaria a un bivio*, cit., p. 1.

[81] Compito che definisce «di grande portata» G.U. RESCIGNO, *Spunti e suggerimenti in tema di organi di garanzia (e in particolare delle consulte regionali di garanzia statutaria)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011, p. 878. V. altresì E. CATELANI, *Organi di garanzia statutaria e referendum abrogativo*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, p. 1 ss.

ISSN 2036-7821

dinamiche legislative e amministrative appare generalmente limitata, soprattutto quando i pareri non sono vincolanti e si scontrano con una percezione politica che spesso li considera strumenti accessori piuttosto che centrali.

Vi ricorrono poche Regioni, con una produzione di pareri numericamente modesta. L'alto tasso di tecnicità dell'analisi e – per moto parallelo e contrario – la necessità di scendere nella prassi e nelle dinamiche concrete di ogni singolo organo per valutarne impatto e significatività, portano al risultato che si è descritto.

Nonostante non competa di per sé alla dottrina proporre soluzioni, tanto più se innovative, pare interessante, al termine dell'esposizione, offrire una possibilità che si è ravvisata nello studio della normativa e, più in generale, nelle possibilità offerte dalla revisione costituzionale del 2001.

La dicotomia tra un "o un garante forte o nessun garante" emerge di nuovo come una questione fondamentale. Si sono già commentati i limiti per l'istituzione di un organo di garanzia forte, dotato di poteri decisori o comunque vincolanti, il quale potrebbe di certo assumere un ruolo centrale nel rafforzare l'autonomia statutaria, ma, alla luce di quanto visto, sarebbe altro rispetto agli organi di garanzia così come sono disegnati nel regionalismo italiano, per struttura e non semplicemente per previsione di statuto o di legge regionale.

Dunque, come rafforzare un organo senza cambiarne la natura, le tipologie di atto?

La premessa necessaria è che seguire la proposta che qui si avanza comporterebbe comunque sfide significative, sia sul piano istituzionale, per evitare conflitti con altri enti e altri organi, sia su quello politico, per giustificarne l'esistenza e l'impegno (anche finanziario, posto che talune Regioni hanno attualmente budget pari a zero per tale tipologia di organi e qualsiasi budget, anche piccolo, sarebbe superiore a zero).

La base costituzionale di un tale modello potrebbe essere fondata sul penultimo comma dell'art. 117 Cost., secondo cui «la legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni».

Questa norma, che sottolinea la possibilità per le Regioni di accordarsi per individuare organi comuni, aprirebbe a un organo di garanzia statutaria unico: non nel senso di un unico organo previsto da tutti gli statuti, bensì di concentrare, ovviamente in modo concertato, le attribuzioni dei diversi statuti in un unico organo, necessariamente centrale, che possa svolgere tale ruolo per ognuna delle Regioni aderenti alla forma di accordo e si ponga come ente di riferimento nazionale per tutte le Regioni ordinarie (e, sia pure con prospettiva diversa, anche per quelle a statuto speciale).

ISSN 2036-7821

L'istituzione di un organo garante di tutti e di ciascuno degli Statuti comporterebbe una serie di vantaggi, tanto sul piano pratico quanto su quello qualitativo.

Un organo centralizzato potrebbe porsi come interlocutore unico rispetto sia allo Stato che alle Regioni, attraendo le migliori competenze giuridiche (ad esempio, con un collegio formato da un membro eletto da ogni Consiglio regionale), con la possibilità non solo di selezionare esperti di riconosciuto prestigio e competenza (cosa che, non si nega, è perfettamente possibile anche a livello regionale) ma offrendo un palcoscenico di livello nazionale all'organo, anche come circolazione delle decisioni, a livello di analisi da parte della dottrina ma anche di visibilità comunicativa. Un organo che, facilmente, diverrebbe la "viva voce" del regionalismo e degli Statuti in particolare, come la Corte costituzionale lo è per la Costituzione.

Sotto il profilo di spesa, talune Regioni hanno già raggiunto livelli di sobrietà notevoli, dovuti, com'è ovvio immaginare, alla natura del tutto discontinua dell'organo, tale per cui è previsto solo un rimborso a seduta per i membri. La Corte costituzionale dimostra che un collegio a tempo pieno può scrivere centinaia di decisioni ogni anno, ossia un numero che al momento non avrebbe riscontro nelle necessità della garanzia statutaria, anche sommata tra tutte le Regioni e aumentata delle ulteriori Regioni che potrebbero partecipare. Dunque, con i numeri di decisioni finora visti nella realtà concreta, un organo dal costo contenuto sarebbe sicuramente possibile.

Altresì, se vi fosse necessità in futuro di un maggior numero di pronunce, di certo un solo organo centrale potrebbe garantire una continuità e omogeneità, oltre che a un risparmio di spesa rispetto a tanti organi quanti sono le Regioni.

L'imparzialità, poi, sarebbe garantita dalla composizione (che si è ipotizzata da tutte le Regioni parti dell'accordo) con scarsissime possibilità per le dinamiche del Consiglio, o generalmente della politica regionale, di trovare terreno fertile lontano da quella sede consiliare dove l'organo di garanzia è radicato dagli Statuti.

Un organo unico avrebbe una maggiore visibilità a livello nazionale, aumentando l'incisività, anche solo comunicativa, dei pareri o decisioni resi e, in questo, sarebbe un interlocutore tra Regioni e Stato anche attraverso la possibilità per la dottrina giuridica di interessarsi con continuità dei suoi lavori.

Non si nascondono i problemi pratici: il primo sarebbe la necessità, per lo stesso organo, di lavorare quotidianamente con tanti statuti e ordinamenti diversi quante sarebbero le Regioni aderenti, facendone un esempio di organo giuridicamente poliglotta. Tuttavia, il carico di lavoro presumibile dai dati concreti sopra visti non ne farebbero una missione impossibile, senza contare che, per quanto differenziate, le Regioni appartengono comunque alla medesima dinamica costituzionale complessiva dunque, per seguitare la metafora, si tratterebbe di un organo poliglotta

ISSN 2036-7821

ma di lingue della medesima famiglia.

Il punto critico, si crede, è un altro: la creazione di un organo unico richiederebbe la rinuncia da parte delle Regioni a un presidio interno, accettando di sacrificare quella che appare non di rado essere una forma di campanilismo istituzionale in favore di una soluzione unitaria. Le Regioni che hanno un organo funzionante potrebbero non trovare motivazioni per condividere l'esperienza con le altre, e le Regioni che non hanno finora attivato alcun organo potrebbero domandarsi perché farlo. È ovvio che tale passaggio richiederebbe un consenso politico ampio e una chiara visione delle opportunità offerte dal nuovo modello, dato, questo, che presenta difficoltà quasi insormontabili, poiché il primo passaggio sarebbe quello di accettare di non avere un "nostro" (dal punto di vista della Regione) organo di garanzia, ma di condividerlo. Il che, come accennato, non sarebbe di per sé un problema, a patto che il decisore politico non intenda, in qualsiasi modo, detenere una forma di controllo o influenza sull'organo stesso, controllo che può essere anche indiretto, o influenza che può non sostanziarsi in nessuna procedura precisa, ma che potrebbe anche soltanto tendere a considerare l'organo di garanzia statutaria come "attratto" nell'orbita degli organi regionali.

A ulteriore sostegno di questa proposta, si può richiamare l'esperienza dell'Alta corte per la regione siciliana, organo che aveva sede a Roma, pur previsto dallo Statuto siciliano. La localizzazione nella capitale, lontana dal capoluogo della Regione, era forse simbolica della volontà di garantire imparzialità e collaborazione istituzionale rispetto allo Stato. L'Alta corte ebbe ad affrontare dei problemi di convivenza con la Corte costituzionale, che, tuttavia possono considerarsi risolti quanto all'organo di garanzia statutaria.

L'istituzione di tale organo potrebbe rappresentare un cambiamento significativo verso il rafforzamento del controllo statutario, superando le inefficienze e le disparità che caratterizzano l'attuale panorama regionale, senza evocare "sogni" regionalisti ma semplicemente sfruttando appieno gli strumenti costituzionali. Tale soluzione, tra l'altro, consentirebbe non solo di valorizzare la qualità delle funzioni consultive, ma anche di promuovere una visione più integrata e collaborativa dell'autonomia regionale nell'ordinamento italiano.

I tempi potrebbero essere maturi per una valutazione scevra sia da – pur pregevoli – slanci tanto appassionati quanto irrealistici sia da – pur comprensibili – disillusioni ed elementi di disinteresse[82], per «dare vita ad un regionalismo forte ma non

[82] Come rileva C. COMBI, *Gli organi regionali*, cit., «Il successo e i margini di crescita delle potenziali funzioni delle consulte statutarie dipenderanno [e hanno già dipeso, si aggiunge] comunque dall'interesse della classe politica regionale ad attivarne l'intervento» p. 13.

ISSN 2036-7821

velleitario»[83].

In quest'ottica, ripensare il modello italiano degli organi di garanzia statutaria, superando le difficoltà dimostrate e immaginando un'evoluzione che renda tale strumento più incisivo ed efficace è un'alternativa che si crede di non disprezzare, tra l'altro con l'indubbio vantaggio di non cambiare in nulla la dinamica giuridica e gli strumenti finora messi, non senza fatica, a punto, con l'obiettivo di valorizzare costituzionalmente l'autonomia e la *governance* regionale.

In questo modo, gli organi di garanzia statutaria troverebbero una nuova centralità, seppur senza cambiare in nulla le previsioni statutarie che ne sono la base, offrendo uno spaccato emblematico non solo dei limiti ma anche delle potenzialità dell'ordinamento regionale italiano.

[83] M. VOLPI, *Il giudizio di legittimità degli organi di garanzia*, cit., p. 13.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Contributo alla decisione sulle questioni di (difetto di) giurisdizione nel processo amministrativo

di Paolo Cotza

(Ricercatore confermato in Diritto Amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari)

Sommario

(Parte prima) 1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni. - 1.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' (del 'divieto di abuso del processo' e del 'giusto processo'): 'giudicato implicito', mancata sollevazione del conflitto negativo di giurisdizione a seguito di riassunzione, 'Regolamento preventivo di giurisdizione'. - 1.2. Ulteriori problematiche - (Parte seconda) 2. Apporto della scienza processualistica onde contemperare il principio del 'giudice naturale' con quelli del 'giusto processo' e di 'effettività della tutela'. - 3.1. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione. - 3.2. Interludio. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' … - 3.3. … nonché, di difetto di giurisdizione. - 3.4. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici - (Parte terza) 4.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; *translatio iudicii*; conflitto negativo … - 4.2. … e rapporti con il 'regolamento preventivo'. - 4.3. Contributo di dogmatica.

Abstract

«It is a general rule of the rule of law that every public body first verifies the existence of the power that it is going to exercise». Therefore, «the administrative judge, at any stage and level of a trial, has the power and duty to verify whether the conditions exist to which the law subordinates the possibility that he issues a decision on the merits». In accordance with these general statements, «according to the principle of legality in jurisdictional matters, which requires that the Judge exercises only the powers that the law confers on him, the Judge who does not have (hypothetically) jurisdiction cannot take any measure, except to rule negatively in limine on the jurisdiction itself». In particular, the ex officio detection of the (relative) lack of jurisdiction (id est, due to erroneous identification of the judge), throughout the course of the first-instance trial, is peacefully understood, by administrative jurisprudence, as the exercise not of a mere faculty, but of an obligation (of course, when the jurisdictional authority seized becomes aware of it). So much so that: in the absence of this, a defect in the sentence is integrated, which becomes a reason for appeal; correlatively, the summoned party (whether or not he has appeared in the first instance judgment), when he finds that the question of jurisdiction has not been raised (or, in any case, correctly decided) in the sentence, can raise it as a reason for appeal..

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

ISSN 2036-7821

Parte Prima

1. Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e prime implicazioni.

«È regola generale dello Stato di diritto che ogni organo pubblico verifichi anzitutto l'esistenza del potere che va ad esercitare»[1]. Pertanto, «il giudice amministrativo, in qualsiasi stato e grado di un giudizio, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrano le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito»[2].

Alla stregua di tali affermazioni di massima, «per il principio di legalità in materia giurisdizionale, che vuole che il Giudice eserciti i soli poteri che la legge gli conferisce, non può il Giudice che non ha (in ipotesi) giurisdizione, prendere alcun provvedimento, se non pronunciarsi in limine negativamente sulla giurisdizione medesima»[3]. Segnatamente, la rilevazione d'ufficio del difetto (relativo) di giurisdizione (*id est*, per erronea individuazione del giudice), lungo tutto il corso del giudizio di primo grado, è pacificamente intesa, dalla giurisprudenza amministrativa, come esercizio non di una mera facoltà, bensì di un obbligo (s'intende, quando l'autorità giurisdizionale adita se ne avveda). Tant'è che: in mancanza, s'integra un vizio della sentenza, che si converte in motivo d'impugnazione; correlativamente, la parte intimata (costituitasi o meno nel giudizio di prime cure), allorché constati che la questione di giurisdizione non è stata rilevata (o, comunque, correttamente decisa) in sentenza, può dedurla quale motivo di gravame[4].

Quando non operi l'anzidetta rilevazione d'ufficio, in entrambi i gradi di giudizio l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice adito va esaminata prioritariamente rispetto alle eventuali eccezioni ulteriori, ancorché sia stata avanzata solo in via gradata[5]. Ciò si spiega sempre in considerazione della circostanza per cui il difetto di giurisdizione priva il giudice adito della prerogativa di esame di qualsiasi profilo della controversia, sia in rito che nel merito[6].

Così, da tempo è stato chiarito che alla questione di giurisdizione va riconosciuta precedenza sulle altre, di ricevibilità ed ammissibilità dei ricorsi di primo grado, per due ordini di ragioni. Innanzitutto, un pronunciamento, benché attinente al solo profilo processuale, postula che il giudice chiamato a renderlo sia munito di

[1] Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2017, n. 10.
[2] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.
[3] Cons. Stato, sez. V, n. 10/2017 cit.
[4] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.
[5] Già Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 2007, n. 5831.
[6] Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786.

ISSN 2036-7821

giurisdizione (essendo illogico di esigere l'osservanza di regole in radice non pertinenti, in quanto si è al cospetto di un giudice non corrispondente a quello 'naturale precostituito per legge' - ai sensi degli artt. 25, comma 1, 102, 103 e 111, ult. comma, Cost. -). In secondo luogo: premesso che il meccanismo della *translatio iudicii* (come recepito dal dato 'positivo'[7]), comportando la salvezza degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda avanzata nanti il giudice sfornito di giurisdizione (a condizione di non essere già incorsi in decadenza)[8], assicura la possibilità, per colui che promuova l'azione, di vedersi riconosciute le pretese dal giudice dotato di giurisdizione; una pronuncia in rito diversa dalla declaratoria di difetto di giurisdizione, pregiudicherebbe la *translatio*[9].

Alla sola declaratoria d'incompetenza del Tribunale amministrativo regionale viene riconosciuta priorità: il difetto di giurisdizione dovendo essere dichiarato dal giudice competente[10]. Mentre è risultato controverso se analoga priorità vada ravvisata anche con riguardo all'esame della questione relativa all'estensione del contraddittorio[11].

1.1. Convivenza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli del 'giudicato esterno' e del 'giudicato interno' ('divieto di abuso del processo' e del 'giusto processo'): 'giudicato implicito', mancata sollevazione del conflitto negativo di giurisdizione a seguito di riassunzione, 'Regolamento preventivo di giurisdizione'.

[7] Ricorda Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978 che «l'istituto della translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice amministrativo ha trovato ingresso nel nostro ordinamento fin dalle pronunce della Corte Costituzionale (12 febbraio 2007 n. 77) e della Corte di Cassazione (sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109), che hanno superato il precedente principio di incomunicabilità tra ordini giurisdizionali, incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Successivamente, sul piano legislativo, l'istituto della translatio iudicii è stato disciplinato dall'art. 11, comma 1. cod. proc. amm. secondo il quale il Giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito».

[8] L'istituto consente soprattutto di superare il problema del termine decadenziale entro il quale promuovere la domanda nanti il giudice amministrativo, purché il primo sia stato osservato nel promuovere l'azione nanti il giudice sfornito di giurisdizione, come recentemente ribadito da Cons. Stato, 2 ottobre 2023, n. 8599.

[9] Cons. Stato, ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10. Con particolare riguardo alla priorità da riconoscere all'esame dell'eccezione di difetto di giurisdizione rispetto a quelle relative all'ammissibilità del gravame quanto alla carenza d'interesse alla contestazione, già Trib. amm. reg. Molise, 4 dicembre 2013, n. 722.

[10] Trib. amm. reg. Lazio, Roma, sez. III quater, ord. 18 dicembre 2013, n. 10922.

[11] In senso favorevole, Cass. civ., sez. I, 15 maggio 2001, n. 6666 e Cass., sez. lav., 14 gennaio 2003, n. 432 (rimettendo le parti nanti il giudice di primo grado, ai sensi dell'art. 354, comma 1, c.p.c., onde trattare della questione di giurisdizione solo a contraddittorio integro). Di diverso avviso Cass., sez. un., 23 aprile 2008, n. 10462: sia perché la soluzione in ordine alla giurisdizione può condizionare quella relativa al contraddittorio; sia perché sarebbe inutile rinviare al giudice di primo grado l'esame della domanda, quando il giudizio debba poi concludersi con una pronuncia di difetto di giurisdizione. Quest'ultimo opinamento è stato però rivisto da Cass., sez. un., 13 aprile 2012, n. 5873 e 12 dicembre 2012, n. 22776, alla luce della novella introdotta con riguardo all'istituto della *translatio iudicii*, per via degli effetti che nel suo ambito risultano attribuiti alla declaratoria di difetto di giurisdizione, benché formulata dal giudice di merito, una volta che la domanda venga riproposta nanti il giudice indicato come munito di giurisdizione.

ISSN 2036-7821

I menzionati riferimenti sono dunque sintomatici del rango basilare riconosciuto alle questioni di giurisdizione, in forza del principio del 'giudice naturale precostituito per legge'. Nondimeno: mentre la trattazione di quella problematica non può andare disgiunta dai principi, non solo del 'giudicato esterno', ma altresì del 'giudicato interno' quale compendiabile nel 'divieto di abuso del processo' nonché, nel 'giusto processo' (come stavolta declinato in quelli di 'unitarietà', 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo); l'interpretazione invalsa vuole che non valga altrettanto a riguardo della rilevabilità *ex officio* della sussistenza degli ulteriori presupposti processuali e delle condizioni dell'azione, cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito.

Così, corrispondentemente al principio del 'giudicato esterno', «pur ribadendo il principio secondo cui le uniche sentenze sulla giurisdizione vincolanti sono quelle delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione; tuttavia anche le sentenze di altri giudici sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato esterno in tema di giurisdizione, e di spiegare i loro effetti anche al di fuori del processo nel quale siano state adottate, quando la decisione, sia pure implicita, sulla giurisdizione si rapporti, ad essa collegandosi, con la statuizione di merito»[12]. In altri termini, «il passaggio in cosa giudicata di una pronuncia del giudice, recante statuizioni sul merito di una pretesa attinente ad un determinato rapporto, estende i suoi effetti al presupposto della sussistenza della giurisdizione di detto giudice su tale rapporto, indipendentemente dal fatto che essa sia stata o meno oggetto di esplicita declaratoria»[13]. Ciò, con tutte le implicazioni effettuali del caso, dal momento che «la necessità di avere stabilità tra giudicati (*alias* la necessità di garantire in modo effettivo la non contraddizione tra giudicati), comporta che deve escludersi che l'eccezione di giudicato sia sottoposta alle preclusioni (anche documentali) previste per le fasi processuali. Inoltre, l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo. Pertanto, non possono esservi preclusioni processuali (ai sensi dell'art. 104, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), dovendo

[12] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754. Cfr. pure Trib. amm. reg. Calabria, Catanzaro, sez. I, 4 gennaio 2021, n. 5. Laddove, secondo certo orientamento, andrebbe escluso che possa formarsi il giudicato implicito sulla giurisdizione ogniqualvolta la decisione non contenga statuizioni che implicano l'affermazione della giurisdizione: come nel caso in cui l'unico tema dibattuto attenga all'ammissibilità della domanda; o quando, dalla motivazione della sentenza, risulti che l'evidenza di una soluzione abbia assorbito ogni altra valutazione (es., per manifesta infondatezza della pretesa) ed abbia indotto il giudice a decidere 'per saltum', non osservando la progressione logica stabilita dal Legislatore, quanto alla trattazione delle questioni di rito rispetto a quelle di merito (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883).

[13] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

ISSN 2036-7821

prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa»[14].

Circa il principio del 'giudicato interno':

premesso che, ai fini della corretta introduzione della questione di giurisdizione in appello, è sufficiente che sia stato proposto specifico motivo di censura avverso il capo della sentenza di primo grado che (implicitamente od esplicitamente) abbia statuito sulla giurisdizione[15]; a prescindere dalla circostanza che l'appellante, in primo grado, non abbia sollevato la relativa eccezione[16]; quanto esclude l'ammissibilità di una mera ed anodina sollecitazione al rilievo officioso contenuta in note defensionali[17];

premesso altresì che, quando la relativa questione sia sollevata, dalla parte vittoriosa nel merito, che abbia visto implicitamente od esplicitamente disattesa la propria eccezione pregiudiziale di rito, la riproposizione nelle fasi di gravame postula il promovimento mediante ricorso incidentale[18];

«l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto»[19]; altrimenti, integrandosi «l'abuso del processo che, per un verso, arreca un irragionevole sacrificio alla controparte, costretta a difendersi nell'ambito del giudizio da incardinare innanzi al nuovo giudice, adito secondo le regole della "translatio iudicii" (art. 11 c.p.a.), e per altro verso contrasta con l'obiettivo, fissato nell'art. 111 Cost., della "ragionevole durata del processo"»[20].

Se non che, stavolta, onde giustificare l'eccezionale trattamento riservato alla rilevabilità del difetto di giurisdizione, concorre un argomento ulteriore, logico-giuridico, di 'non soccombenza', col quale il medesimo principio del 'divieto di abuso del processo' può essere declinato peraltro su di un duplice versante.

Innanzitutto, «l'attore o il ricorrente, il quale abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito, non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto, in quanto non soccombente su tale autonomo capo della decisione. Ed,

[14] Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754, secondo cui, «l'eccezione di giudicato esterno è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio e, al pari di un giudicato interno, anche nell'ipotesi in cui il giudicato si sia formato successivamente alla pronuncia della sentenza impugnata».

[15] Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2022, n. 10355.

[16] Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2022, n. 8934.

[17] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 13 dicembre 2022, n. 1256.

[18] Cfr.: Cons. Stato, sez. III, 13 aprile 2023, n. 3754; sez. V, 20 agosto 2021, n. 5968.

[19] Così Cass., sez. un., 20 ottobre 2016, n. 21260.

[20] Cons. Stato, sez, V, 7 febbraio 2012, n. 656.

ISSN 2036-7821

infatti, di fronte ad una sentenza di rigetto della domanda, non è ravvisabile una soccombenza dell'attore o del ricorrente anche sulla questione di giurisdizione, visto che, rispetto al capo relativo a tale questione, egli va considerato a tutti gli effetti vincitore, avendo il giudice riconosciuto la sussistenza del proprio dovere di decidere il merito della causa, così come implicitamente o esplicitamente sostenuto dallo stesso attore o ricorrente, che a quel giudice si è rivolto, con l'atto introduttivo della controversia, per chiedere una risposta al suo bisogno individuale di tutela»[21]; pertanto, l'attore-ricorrente «non è … legittimato a contestare il capo sulla giurisdizione ed a sostenere che la *potestas iudicandi* spetta ad un giudice diverso, appartenente ad un altro plesso giurisdizionale»[22].

Ma altrettale argomento viene speso con riferimento alla parte convenuta che abbia promosso domanda riconvenzionale o (nel processo amministrativo) ricorso incidentale, rimasti non esaminati in quanto assorbiti dal pieno rigetto nel merito della domanda principale: la prima non essendo legittimata a proporre appello incidentale, eventualmente in via condizionata, contro il capo implicito della sentenza con cui il giudice adito ha affermato la propria giurisdizione, «in quanto tale parte, avendo a sua volta implicitamente invocato la giurisdizione del medesimo giudice spiegando domanda riconvenzionale, sul punto è risultata pienamente vittoriosa»[23].

Per altro verso, nel medesimo contesto di principi che improntano il 'giudicato interno', muovendo dalla componente del 'giusto processo' (come estrinsecantesi nei corollari di 'economia' e 'ragionevole durata' del medesimo), il quadro sistematico, in punto di rilevabilità d'ufficio delle condizioni cui la legge subordina la possibilità che il giudice emetta una decisione nel merito, viene così reso: «trova … applicazione il principio secondo cui l'eventuale inerzia di una delle parti in causa nel sollevare una questione rilevabile d'ufficio non priva evidentemente il giudice di appello dei relativi poteri-doveri officiosi: la legge non prevede che la mancata presentazione di parte di un'eccezione processuale degradi la sua rilevabilità d'ufficio in irrilevabilità, ciò che equivarrebbe a privare il giudice dell'autonomo dovere di verifica dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione. Non è precluso, dunque, al giudice di appello rilevare *ex officio* la sussistenza dei presupposti e delle condizioni

[21] Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5898. In linea già: Cons. Stato, sez. III, 1° dicembre 2016, n. 5048; Cons. Stato, sez. III, 17 maggio 2012, nn. da 2857 a 2876. Di diverso avviso: Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740 («L'eccezione di difetto di giurisdizione non è preclusa alla parte per il solo fatto di avere adito un giudice che lo stesso attore ritiene successivamente privo di giurisdizione; ben può quindi, detta parte proporre l'eccezione per la prima volta in appello, essendo la questione di giurisdizione preclusa solo nel caso in cui sulla stessa si sia formato il giudicato esplicito o implicito»); Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192 («L'impugnazione della sentenza di primo grado per difetto di giurisdizione, proposta dall'originario ricorrente, non configura un abuso del diritto, se sul punto sussista un dubbio ragionevole»).

[22] Cass., sez. un., Ord. 27 febbraio 2023, n. 5874. Cfr. pure Cons. Stato, sez. II, 14 novembre 2019, nn. 7811 e 7813.

[23] Cass. civ., sez. un., 4 marzo 2019, n. 6281 (rv. 652980-01).

ISSN 2036-7821

per la proposizione del ricorso di primo grado, né può ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione. Il giudice, infatti, in qualsiasi stato e grado, ha il potere e il dovere di verificare se ricorrono le condizioni cui la legge subordina la possibilità che egli emetta una decisione nel merito; né in senso contrario può valere che, *con riferimento ad altro tipico presupposto processuale, ovvero la sussistenza della giurisdizione, il Codice del processo amministrativo abbia introdotto un limite alla rilevabilità d'ufficio nel giudizio di appello, costituito dall'espressa previsione del c.d. 'giudicato implicito' ai sensi dell'art. 9 c.p.a., giacché la regola del giudicato implicito non può essere estesa, in assenza di una specifica previsione legislativa, a tutti i presupposti processuali* (Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2013, n. 2152). Si tratta, infatti, di elementi che in concreto costituiscono il potere del giudice di giudicare perché abilitano l'azione in giustizia che lo investe: sicché, in applicazione del generale principio sull'azione dei pubblici poteri nello Stato di diritto, la loro verifica d'ufficio resta immanente per l'intero processo. Né il loro vizio può andare, *in itinere*, sotto il riparo del 'giudicato implicito': il quale, a norma dell'art. 9 c.p.a., può eccezionalmente riguardare il solo tema del difetto di giurisdizione, in considerazione dell'unitarietà del c.d "servizio giustizia" (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2017, n. 4215)»[24].

Fermo restando che, per converso, il giudice amministrativo «può rilevare d'ufficio, per la prima volta in appello, il difetto di giurisdizione, ogni qualvolta in primo grado le questioni controverse estranee all'ambito della cognizione amministrativa non siano state esaminate, nemmeno implicitamente»[25].

Evidentemente, quando non sussistano le condizioni onde rendere rinvenibile un pari sostegno (ideo-)logico (riconducibile al 'divieto di abuso del processo'), il problema della rilevabilità del difetto di giurisdizione investe un confronto del principio del 'giudice naturale precostituito per legge' con quelli riconducibili al 'giusto processo'; da qui, l'esigenza di una relativa 'complementarizzazione'[26]. A

[24] Cons. Stato, sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551.

[25] Cons. giust. amm. reg. Sicilia, 4 giugno 2013, n. 548.

[26] 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.

ISSN 2036-7821

questa stregua, può attingersi ad ulteriore contributo giurisprudenziale formatosi (come anticipato) in punto di 'giudicato implicito'. Peraltro, avendo cura di puntualizzare che tale istituto s'innesta in un più generale quadro di trattamento, sintetizzabile mediante il seguente ordine di connessioni.

In quest'ottica, valga di attingere al dato di esperienza del rito civile, onde osservare che persino 'a cavallo' fra il testo originario e quello attuale dell'art. 37 c.p.c.[27], il giudice di legittimità si è espresso nel senso di una 'lettura' maggiormente orientata verso istanze di 'economia' e 'ragionevole durata' del processo. Infatti (con una sorta di rivisitazione sostanziale di quel dettato normativo, tale da espungere l'inciso "e grado") la conclusione viene così articolata. *In primis*, il difetto di giurisdizione risulta eccepibile dalle parti fino a quando la causa non sia stata decisa nel merito in primo grado, il giudice così affermando (anche implicitamente) la propria giurisdizione[28]. In secondo luogo, qualora le parti abbiano prestato acquiescenza, non contestando la relativa sentenza sotto tale profilo, non è consentito al giudice della successiva fase impugnatoria di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione, trattandosi di questione

---

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).

[27] Secondo cui «il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o dei giudici speciali è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo» (ivi, comma 1).

Laddove, Il D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197, ha così riformulato l'art. 37 c.p.c.: «Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione è rilevato, anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo. Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti del giudice amministrativo o dei giudici speciali è rilevato anche d'ufficio nel giudizio di primo grado. Nei giudizi di impugnazione può essere rilevato solo se oggetto di specifico motivo, ma l'attore non può impugnare la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui adito».

[28] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846.

ISSN 2036-7821

ormai coperta dal giudicato (sia pur implicito)[29]. Infine, a sua volta, la sentenza di appello sarà impugnabile per difetto di giurisdizione soltanto se sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito e la relativa preclusione opera persino nei confronti del giudice di legittimità[30].

Dunque, il giudice può rilevare anche d'ufficio il difetto di giurisdizione, ma solo fino a quando sul punto non si sia formato il giudicato esplicito o implicito[31].

A quel punto, tornando al processo amministrativo (fattosi antesignano della vigente disciplina del processo civile): di là dalla questione se, quando il giudice adito ritenga *ex officio* il proprio difetto di giurisdizione, debba assegnare alle parti un termine dalla comunicazione per l'eventuale deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione[32]; lo stesso giudice di legittimità prende posizione. Così, viene statuito che, «ove il difetto di giurisdizione non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di specifico motivo di appello, deve ritenersi maturato, sul punto, il giudicato [interno] implicito [ostativo], stante la preclusione di cui all'art. 9 c.p.a., che regola la deduzione delle questioni di giurisdizione nell'ambito delle specifiche norme processuali che strutturano il rito del relativo plesso giurisdizionale»[33]. Ciò, persino nell'ipotesi in cui sia stato promosso ricorso nanti la Corte di Cassazione avverso una sentenza, del giudice amministrativo di primo grado, declinatoria della giurisdizione: tale iniziativa, infatti, sarebbe inammissibile in quanto quella pronuncia «è impugnabile soltanto con l'appello dinanzi al Consiglio di Stato, ai sensi degli artt. 9, 100 e 105 d.lgs. n. 104 del 2010, non potendo

[29] Cass., sez. un., Ord. 20 luglio 2022, n. 22683; 6 aprile 2022, n. 11254.

[30] Cass., sez. un., Ord. 28 febbraio 2023, n. 5975.

[31] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20853. Puntualizza Cass., sez. un., 30 giugno 2022, n. 20854 che «il giudicato implicito sulla giurisdizione e sul relativo difetto di giurisdizione si forma tutte le volte in cui la causa sia stata decisa nel merito. Ne restano escluse solo le decisioni che non contengano statuizioni implicanti l'affermazione della giurisdizione poiché la preclusione da giudicato non può che scaturire da una pronuncia che contenga una statuizione sull'attribuzione o sulla negazione del bene della vita preteso, e non anche qualora si limiti a risolvere questioni giuridiche meramente strumentali all'attribuzione del bene controverso».

[32] Ai sensi dell'art. 101 c.p.c. (Principio del contraddittorio), mutuabile in forza del 'rinvio esterno' previsto dall'art. 39 c.p.a.: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa.

Il giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

[33] Cass. civ., sez. un., 12 novembre 2021, n. 33846. Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., Ord. 13 dicembre 2022, n. 36486; Cass. civ., sez. un., Ord. 6 aprile 2022, n. 11255; 22 settembre 2022, n. 27745. Non fa testo, in quanto riporta giurisprudenza formatasi prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, Cons. Stato, sez. II, 6 febbraio 2020, n. 942 secondo cui «nel processo amministrativo il giudice d'appello può procedere d'ufficio, ovvero senza specifica impugnazione della relativa pronuncia di primo grado, alla valutazione sulla giurisdizione solo in presenza di una statuizione implicita del primo giudice, mentre le statuizioni esplicite sulla giurisdizione richiedono, invece, apposita impugnativa».

ISSN 2036-7821

essere convertito, il predetto ricorso, né in regolamento preventivo di giurisdizione né in denuncia di conflitto negativo reale di giurisdizione, in mancanza, per quest'ultima ipotesi, di una previa declinatoria di giurisdizione anche di un altro giudice»[34].

Peraltro, venendo all'accennato profilo di sottesa 'complementarizzazione' fra principi, è al contributo della giurisprudenza amministrativa che va riconosciuto di aver maggiormente argomentato in ordine al 'senso' (funzionale) dell'istituto: «l'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 da un lato preclude al giudice dell'impugnazione di rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione; dall'altro riconosce alle parti la possibilità di prospettare, nella fase relativa del giudizio, uno "specifico motivo" di ricorso. Ciò determina lo speciale effetto di devolvere alle sole parti il potere di individuare il giudice munito di giurisdizione in tutte quelle ipotesi in cui il giudice di primo grado non abbia rilevato il relativo difetto, con ciò implicitamente ritenendosi competente. Essa si riconnette al principio costituzionale sul giusto processo e in particolare all'esigenza di una sua ragionevole durata, radicando la convinzione della giurisdizione come servizio reso alla collettività con effettività e tempestività, a valere anche per l'appellato, che non può vedersi esposto tardivamente al rischio di una *translatio iudicii* sulla base degli assunti di una mera memoria difensiva»[35]. A questa stregua: mentre il divieto del c.d. *ius novorum* in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio; sono fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata dalla sentenza di primo grado, fermo lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza delineato dagli artt. 9 e 15 del D.Lgs. n. 104/2010[36].

Si registra, dunque, per via dello 'sbarramento' del primo grado, un'incidenza del principio del 'giusto processo' rispetto a quanto previsto sotto la disciplina pregressa del rito nanti il giudice speciale[37]. Salvo osservare che persino all'epoca, per via di 'complementarizzazione' pretoria, quell'incidenza era in una certa qual misura 'sdoganata'[38].

---

[34] Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2018, n. 14435 (rv. 648947-01).

[35] Cons. Stato, sez. II, 18 giugno 2021, n. 4740.

[36] Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2022, n. 2297.

[37] Ci si riferisce all'art. 30, comma 1, L. n. 1034/1971, secondo cui (pur quando la questione non sia sollevata dalle parti) «il difetto di giurisdizione deve essere rilevato anche d'ufficio». Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5142. Si osservi che, per lungo tempo, la giurisprudenza amministrativa ha interpretato l'art. 30 cit. nel duplice senso che: attribuisse al giudice d'appello un potere esercitabile d'ufficio a prescindere dal promovimento di uno specifico motivo di gravame; inoltre, nel caso in cui il giudice di primo grado non si fosse pronunciato in punto di giurisdizione, ma solo sul merito, non si sarebbe formato alcun giudicato sulla giurisdizione, per cui il giudice d'appello avrebbe potuto trattare d'ufficio la questione (Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2002, n. 1939).

[38] Così, secondo una tesi, era da ritenersi interdetta la possibilità di sollevare in appello, *ex officio*, la questione di giurisdizione, al cospetto di una sentenza di primo grado statuente (in modo esplicito od implicito) su quel punto, ma non sottoposta a specifica impugnativa (Cons. Stato, sez. IV, 18 maggio 2004, n. 3186). Secondo altro

ISSN 2036-7821

Per il momento, resta solo da segnalare che la 'calibratura' del menzionato rapporto di forza tra il principio del 'giudice naturale precostituito per legge' e quello del 'giusto processo', trova compimento in ulteriori istituti inerenti (ai limiti) alla rilevazione della questione di giurisdizione.

In primo luogo, sul presupposto che il giudice amministrativo può sollevare il conflitto negativo di giurisdizione nella sola ipotesi in cui il processo, a seguito della declinatoria da parte del giudice ordinario, sia stato tempestivamente riassunto dinanzi a sé (sicché, in difetto di *translatio iudicii*, il suddetto conflitto è inammissibile, dovendo egli limitarsi a statuire sulla giurisdizione *ex art.* 9 c.p.a.)[39]; si presenta una ulteriore preclusione non dissimile a quelle nanti trattate. Stavolta, per il giudice amministrativo di prime cure che, all'udienza introduttiva seguita alla riassunzione del giudizio, abbia erroneamente ritenuto la sua giurisdizione, o, comunque, non si sia avvalso della facoltà prevista dall'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, non sollevando (d'ufficio o su istanza di parte) il conflitto negativo di giurisdizione (dinanzi alla Corte di Cassazione); per cui quest'ultima deve ritenersi definitivamente radicata davanti al medesimo e non può più essere oggetto di contestazione e vaglio né in quella sede né in appello[40]. Peraltro, «ai fini della configurabilità di un conflitto negativo di giurisdizione, suscettibile di essere risolto tramite regolamento di giurisdizione, ai sensi degli artt. 59, comma 3, della L. n. 69 del 2009, e 11, comma 3, c.p.a., occorre una doppia declinatoria di giurisdizione, con decisioni emesse all'esito di giudizi a cognizione piena, con la conseguenza che è inammissibile il regolamento di giurisdizione allorquando una delle due sia stata pronunciata in sede cautelare»[41].

---

orientamento, qualora il giudice di primo grado non avesse espressamente statuito in ordine al profilo di giurisdizione, sarebbe stato consentito, all'organo giurisdizionale di appello (anche in difetto di gravame sul punto), di tornare *ex officio* sulla questione di giurisdizione quale risolta (implicitamente) in prime cure, rivalutandola (Cons. Stato, ad. plen., 15 settembre 2005, n. 6; 30 agosto 2004, n. 4).

[39] Cass. civ., sez. un., Ord. 14 settembre 2022, n. 26988 (rv. 665661-01).

[40] Osserva Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38 che infatti «sarebbe incongruo ritenere applicabile alla fattispecie in esame la disciplina di cui all'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 che riguarda la diversa fattispecie della prima pronuncia in merito». Cfr. pure Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n. 38.

[41] Cass. civ., sez. un. Ord. 10 febbraio 2022, n. 4297 (rv. 663846-01) ove, in applicazione del principio, si è ritenuto « inammissibile il regolamento di giurisdizione sollevato dal TAR innanzi al quale era stato riassunto il giudizio avente ad oggetto la domanda possessoria di reintegrazione del possesso, rispetto alla quale il giudice ordinario aveva dichiarato il difetto di giurisdizione in favore del giudice amministrativo in sede di reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c.». Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2023, n. 9326, secondo cui, «ove il difetto di giurisdizione sia stato dichiarato dal giudice ordinario in sede cautelare, il giudice amministrativo successivamente adito non può sollevare d'ufficio il regolamento di giurisdizione atteso che, avendo il provvedimento cautelare, ancorché emesso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., natura strumentale rispetto al giudizio di merito a cognizione piena, il procedimento davanti al giudice amministrativo è il primo giudizio di merito ai fini

ISSN 2036-7821

Il secondo di tali istituti è il 'Regolamento preventivo di giurisdizione' la cui previsione normativa risponde all'esigenza (comune) di dissipare preventivamente gli eventuali dubbi sulla sussistenza della *potestas iudicandi* del giudice adito; affidando la definizione delle relative questioni alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[42]. Come tale, l'istituto, contemplato anche dalla disciplina del processo amministrativo, va inteso in sintonia con l'omologo del rito civile (per via del 'combinato disposto' degli artt. 10 c.p.a. e 41 c.p.c.). La portata applicativa dello strumento va modulata tenendo conto dello spettro di questioni sussumibili (ai sensi del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 37 c.p.c. cui il primo rinvia): di 'difetto relativo', circa la scelta del giudice (ordinario/speciali), in quanto rilevabile (anche d'ufficio) nel giudizio di primo grado (*ex art.* 37 c.p.c.); di 'difetto assoluto di giurisdizione' (segnatamente per invasione delle attribuzioni dell'amministrazione pubblica), in quanto rilevabile (anche d'ufficio) in qualunque stato e grado del processo (in forza dell'art. 37 c.p.c.). In quest'ultimo caso, è stata introdotta una sorta di 'attenuazione compensativa': per cui, la pubblica amministrazione che non è parte in causa può chiedere in ogni stato e grado del processo che sia dichiarato, dalle

---

del rilievo del difetto di giurisdizione». G. PARISI, Translatio iudicii *per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1894.

[42] M. TURRINI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione e principio di diritto nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1609; M. FABIANI, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 197; G.D. COMPORTI, *Giurisdizione ordinaria e amministrativa – La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2530; F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837; E. PADOVANO, *Eccezione di difetto di giurisdizione – Limiti alla deducibilità delle questioni di giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1410; M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione – Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*, in *Giur. it.*, 2018, p. 704; C. CONSOLO, *Il caso della soccombenza sulla giurisdizione fra struttura intima oggettuale del processo e dibattito odierno sulle tentazioni babeliche delle corti*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1562; G. D'ANGELO, *Eccezione di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, p. 181; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827; P. PATRITO e M. PROTTO, *Osservatorio del processo amministrativo – Questioni sulla giuisdizione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 472; P. SANDULLI, *La translatio secondo la l. n. 69/2009 e il codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 724; V. CARBONE, *Osservatorio – Corte di Cassazione – Sezioni Unite e Sezioni Semplici – Regolamento preventivo di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 1427; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1450; G. GIOIA, *Il regolamento di giurisdizione dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 589; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e* translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; G. BATTAGLIA, *Pronuncia declinatoria della giurisdizione e proponibilità del regolamento preventivo dopo l'entrata in vigore dell'art. 59 l. 18 giugno 2009 n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1002 s.; C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 808; S. SATTA e C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Milano, 2005; G. BALENA, *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 1069 s.; G. TRISORIO LIUZZI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. – XVI, Torino, 1997; F. CIPRIANI, *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. giur.*, XXVI; F. CIPRIANI, *Il regolamento di giurisdizione*, Napoli, 1988, p. 297 s.; ID., *Regolamento di giurisdizione*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; A. PROTO PISANI, *Problemi e prospettive in tema (di regolamenti) di giurisdizione e competenza*, in *Foro it.*, 1984, V, col. 89; E. CANNADA BARTOLI, *Giurisdizione* (regolamento di), in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970.

ISSN 2036-7821

Sezioni Unite della Corte di cassazione, il difetto di giurisdizione del giudice a causa dei poteri attribuiti dalla Legge all'amministrazione stessa, finché la giurisdizione non sia stata affermata con sentenza passata in giudicato (ai sensi dell'art. 41, ult. comma, c.p.c.).

In tale contesto funzional-applicativo, il rimedio per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione e corrispondenti ad un 'difetto relativo', proprio in forza dell'art. 10, D.Lgs. n. 104/2010, nel processo amministrativo, può essere chiesto (stante il rinvio all'art. 41 c.p.c.) finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado[43]. Ciò, onde evitare che un responso in quella sede possa essere modificato a seguito di impugnazione, ritardando la risoluzione della controversia[44]; dunque, anche al fine di conseguire un 'giusto processo' dalla durata ragionevole (art. 111 Cost.)[45]. Altrimenti, la contestazione risultando sollevabile solo mediante specifico motivo d'impugnazione avverso il capo della pronuncia impugnata che ha statuito (in modo esplicito od implicito) sulla giurisdizione; ferma restando la preclusione impugnatoria onde denunciare un difetto di giurisdizione del medesimo giudice adito nel precedente grado (art. 9 c.p.a. e art. 37 c.p.c.).

1.2. Ulteriori problematiche.

Come constatato, il contributo legislativo e giurisprudenziale ha concorso a determinare, per via di complementarizzazioni fra principi, un quadro articolato di (istituti di) regimentazione della 'sostenibilità' processuale del difetto di giurisdizione, in assenza di una giustificazione logico-giuridica (quale quella che sorregge la preclusione, per l'attore-ricorrente, ad interporre appello contro la sentenza che lo ha visto soccombente nel merito, onde denunciare il difetto di giurisdizione del giudice di primo grado che egli stesso aveva prescelto).

Se non che, lo sforzo così prodigato non è valso ad apparecchiare una disciplina, delle questioni processuali orbitanti attorno al difetto di giurisdizione, che possa

[43] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635. La soglia oltre la quale dell'istituto non ci si può più avvalere è stata compiutamente definita, precludendone l'esperibilità:

dal momento (non del deposito della sentenza, bensì da quello antecedente) in cui la causa viene discussa e trattenuta per la decisione nel merito: atteso che a quel punto ha inizio l'iter dei poteri decisori del giudice, per cui il regolamento medesimo non può più assolvere alla funzione di favorire una sollecita definizione del giudizio, investendo '*per saltum*' la suprema Corte (Cass., sez. un., 18 novembre 1982, n. 6192);

altresì, una volta che il giudice di merito abbia pronunciato anche solo limitatamente alla giurisdizione o ad altra questione processuale: atteso che la risoluzione della questione di giurisdizione può essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo (Cass. civ., sez. un., Ord. 4 aprile 2022, n. 10775; in tal senso, già Cass., sez. un., n. 2466/1996).

[44] Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2023, n. 3635.

[45] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

ISSN 2036-7821

definirsi altresì esauriente: nonostante una articolata disciplina in punto di decisione[46]. In quest'ottica, paiono distinguibili due ordini di problemi, inerenti: per

[46] L'art. 11 cit., D.Lgs. n. 104/2010 non consente di esimere dall'apporto giurisprudenziale su numerose questioni, fra le più significative delle quali valga di segnalare: l'ambito di applicazione della *translatio iudicii*; la natura, l'efficacia ed i contenuti della sentenza declinatoria della giurisdizione (con particolare riguardo all'indicazione del giudice munito di giurisdizione ed eventualmente di quello territorialmente competente nonché, del termine entro il quale è possibile adire il nuovo giudice); il rapporto fra la sentenza declinatoria ed il regolamento preventivo di giurisdizione; il rapporto fra modalità della riassunzione o avvio di un nuovo giudizio (riproposizione) e conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda; la salvezza delle decadenze e preclusioni, e la rimessione in termini per errore scusabile; il rapporto fra dovere d'informazione dell'amministrazione pubblica (con indicazione del termine e dell'autorità cui può proporsi il ricorso, ai sensi dell'art. 3, L. n. 241/1990), istituto della *translatio iudicii*, ed errore scusabile; gli effetti della declinatoria di giurisdizione sulle misure cautelari che lo stesso giudice che pronuncia la prima abbia emesso in precedenza.

Su tali problematiche, si segnalano: S. AGNES, *Legge 7 agosto 1990, n. 241 – Nuove norme in materia di procedimento amministrativo (art. 3, L. 241/1990)*, in *Nuove leggi civ.*, 1995, p. 1 s.; C. ASPRELLA, *La* translatio iudicii. *Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (L. n. 69/2009)*, Milano, 2010; R. BARBIERI, Translatio iudicii *e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1451 s.; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81; L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; P. BIAVATI, Translatio iudicii *e unità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 3, 2007; C. CACCIAVILLANI, Translatio iudicii *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; A. CALDARERA, *Considerazioni sulla c.d.* translatio iudicii, in *Dir. Proc. amm.*, 2009; L. CARBONE, *Il giudicato implicito sulla giurisdizione evita l'abuso del processo*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 405; L. CARBONE e R. VICARIO, Translatio iudicii *e irricevibilità del ricorso di primo grado notificato oltre il termine decadenziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, p. 518; F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005; F. CIPRIANI, *Ancora sulla* translatio *tra diverse giurisdizioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2008; F. CIPRIANI, *La novità per il processo civile (l. 19 giugno 2009, n. 69)*, in *Foro it.*, 9, V, 2009; M. CLARICH, *Un istituto operativo anche in caso di errore*, in *Guida dir.*, 13, 2007; C. CONSOLO, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo articolo 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; C. CONSOLO, Translatio iudicii *e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010; C. CONSOLO, *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010; E. GALLO, *La* translatio iudicii *nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2007; V. GASPARINI CASARI, *Sui rapporti tra procedimento e processo amministrativo: la c.d. clausola enunciativa del regime contenzioso dell'atto amministrativo*, in *Studi in onore di Ottaviano*, II, 1993; C. GLENDI, *Oggetto del processo e* 'translatio iurisdictionis', in *Dir prat. trib.*, 2013, p. 1069; C. GLENDI, Translatio iudicii *tra diverse giurisdizioni: problemi pratici e prospettive* in apicibus *(con particolare riguardo alla giurisdizione tributaria)*, in *Riv. giur. trib.*, 2007; F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837; F. MANGANARO e G. TROPEA, *Le regole della plenaria sulla impugnazione incidentale tardiva e sul difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2012, p. 420; C. MALINCONICO, *La diversità delle giurisdizioni e la concentrazione delle tutele. La* translatio iudicii *e il nuovo concetto di giurisdizione*, in G. Amato e R. Garofoli, *I tre assi*, Roma, 2009; C. MARINO, *Le Sezioni Unite ancora sui rapporti tra* translatio iudicii *e regolamento di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2011, VII; M. MAZZAMUTO, *La* translatio iudicii *si 'schiude'?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e* translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; G. PARISI, Translatio iudicii *per difetto di giurisdizione e procedimento cautelare*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1894; M. PROTTO e P. PATRITO, *Termine per la riassunzione a seguito di declaratoria del difetto di giurisdizione*, in *Urb. app.*, 2014, p. 985; P. SANDULLI, *La* translatio *secondo la l. n. 69/2009 ed il codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 724; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di Cassazione e Corte Costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; M. SICA, *Difetto di giurisdizione e tutela cautelare nel codice del processo amministrativo*, in *Scritti in memoria di A. Concaro*, Milano, 2012, p. 657 s.; A. TRAVI, *La nuova disciplina della* translatio iudicii, in *Urb. app.*, 2009; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Giur. it.*, 2009; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 343 s.; P. VITTORIA, *Giurisdizione e* Translatio iudicii*: per una riscrittura della disciplina della questione di giurisdizione nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011; I.

ISSN 2036-7821

un verso, all'applicazione degli istituti di quella 'sostenibilità'; per l'altro, agli aspetti (*prima facie*) 'organizzativi' che sovrintendono alla convivenza fra giurisdizioni. Pertanto, si ha ragione di ritenere che possa tornare utile un apporto 'compensativo' da parte del 'formante' dottrinale[47].

Lungo la tracciata falsariga, rinviando alla Pt. III della trattazione, quanto al primo (e più circoscritto) ordine di problemi, per intanto sembra tornar proficuo di dedicare qualche riflessione al secondo profilo problematico, tenuto conto del rilievo, da tempo formulato dal Giudice amministrativo ed ancora non del tutto recepito dal Legislatore, per cui «deve prendersi atto dell'esigenza … di evitare difficili distinzioni e conseguenti incertezze, suscettibili di recare pregiudizio al diritto del cittadino ad avere tempestiva giustizia. In questa prospettiva occorre applicare norme oggettivamente ambigue così come esse sono oggi costantemente intese dal Giudice chiamato a risolvere in ultima istanza la questione di giurisdizione»[48].

Non per caso, si è ritenuto di muovere da un istituto ulteriore fra quelli orbitanti attorno alla galassia delle questioni di (difetto di) giurisdizione (relativa). Ci si riferisce alla 'giurisdizione esclusiva', dal momento che, indipendentemente dalla sede di elezione, esprime (senza eguali) un'istanza di soluzione intrinsecamente legata ad un problema processuale che affonda le proprie radici sul piano sostanziale (la 'questione di riparto' come legata alla compresenza di distinte situazioni giuridiche soggettive).

Valga così di osservare che, invero, l'art. 103 Cost. non risulta di per sé d'ostacolo al conferimento al Giudice ordinario, da parte del Legislatore statale, della giurisdizione su di una intera materia, consentendogli di conoscere d'interessi legittimi, di annullare atti amministrativi eppertanto, d'incidere sui relativi rapporti secondo le diverse tipologie d'intervento giurisdizionale apparecchiate dall'ordinamento[49]. Nondimeno, per via del fondamento costituzionale del relativo riparto, non solo non è ammessa la derogabilità della giurisdizione, benché 'convenzionalmente pattuita'[50]; ma addirittura, come osservato da Corte cost., n.

ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007; I. ZINGALES, *I 'nuovi' confini della* translatio iudicii, in *Giusto proc. civ.*, 2008.

[47] 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).

[48] Cons. Stato, ad pl., 5 dicembre 1984, n. 21.

[49] Cfr. Cass., sez. un., 14 aprile 2011, n. 8487 a proposito dell'art. 152, D.Lgs, 30 giugno 2003, n. 126 in tema di protezione dei dati personali.

[50] Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2023, n. 4271.

ISSN 2036-7821

204/2004, neppure allo stesso Legislatore sarebbe dato di affidare al giudice ordinario, senza preclusioni di sorta, controversie in punto d'interessi legittimi[51].

Da qui, rinviando gli sviluppi precipui del discorso relativo alla giurisdizione esclusiva, lo spunto onde riferire di una condizione di disagio (per violazione della garanzia della tutela giurisdizionale - art. 24 Cost. -), stanti le insidie 'di riflesso' derivanti da conflitti che s'instaurino, sulle questioni di riparto, fra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato, sul presupposto che la configurabilità o meno di un interesse legittimo, suscettibile di tutela giurisdizionale dinanzi al Giudice amministrativo, integra un problema di giurisdizione, in quanto attiene ai limiti esterni delle attribuzioni di detto giudice eppertanto, è deducibile con ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione[52]. Ci si riferisce innanzitutto a certo condizionamento dalla prima esercitato nel modificare l'assetto (costituzionale - art. 103 cit. -) in senso monista (giurisdizione funzionalmente unica), avvalendosi della sua prerogativa di sindacare le sentenze del secondo; in ispregio al limite strutturale (rappresentato dall'art. 111 Cost., comma 8) dei motivi inerenti alla giurisdizione e facendo leva sulla sua interpretazione 'evolutiva'[53]. Tantopiù che: per quanto «non esista nel

[51] Per una dettagliata ricostruzione critica di quella disputa può rinviarsi a R. VILLATA, *Scritti in tema di questioni di giurisdizione. Tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, Cedam, 2019.

[52] A norma dell'art. 362 c.p.c. Così Cass. civ., sez. un., Ord. 9 gennaio 2024, n. 786.

[53] Beninteso, quanto testé perorato attiene al problema del riparto, rispetto al quale diversamente va impostata e trattata la questione dei motivi inerenti alla giurisdizione che pure investe (ma sotto altro profilo) il relativo concetto. Tale distinguo è ben reso dalla stessa Corte di Cassazione (Ord. 19 settembre 2020, n. 19598) laddove, nel rinviare in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia dell'U.E., la questione dei limiti del proprio sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato nei casi in cui queste non applichino correttamente il diritto europeo, così puntualizza (con ampio richiamo di precedenti):

«nella giurisprudenza delle Sezioni unite è da molto tempo acquisito il principio secondo cui i motivi inerenti alla giurisdizione corrispondono, non solo, alle ipotesi in cui il giudice amministrativo si sia pronunciato su una controversia o materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale (cosiddetto difetto relativo di giurisdizione), ovvero abbia negato di esercitare la giurisdizione sull'erroneo presupposto che essa appartenga ad altri giudici o non possa formare oggetto di cognizione giurisdizionale, ma anche alle ipotesi del cosiddetto difetto assoluto di giurisdizione che si verifica quando il giudice amministrativo, pur avendo la giurisdizione su una determinata controversia, emetta una decisione finale che invada le attribuzioni di altri organi giurisdizionali o del legislatore (quando eserciti un'attività di produzione normativa che non gli compete) o della pubblica amministrazione, quando compia valutazioni di opportunità e convenienza dell'atto amministrativo»;

«alla luce di una nozione evolutiva del concetto di giurisdizione e della conseguente mutazione della nozione (e del giudizio) sulla giurisdizione – la cui interpretazione è riservata alle Sezioni Unite (art. 111 Cost., comma 8) – nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende le diverse tutele che l'ordinamento assegna ai giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento, si è ritenuto che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Rientra pertanto nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la eroghi concretamente»).

Cfr. pure le puntualizzazioni recate da Cass. civ., sez. un., Ord. 6 giugno 2023, n. 15934 secondo cui «il controllo esercitabile dalla Corte di Cassazione sulle decisione dei giudici speciali ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, è

ISSN 2036-7821

nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice della legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative»[54].

Ma l'accento cade altresì sulla 'singolare' concomitanza, di certo incremento di quell''offensiva' della Cassazione, con l'ampliarsi dello spazio attribuito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo[55].

È, allora, intuitivo che i termini di quel sindacato, quando si tratti di accertare la possibilità di cognizione giurisdizionale di una data controversia, dipendono

---

circoscritto alle sole questioni inerenti alla giurisdizione, cioè al controllo dell'osservanza delle norme di diritto che disciplinano i limiti esterni della giurisdizione stessa, ovvero all'esistenza di vizi che attengono all'essenza stessa della funzione giurisdizionale, senza estendersi al modo del suo esercizio, con la conseguenza che con il ricorso per Cassazione avverso le decisioni del giudice amministrativo o del giudice contabile non possono essere dedotti altri eventuali errori, in iudicando o in procedendo». In altri termini, osserva Cass. civ., sez. un., Ord. 19 maggio 2023, n. 13791 che «l'accertamento di "errores in iudicando" come di "errores in procedendo" rientra infatti nell'ambito del sindacato afferente i limiti interni della giurisdizione, trattandosi di violazioni endoprocessuali rilevabili in ogni tipo di giudizio, e non inerenti all'essenza della giurisdizione o allo sconfinamento dai limiti esterni di essa, ma solo al modo in cui la relativa potestà è stata esercitata dal giudice speciale». Pertanto, aggiungono (rispettivamente): Cass. civ., sez. un., Ord. 2 maggio 2023, n. 11444, «il controllo del limite esterno della giurisdizione che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione, non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo", senza che rilevi la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il "proprium" distintivo dell'attività giurisdizionale»; Cass. civ., sez. un., Ord. 5 giugno 2023, n. 15706, «in tema di impugnazione delle sentenze dei giudici speciali per motivi di giurisdizione, sia l'omessa pronuncia su un motivo di appello, sia l'omesso esame di circostanze di fatto, costituiscono - rispettivamente - errores in procedendo o in iudicando, e non certo un travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione»; Cass. civ., sez. un., Ord. 27 gennaio 2023, n. 2497, «la nozione di eccesso di potere giurisdizionale non ammette letture estensive neanche se limitate ai casi di sentenze "abnormi", "anomale" ovvero di uno "stravolgimento" radicale delle norme di riferimento; tale vizio non è configurabile per "errores in procedendo", i quali non investono la sussistenza e i limiti esterni del potere giurisdizionale dei giudici speciali, bensì solo la legittimità dell'esercizio del potere medesimo»; Cass. civ., sez. un., Ord. 24 gennaio 2023, n. 2196, «l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera riservata al legislatore, è configurabile solo allorché il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. Tale eccesso non sussiste, invece, nel caso in cui detto giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia egualmente dato luogo ad un provvedimento "abnorme o anomalo" ovvero abbia comportato uno "stravolgimento" delle norme di riferimento»; Cass. civ., sez. un., Ord. 16 gennaio 2023, n. 1157, «l'eccesso di potere giurisdizionale nei confronti del legislatore è configurabile solo ove il giudice amministrativo (o contabile) applichi non già la norma esistente, bensì una norma da esso stesso creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; invece, la mancata o inesatta applicazione di norme di legge, non comporta la creazione di una norma inesistente, con conseguente invasione della sfera di attribuzioni del legislatore, giacché il controllo sulla giurisdizione non è in alcun caso estensibile alla prospettazione di pure e semplici violazioni di legge da parte del giudice speciale».

[54] Cass., sez. un., 22 settembre 2017, nn. 22083, 22084, 22085. Cfr. pure Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620.

[55] F.G. Scoca, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s., segn. p. 8 s.

ISSN 2036-7821

largamente dalla Corte di Cassazione e dal modo in cui la medesima intende: sia la figura dell'interesse legittimo (il labile confine fra accertamenti, in astratto ed in concreto, di tale situazione giuridica)[56]; sia (in forma complementare) il confine fra discrezionalità e merito (per via dei principi e delle norme che regolano l'esercizio del potere discrezionale, implicando la definizione di 'spazi liberi' dell'attività amministrativa)[57]; sia la distinzione fra applicazione e creazione di norme giuridiche che, a sua volta, dipende (a monte) da come s'intende l'operazione interpretativa[58].

Va riconosciuto che tutto ciò ha indotto ad ipotizzare soluzioni di armonizzazione delle funzioni nomofilattiche, del tipo di quella d'integrare la composizione delle Sezioni Unite con magistrati del Consiglio di Stato, ogniqualvolta quelle siano chiamate a pronunciarsi su questioni di giurisdizione. Salvo obiettare che l'art. 106 Cost. non consente di adottare consimili 'ripieghi', dal momento che limita la possibilità di chiamata all'ufficio di 'Consigliere di Cassazione' ai soli professori ordinari di università in materie giuridiche nonché, agli avvocati iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, vantanti almeno quindici anni di servizio.

Parte Seconda

2. Apporto della scienza processualistica onde contemperare il principio del 'giudice naturale' con quelli del 'giusto processo' e di 'effettività della tutela'.

A questa stregua, la riscontrata 'dipendenza', degli istituti processuali inerenti alle questioni di (difetto di) giurisdizione, sia da complementarizzazioni fra principi sia da certo assetto organizzativo del sistema di giustizia, sembra tradire (ai diversi livelli) una sorta d'ineluttabilità di conflitti reali.

Se non che, una sana (perché disincantata) presa d'atto, non può cedere alla rassegnazione, nel convincimento che i problemi attinenti alla giurisdizione vanno trattati con un 'approccio' ad ampio spettro. Così, avuto riguardo: non solo ad una più generale riflessione del sistema delle tutele del cittadino nei confronti della pubblica Amministrazione[59]; non solo al rapporto fra limiti esterni, principio di effettività e giusto processo; ma anche (ed innanzitutto) in un'ottica di prevalenza dell'ordinamento giuridico sostanziale sugli assetti (e le 'strettoie') di quello

[56] D. PALAZZO, *I motivi inerenti alla giurisdizione tra diritto europeo ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, p. 93 s., segn. p. 121.
[57] PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 123-124.
[58] Sempre PALAZZO, *op. ult. cit.*, pp. 125-126.
[59] F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Il processo*, 2021, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

processuale, come da tempo chiarito dalla stessa Corte costituzionale[60]. Non foss'altro perché, in difetto, quella complementarizzazione di principi, pur assurta alla ribalta del dato 'positivo', nel concreto operare delle sue potenzialità (in seno al dato globale di esperienza giuridica), rischia di prestarsi alle stesse obiezioni mosse alla 'ragionevolezza metafisica' predicata dal 'diritto vivente' (quantomeno, alle sue versioni meno 'attrezzate')[61]. Sì da esigere, a mo' di contraltare del dilagante

[60] Così Corte cost., 14 ottobre 1986, n. 220, secondo cui: «il giusto processo … vien celebrato non già per sfociare in pronunce procedurali che non coinvolgono i rapporti sostanziali delle parti che vi partecipano – siano essere attori o convenuti – ma per rendere pronuncia di merito rescrivendo chi ha ragione e chi ha torto: il processo … deve avere per oggetto la verifica della sussistenza dell'azione in senso sostanziale di chiovendiana memoria, né deve, nei limiti del possibile, esaurirsi nella discettazione sui presupposti processuali, e per evitare che ciò si verifichi si deve adoperare il giudice».

Quanto alla giurisprudenza di merito, che, nell'interpretazione delle norme processuali, (ferma restando la preferenza per il criterio letterale - Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2009, n. 2149 -), vadano privilegiate le soluzioni esegetiche che agevolino la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini, ed invece ripudiate le opzioni ermeneutiche che la ostacolino o addirittura la precludano: Cons. giust. amm. reg. Sic., 11 dicembre 2017, n. 544.

In dottrina, ha recentemente ribadito tale assetto, E. PICOZZA, *Il difficile equilibrio tra le giurisdizioni*, in *Il processo*, 2021, p. 47 s.

[61] Al riguardo, deve riferirsi di una giurisprudenza teorica che, in siffatti ambiti, partendo dai principi sanciti nella Carta costituzionale e dalla "contrafattualità" del monopolio statuale del diritto, si vuole largamente orientata verso un semplice obbligo di ponderazione da tradurre in una sorta di "positivismo giuridico debole" che talvolta degenera in "razionalità rispetto al valore". Ciò si determina senza poter registrare quel preliminare chiarimento dogmatico, sui rapporti tra criteri, estremamente opportuno onde evitare che: la necessità di astrazione, insita nell'uno ("regola/eccezione"), venga elusa; la *ratio legis* dell'altro si riduca alla ponderazione stessa (N. LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Bologna, 1978, p. 77 s.).

Di tal fatta, resta ferma l'obiezione, rivolta (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: l'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).

Le trasformazioni economiche, sociali e culturali che hanno disgregato il presupposto dello Stato liberal-democratico (la compattezza della sua società politica), una volta recepite dalla "carta fondamentale", avrebbero comportato, nella forma (e nelle fonti) del diritto, quel passaggio allo "Stato costituzionale" contraddistinto dall'introduzione dei "diritti di giustizia" (accanto a quelli tradizionali, "di libertà"), aventi "natura oggettiva" e volti ad istituire un ordine che si porrebbe come "verità sociale", capace di conferire una giusta dimensione ad ogni interesse individuale.

Il rischio di una degenerazione nello "Stato etico", dal nuovo costituzionalismo si vorrebbe scongiurato grazie all'assetto pluralistico: riscontrando (nelle carte fondamentali) l'affermazione delle diverse concezioni della giustizia, ed operando tra di esse un confronto al fine di comporle. A ciò s'aggiunga che il determinarsi di una "definizione giuridica della giustizia" per via di "principi (materiali, riferiti alle nuove soggettività, sociali e politiche, istituzionalizzate)", ne implica il superamento della tradizionale riduzione positivistica alla legge. I "principi", a differenza delle "regole" (quali forme ordinarie della legge), in quanto privi di fattispecie, attingerebbero il loro significato operativo solo reagendo direttamente col caso ad essi sottoposto. Così, però, neutralizzando le due distinzioni poste a cardine dello "Stato di diritto": tra legge positiva e diritto naturale (già resa precaria dalla costituzionalizzazione di buona parte dei precetti morali fatti propri da quest'ultimo); tra legislazione e (amministrazione-)giurisdizione.

ISSN 2036-7821

fenomeno di ('creazionismo giudiziario', *rectius*) 'efficacia normativa della giurisprudenza' (complici la trasformazione dello Stato costituzionale e la globalizzazione del diritto stesso)[62], un apporto della scienza processualistica all'insegna di una versione aggiornata dell'idealtipo del 'giurista-custode'[63]. Pertanto, la capacità di quest'ultimo di contemperare, l'istanza di salvaguardia del valore della certezza delle regole (come trasfusa nel principio del 'giudice naturale') coi principi del 'giusto processo' e di 'effettività della tutela', può trovare adeguato strumento in una riqualificazione ermeneutica ispirata alla logica operazionale (dei

---

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 co-esistenza (F. MERUSI, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *L'equità* (- atti del convegno del Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale -Lecce, 9-11 settembre 1973 -, Milano, 1974, p. 83).

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 auto-referenziale 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*» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246).

[62] Da ultimo, su tale fenomeno, F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminatezza e creazionismo giudiziario*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, pp. 263 s., 266, 267, 268, 270 (con particolare riferimento alla 'macroprassi ipertrofica' della giurisprudenza sul processo), 334 (ove, acclarato che ogni interpretazione è massimamente e resta manifestazione ed esercizio di libertà del pensiero, nondimeno si predica che 'occorre … sceverare tra una creazione quale scelta, da parte del giudice, dell'interpretazione maggiormente sostenibile tra i possibili significati ascrivibili all'enunciato normativo e una creazione quale introduzione, nel contesto del diritto positivo, di nuove disposizioni normative'), 340. Cfr. pure V. COLESANTI, *Giurisprudenza 'creativa' in tema di difetto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009.

[63] N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 35; A. CARRATTA, *La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo*, in *Dir. e quest. pubbl.*, 2019, pp. 11-12. Sul problema attuale della dottrina processualistica, di rielaborare il sistema processuale tradizionale alla luce della molteplicità degli interessi coinvolti e della loro necessaria, armonica combinazione, solo così assicurando la genuinità delle decisioni giudiziali e la loro 'salutare coerenza al divenire sociale': F. SAITTA, *Regole processuali …*, p. 279.

ISSN 2036-7821

"costi/benefici") secondo i dettami epistemologicamente più avanzati ('razionalismo critico'[64]).

In quest'ottica, benché (come anticipato) il tema della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione sia senz'altro di 'diritto comune' (per principi, meccanismi operativi ed implicazioni), nel presente scritto si è ritenuto di affrontarlo nell'ottica del processo amministrativo: per due ordini di ragioni che si reputa correlati. Il primo attiene al primato, in termini cronologici, a quest'ultimo spettante quanto all'introduzione di una espressa affermazione normativa di istituti centrali, quale quello del 'giudicato implicito'; il secondo deriva dalla maggiore dimestichezza (rispetto al processo civile) verso l''interesse legittimo', quale situazione giuridica soggettiva cui l'ordinamento affida (nel suo concorrere con il 'diritto soggettivo') il ruolo di principale criterio onde dirimere le questioni di 'riparto' fra giudici, ordinario e speciale, rispetto alle quali il difetto di giurisdizione non rappresenta che il più frequente 'negativo' in sede di tutela.

Pertanto, ad una ricostruzione dogmatica del discorso alla base del riparto di giurisdizione, si confida di affidare il compito di 'stemperare' le tensioni che (a partire dai principi antinomici di riferimento) ancora accompagnano il tema principale. Infatti, l'accettazione, da parte del dato globale di esperienza, del rilevato 'paradosso apparente' induce a concludere che la maggior incidenza riconosciuta ai principi del 'giusto processo', pur al cospetto di un vizio di base (o comunque dalla rilevazione prioritaria) contravvenente al principio del 'giudice naturale precostituito per legge', pare idoneamente assecondabile, se non si vuol cadere nell'obiezione di 'volontarismo' (di supino atteggiamento verso la *voluntas legis*), solo alla luce di una 'rivisitazione', concettuale e di sistema, del substrato sostanziale del riparto di giurisdizione e della sua idoneità (se adeguatamente trattato) a ridimensionare le ripercussioni del corrispondente difetto processuale in punto di pienezza ed effettività della tutela.

In altri termini: se alle questioni di giurisdizione ed agli istituti che vi orbitano evidentemente risulta sottesa un'esigenza di rispetto della compresenza nell'ordinamento di ordini giudiziali distinti; resta comunque che il meccanismo di riparto ha ridimensionato la propria incidenza, ricondotta entro termini 'organizzazionali' e di 'adeguatezza' della risposta di giustizia, per via di un duplice

[64] Quest'ultimo paradigma generale, 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", come anticipato in esordio) ed alla loro eliminazione. Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, p. 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, p. 59 s.

ISSN 2036-7821

processo: di relativizzazione delle situazioni giuridiche soggettive e di uniformazione degli strumenti di tutela. Pertanto, su tali versanti occorre intervenire; ciò, a maggior ragione una volta che si muova dall'orientamento ormai dominante quanto al criterio processuale che sovrintende alla determinazione delle giurisdizioni, del giudice ordinario e del giudice amministrativo: non già in base alla c.d. prospettazione resa nella domanda (ossia alla stregua della qualificazione giuridica soggettiva che l'instante attribuisce all'interesse di cui invoca tutela); bensì, in ragione del c.d. *petitum* sostanziale, ossia dello specifico oggetto e della reale natura della controversia. Questi ultimi, da identificarsi in funzione della *causa petendi*, costituita dal contenuto della posizione soggettiva dedotta in giudizio e individuabile in relazione alla protezione sostanziale accordata in astratto, alla posizione medesima, dalla disciplina legale da applicare alle singole 'fattispecie'[65].

D'altronde, tornando al 'regolamento preventivo di giurisdizione', pare sintomatico, di una 'rivisitazione', concettuale e di sistema, del substrato sostanziale del riparto di giurisdizione nonché, della sua idoneità (se adeguatamente trattato) a ridimensionare le ripercussioni del corrispondente difetto processuale in punto di pienezza ed effettività della tutela, la seguente duplice circostanza:

può essere promosso persino dall'attore/ricorrente a fronte dell'altrui contestazione[66]; pur senza che la parte sollevi una articolata contestazione, essendo sufficiente l'interesse ad eliminare ogni dubbio[67];

in altro scritto si è prefigurata la possibilità che il giudice originariamente adito, nel decidere di non sospendere il processo, valutando l'istanza come manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, ritenendo le contestazioni mosse nel Regolamento inidonee a porre in discussione la propria giurisdizione), sia legittimato a tener conto della circostanza per cui, in relazione al concreto atteggiarsi della controversia, la mancata assegnazione ad altro giudice non determinerebbe alcun significativo pregiudizio all'effettività della tutela (sul duplice versante della cognizione e dei poteri decisori)[68].

Da qui, riveste indubbia priorità la definizione di un criterio (se non inequivoco quantomeno) dal ragionevole impatto operativo (accessibile ai cittadini prima che agli studiosi ed agli operatori del diritto), onde segnare i termini di confine fra giurisdizioni (amministrativa ed ordinaria).

---

[65] *Ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2016, n. 3288.

[66] Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421.

[67] Cass., 8 ottobre 1974, n. 2659.

[68] P. COTZA, *Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e correlato 'regolamento preventivo' nel processo amministrativo*, di prossima pubblicazione, par. 3.5.

ISSN 2036-7821

Tanto più, in un contesto processuale improntato ai canoni della giurisdizione soggettiva e dell'impulso di parte e per via del rango costituzionale di quel criterio (essendo sotteso alla garanzia di pienezza-effettività della tutela)[69]. Come tale, l'obiettivo si connota per un significativo 'tasso' di problematicità, non foss'altro perché, alla luce di certo assetto normativo processuale, nella prescelta ottica della giurisdizione amministrativa, risente della 'pendenza' di molteplici questioni 'a monte', concernenti (fra l'altro) la definizione di 'potere (autoritativo)' e la configurabilità (o meno) di un interesse legittimo, suscettibile di tutela dinanzi a quel giudice speciale.

3.1. Primato del dovere(-obbligo) sul diritto soggettivo e riflessi teoretici in punto di situazioni giuridiche. Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione.

Innanzitutto: si tratta di procedere al superamento di una pregiudiziale differenziazione assoluta dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo; senza per questo dover sposare una soluzione 'negazionista', stanti la dicotomia strategica "delle regole / della funzione" (quale riflesso dell''orizzonte normativo' di riferimento), come pure l'infondatezza della tesi che vorrebbe escludere la possibilità di differenze a livello strutturale per via di certa omologazione delle tecniche di tutela (sulla scia dell'insegnamento del Guicciardi).

Gli è, piuttosto, che ad un ormai variegato dato globale di esperienza non può non corrispondere un'articolazione delle situazioni soggettive, giuridiche, sui versanti tanto del diritto soggettivo, quanto dell'interesse legittimo[70]. Solo che quella diversificazione deve essere reimpostata, in chiave unitaria, alla luce del superamento di una concezione 'obiettiva' e 'rigida' delle norme giuridiche, come già di alcune delle relative superfetazioni (es., l''interesse semplice' o 'discrezionalmente protetto') la cui connotazione anacronistica ne risulta più evidente[71].

Così sviluppando il discorso sulla centralità che assumono, in una trattazione sulla giurisdizione amministrativa, le situazioni giuridiche soggettive, pare possa tornar di qualche utilità una rivisitazione di ordine teoretico delle relative questioni: posto che la distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi «*continua a dar filo da torcere alla giurisprudenza, perché i criteri usualmente utilizzati a questo fine non si prestano ad*

[69] P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni dogmatiche intorno al dato 'positivo' ('oggetto' e 'riparto')*, in *Arch. Giur. Filippo Serafini*, 2023, 1, p. 103 s.

[70] Da tempo, si è espresso in questi termini SORACE, *Notazioni*, cit., p. 3914. Cfr. pure: A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* (dir. amm.), cit., p. 978; M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, cit., segn. p. 473.

[71] G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 190.

ISSN 2036-7821

un'applicazione univoca»[72]. Ci s'avvede infatti: della 'relatività positiva' del diritto soggettivo (anche la 'pubblicistica' avendo concordato – riscontri normativi 'alla mano' – che sotto tale *nomen iuris* ha finito ormai per compendiarsi una gamma d'interessi ampia – sotto diversi profili –[73]); nonché, del reciproco condizionamento con le 'ulteriori' figure (così che ridefinirne una implica la 'ricollocazione' delle altre). Tuttavia, gli esperimenti condotti tendenzialmente hanno solo contribuito ad assecondare, nei discorsi sull''interesse legittimo' (come situazione soggettiva tendenzialmente 'deminuta') un 'taglio tecnicistico' (anche quando dogmaticamente pregevole): per le relative implicazioni, di assimilabilità disagevole da parte dell''individuo qualunque'[74].

Si è dell'avviso, invece, che un 'approccio' d'indagine di tipo dogmatico possa aver miglior fortuna, consentendo d'impostare più proficuamente quello specifico contesto di esperienza giuridica felicemente sintetizzato come 'problema (del rapporto) amministrativo'.

Dovendo procedere con gradualità, va rilevato innanzitutto come da tempo paia doversi superare (secondo i dettami del formalismo giuridico) l'assunto tradizionale che seguita a riconoscere al diritto soggettivo la dignità di situazione giuridica, "primaria", oltre al *dovere* ed alla *facoltà*: dal momento che la disciplina comportamentale non consente di uscire dai termini di quell'alternativa; laddove l'interesse assume rilievo pressoché esclusivamente quale elemento teleologico del dovere(-obbligo)[75]. Beninteso, non che s'intenda optare (neppure) per una centralità esclusiva di quella dicotomia. Gli è, infatti, che: si renderebbe problematica la nozione di dovere e si risolverebbe in una "singolare idea" quella della sua preminenza, se non si soggettivizzasse e personalizzasse l'ordinamento[76]; assume altresì rilievo la distinzione fra *dovere giuridico* (a tenere un determinato comportamento) e *dovere finale* (laddove l'ordinamento vuole che non conseguano certi effetti qualora il comportamento non venga tenuto)[77]; il ruolo dell'elemento teleologico resta comunque fondamentale, giacché se l'ordinamento impone, ad un soggetto, certo comportamento, è per uno scopo che altro non può essere se non la tutela di un interesse, salvo stabilire esaustivamente le *tipologie* di quest'ultimo[78].

---

[72] Così sempre CLARICH, *Il dualismo giurisdizionale…*, p. 227 s.

[73] ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive...*, p. 984 s.

[74] Significativamente L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.A. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, pp. 262-263.

[75] S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 1956, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272.

[76] S. PALAZZOLO, *Rapporto giuridico*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 289 s., segn. pp. 294-295.

[77] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 218 e 18 s.

[78] CASSARINO, *Le situazioni giuridiche...*, pp. 39 s., 297.

ISSN 2036-7821

Nondimeno (ed in definitiva), quell'inquadramento può tornar utile sotto più versanti.

Così, il diritto soggettivo gode di una sua dignità giuridica in quanto:

benché non rientri fra le situazioni giuridiche, primarie (il 'dovere' e la 'facoltà' che - per l'appunto - guadagnano il centro del sistema giuridico ontologicamente, sulla base dell'osservazione per cui la disciplina del comportamento non consente di uscire dall'alternativa fra necessità e possibilità di tenerlo);

è collocato comunque in correlazione diretta con una di quelle, il dovere; *rectius*, con la parte di quell'area meglio denominata 'obbligo' (per distinguerla dal dovere in senso lato), a sua volta segnata dal dato 'positivo'[79].

Ciò - sempre per quanto anticipato -, stante il connotato tipicamente relazionale del diritto soggettivo stesso: presupponente un rapporto fra soggetti ben determinati[80].

Ma, per quel che maggiormente rileva nel presente studio, l'inquadramento d'esordio può tornar utile onde emanciparsi:

dall'idea che, al di fuori di quella qualificazione, non vi sia altro spazio che per l'interesse di fatto (od al più semplice), sul presupposto che alla situazione '(in-)attiva' non possa che corrispondere (oltreché una differenziazione/differenziabilità '*a parte debitoris*') la certezza di attingere al 'bene della vita'[81]; al più risultando registrabili esclusivamente varietà tipologiche di 'carattere esteriore' (es., diritti soggettivi 'a regime amministrativo' – a garanzia delle posizioni vantate dagli altri consociati –[82]);

---

[79] RUSSO, *Diritto soggettivo...*, p. 5.

A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Torino, 1958, prima del capitolo dedicato a "*Il concetto di diritto soggettivo*" (*ivi*, p. 160 s.), dimostra il primato logico e concettuale del dovere sul diritto (*ivi*, p. 153 s.), costruendo le modalità giuridiche (dunque, classificando le situazioni soggettive) sulla base (in funzione) dei doveri (*ivi*, p. 149 s.). NICOLÒ, *Istituzioni...*, p. 19 s., accentua, quale base del diritto soggettivo, la modalità del dovere (in senso stretto) di astensione o del dovere di cooperazione al soddisfacimento dell'interesse protetto. Nel senso del derivare il diritto soggettivo dall'obbligo e quest'ultimo, a sua volta, dal diritto oggettivo, già R. ALESSI, *La crisi attuale...*, pp. 312, 319 ove l'a. ne trae le implicazioni sul piano del rapporto giuridico: come corrente «da un lato, tra norma giuridica e soggetto obbligato (dando luogo al vincolo), e dall'altro tra norma e titolare del diritto soggettivo (dando luogo alla garanzia)». Sul diritto soggettivo come concetto "derivato" (potere di pretendere l'adempimento dell'obbligo): H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 157; A. PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht-Boston-London, 1989, p. 70 s.

[80] Cfr. le illuminanti (sia pur risalenti) connessioni di S. CASSARINO, *Le situazioni giuridiche …*, pp. 4-6, 11 s., 39 s., 46, 100, 102, 117 e 272; con SANTI ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 172 s. nonché, *ivi*, del medesimo a., *Doveri, obblighi*, p. 91 s.

[81] L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione...*, *Introduzione*, p. VII s. Cfr. pure, *ivi*, pp. 105, 132 e 175.

[82] Per cui può rinviarsi a E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, pp. 8-11 (e relative nntt.), segn. pp. 218-219. Cfr. pure, *op. ult. cit.*, pp. 365 e 373.

ISSN 2036-7821

corrispondentemente, dall'assunto per cui la discrezionalità non potrebbe condividere una natura doverosa; nonché, dall'espediente (risolventesi, per l'appunto, in un giuoco di formule al pari di quanto rilevato a proposito dei 'precedenti' rappresentati dal *diritto alla legittimità-liceità* come da quello all'*osservanza di un 'vincolo di scopo'*) per cui il c.d. interesse legittimo altro non sarebbe che una *pretesa* cui corrisponde un '*obbligo* specifico' (gravante sul titolare del potere) «*ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse* [sostanziale] *in funzione della sua realizzazione*»[83].

Ritrascrizione 'in positivo' delle situazioni giuridiche, soggettive …

A tal punto, sgomberato il campo dai fattori di 'precomprensione'[84], trattandosi di offrire una soluzione 'in positivo', alla luce dell'orientamento epistemologico

[83] Così L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 95, 101, 102-105, 182, 7, 26, 28, 219 s. e segn. 238.

[84] Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione". Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima.

All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica...*, p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica

ISSN 2036-7821

impresso ad un discorso impostato sull''approccio' teoretico (in senso lato), la distinzione fra situazioni giuridiche soggettive può così riformularsi (assecondando una lettura costituzionale) nel senso (del riconoscimento, *rectius*) della riconoscibilità di un pari rango dogmatico (istituto) a ciascuna.

Il diritto soggettivo è qualificazione tendenzialmente riferibile a qualunque rapporto, fra centri d'imputazione d'interessi giuridicamente rilevanti (anche fra privati ed amministrazione pubblica), retto da disposizioni normative improntate ad uno schema ipotetico-casuistico (ancorché nella versione 'finalistica'). Con correlata predeterminazione 'di massima' dell'interesse sostanziale, prevalente, come tale fronteggiante un obbligo[85]; salvo quel margine di riserva connesso alla circostanza in cui concorra una pluralità di disposizioni da conciliare mediante attività interpretativa; e fermo restando che ciò non significa (viceversa), a fronte dell'esercizio di un'attività vincolata, la necessaria presenza di un diritto soggettivo (quanto dipende dal tipo normativo di problema)[86]. In altri termini, il problema giuridico è corrispondentemente impostato secondo una predefinizione 'positiva' dell'interesse dominante: in assoluto o rispetto ad una data 'scala' spazio-temporale di riferimento. A questa stregua, risultano altresì comprese le ipotesi in corrispondenza delle quali (per quel che maggiormente rileva *ratione materiae*) l'ordinamento sia in grado di risolvere 'a monte' il concorso di disposizioni riconducibili a principi antinomici o che si presentino come tali: mediante strategie di gerarchizzazione-confinazione sistemica od avvalendosi di 'concetti-valvola'[87];

---

nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»). In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

[85] A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig, svoltosi in Milano, il 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 171 s., segn. p. 193. Che, in coincidenza dei vincoli (obblighi) della p.a., al privato spettino diritti soggettivi, C. CUDIA, *Appunti sulla discrezionalità amministrativa (nello Stato di diritto)*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* – atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013 –, Napoli, 2014, p. 131 s., segn. p. 145.

[86] Come già rilevato da: G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 189; P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 49 ss. L'esempio tradizionalmente addotto è quello della situazione riconducibile al vincitore di concorso pubblico: qualificata come d'interesse legittimo, rispetto al potere di assunzione, quantunque quest'ultimo risulti del tutto vincolato (eccezion fatta per il profilo dell'*an*). Cfr. pure: STELLA RICHTER, *L'aspettativa*, cit., p. 36 e G. BERGONZINI, *L'attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, p. 108.

[87] Dei meccanismi di gerarchizzazione-confinazione sistemica si è già riferito (nt. di par. 1.1.).

Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.) atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro.

ISSN 2036-7821

operazione complessificatasi dal momento che l'ordinamento nazionale è andato progressivamente compenetrandosi con quello 'comunitario-unionista'.

Laddove l'interesse legittimo ricorre ogniqualvolta sia sottesa, ai menzionati rapporti, una disposizione orientata secondo il criterio consequenzialista (principalmente sensibile agli effetti concreti); come tale, integrante (l'esercizio di) un'attività discrezionale non solo sul presupposto della necessaria dipendenza, del soddisfacimento del titolare, da un contegno altrui[88], ma anche perché implicante una *comparazione fra interessi*, non una 'mera' scelta degli strumenti satisfattivi[89]. Stavolta il problema giuridico è normativamente impostato (non secondo una predefinizione dell'interesse dominante, bensì) in base ad 'economie di scala', ad indeterminabilità delle contingenze ed a risultati che ne possano derivare[90]. Ne consegue che non è interesse legittimo il diritto soggettivo 'compresso' a condizioni predefinite o 'di garanzia' rispetto all'esercizio discrezionale[91].

Sempre per quanto già esposto:

pur essendo riconducibile ad uno schema normativo in corrispondenza del quale la relazione fra interessi è del tipo della complementarità (piuttosto che della funzionalità), sì da assecondare la tesi per cui all'interesse legittimo corrisponde un equilibrio *in fieri* (piuttosto che un rapporto di forza predeterminato, tipico del diritto soggettivo);

accedendo alla tesi per cui la discrezionalità condivide la medesima natura dell'operazione interpretativa delle disposizioni (testi); altresì, alla luce del

---

[88] Convenendo su di un elucidato 'senso sostanziale' della discrezionalità del comportamento del soggetto agente, BIGLIAZZI GERI, *Contributo*, cit., p. 69 conclude nel senso che «essa vale a caratterizzare l'essenza tipica dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva attiva (e cioè di vantaggio) inattiva». Cfr. pure, *ivi*, pp. 79-80.

Sull'interesse legittimo quale «riflesso di una certa disciplina dell'attività amministrativa, della configurazione del potere della p.a. come discrezionalità e non come libertà», CUDIA, *Appunti*, cit., p. 133. Cfr. pure (fatte salve le specifiche accezioni connesse al termine "potere"): D. SORACE, *Gli "interessi di servizio pubblico" tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; G. SIGISMONDI, *Interesse legittimo e discrezionalità amministrativa*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 147 ss. Per un accostamento (di teoria generale) dell'interesse legittimo alla discrezionalità (come tale coinvolgente il diritto privato), L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi*, cit., p. 258.

[89] Prendendo spunto dai cc.dd. "diritti sociali" da soddisfarsi mediante le prestazioni dei "pubblici servizi" SORACE, *Notazioni*, cit., pp. 3917-3918.

[90] Resta inteso, per quanto anticipato, che può tornar utile, onde lumeggiare in ordine ai caratteri dell'interesse legittimo nel campo del diritto amministrativo, anche una disamina delle forme di tutela accordate ad omologhe figure (in termini di pretese ad una completa ed adeguata presa in considerazione dell'interesse al bene in vista del suo possibile soddisfacimento) individuate nell'ambito del diritto privato (per un esperimento di tal fatta, pur coi dovuti aggiornamenti, può rinviarsi a L. IANNOTTA, *Atti non autoritativi...*, pp. 104-105 s.).

[91] Per quest'ultimo aspetto può rinviarsi a A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 234 s.

ISSN 2036-7821

contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[92];

potrà registrarsi (nel concreto dell'operazione applicativo-attuativa della norma[93]) un contributo costruttivo dell'interprete, dal 'tasso' non necessariamente superiore rispetto alle 'fattispecie' in cui la legalità (nella specie, amministrativa) è improntata ad uno schema ipotetico-casuistico (in corrispondenza del quale l'ordinamento è tendenzialmente improntato a prevedibilità).

Dunque:

premesso che, sul piano dinamico, l'interesse legittimo, in quanto trasposizione del 'circolo ermeneutico' nella versione dialogica del rapporto (conflittuale di libertà) fra

---

[92] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, Jovene, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246: «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».

[93] R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 13.

Come noto, al contributo di M.S. GIANNINI si deve sia la distinzione della discrezionalità dalle manifestazioni dell'attività interpretativa (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939), sia la tesi secondo cui l'attività amministrativa (anche quando si presenti con le fattezze della discrezionalità) resta (sostanzialmente cura d'interessi, ma formalmente e) "fondamentalmente un'attuazione di legge" (*Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 13-14, 22).

individuo ed autorità, si risolve allo stesso modo del diritto soggettivo: nel suo aspetto di possibile trasformazione[94];

si tratta di verificare la possibilità di restituire all'interesse legittimo il rango di situazione giuridica, sostanziale, da 'trasversale' (rispetto ai due emisferi ordinamentali) a figura di rilievo 'identitario' dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo (sì da giustificare certa specialità in punto di tutela giurisdizionale).

Diversamente, si spiega la circostanza dell'essersi fatta strada persino la tesi favorevole all'articolazione di una sola situazione giuridica sostanziale, senza per questo dover necessariamente mutuare la categoria dottrinale dei diritti pubblici soggettivi (dal momento che problema centrale non è più di sostenere la posizione del cittadino verso o contro lo Stato, onde plasmarne la struttura su quella base bensì, di difenderla in concreto)[95]. Potendo così optarsi per certa polisemia all'insegna dell'interscambiabilità delle locuzioni (diritto soggettivo quale interesse legittimo dell'ordinamento generale, interesse legittimo quale diritto dell'ordinamento amministrativo).

Ciò, complice il contrarsi progressivo del momento propriamente discrezionale, almeno nella misura in cui ci si approssimi allo stadio giudiziale, stanti certo tecnicizzarsi di quell'ambito dell'attività amministrativa e l'ampliarsi del novero delle occasioni 'giustiziali' offerto al cittadino già sul piano procedimentale[96]; e, comunque, in considerazione:

sia di una progressiva occupazione dello spazio di tutela degli interessi individuali da parte di una torrentizia produzione di disposizioni (primarie e secondarie) volte soprattutto a regolare competenze e procedure[97];

---

[94] F. LA VALLE, *L'interesse legittimo come profilo di ulteriore rilevanza delle libertà e dei diritti*, in *Riv. trim. Dir. pubbl.*, 1969; ID., *La tutela dinamica del diritto soggettivo secondo le sue potenzialità di trasformazione*, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, p. 1973 ss.

[95] Cfr.: SANTI ROMANO (*La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* -a cura di Orlando-, I, Milano, 1900; G. JELLINEK (*Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it. Milano, 1912; E. CASETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, pp. 792, 796-797; C.F. von GERBER, *Über Öffentliche rechte*, Tübingen, 1852 e ID., *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, p. 55; recentemente B. SPAMPINATO, *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 275 s.

[96] A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive* -dir. amm.-, cit., pp. 980-981; D. SORACE, *Notazioni in tema di posizioni giuridiche soggettive e tecniche di tutela nella giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1988, p. 3914 ss., segn. pp. 3915-3916. Sul tema cfr. pure G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, cit., 97; F. BRIGNOLA, *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, p. 7 ss., segn. p. 9; E. CASETTA, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, atti del XXXVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 1992), Milano, Giuffrè, 1994, pp. 19 ss., segn. p. 28.

[97] A. ROMANO, *Conclusioni*, cit., p. 198.

ISSN 2036-7821

sia di un graduale assorbimento dei 'tipi' delle situazioni soggettive, giuridiche, nazionali, corrispondenti ad un agire discrezionale in senso stretto, da parte dei modelli di garanzia concepiti dall'ordinamento dell'Unione europea[98].

Per intanto, valga solo di osservare che tali ultime connessioni si sono prestate ad almeno un triplice ordine di sviluppi.

Innanzitutto, nel senso che, «se non vi sono distinzioni tra diritto ed interesse, ma solo materie nelle quali si sviluppano i rapporti tra pp.aa. e cittadini, la giurisdizione esclusiva è il modello di riparto del tutto coerente con tale percorso. Dovrebbe anzi dirsi che la giurisdizione esclusiva per materie è l'unico criterio razionale di riparto delle giurisdizioni»[99].

Quindi, con riguardo alla giurisdizione 'piena' (come attualmente trasfusa, per via di materie, in quella esclusiva, in un contesto di generale rafforzamento delle prerogative del Giudice amministrativo):

come vi si fa valere (non tanto una singola e ben qualificabile situazione giuridica soggettiva, quanto) la propria complessiva pretesa sostanziale nei confronti dell'Amministrazione; così il carattere unitario dell'azione non consentirebbe né di scindere la tutela di alcune situazioni soggettive rispetto alle altre, né di differenziare i termini per l'esperibilità delle rispettive forme di tutela[100];

la pienezza della cognizione sul fatto e sul rapporto controverso sottenderebbe ad una tutela reintegratoria tendenzialmente piena delle pretese sostanziali avanzate in giudizio, indipendentemente dalle situazioni soggettive della cui lesione ci si duole[101].

Nondimeno, pare doversi salvaguardare un rilievo 'identitario', dell'ambito di pertinenza del diritto amministrativo, alla situazione giuridica soggettiva in esame, stante la sua relazione comparativa con l'interesse pubblico, che non può essere neutralizzata dal configurare la prima (al pari del diritto soggettivo) come 'quadro

[98] BRIGNOLA, *Potere discrezionale*, cit., p. 8.

[99] A. CARIOLA, *Ragioni e percorsi della giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Nomos*, 2021, par. 5. Sull'illogicità della tecnica di isolamento preventivo dei diritti e degli interessi ai fini del riparto di giurisdizione, sul suo mantenimento da parte del giudice esclusivo e sui relativi 'fardelli extraprocessuali', V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1988, p. 119.

[100] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 152; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 384-385.

[101] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, pp. 177-178; ID., *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 4, 9, 19 e (quanto al rapporto fra effettività della tutela e cognizione piena) 39.

ISSN 2036-7821

riassuntivo' di una tutela 'positivamente' data[102]. Così da giustificare, oltre ad una larga diffusione dell'interesse legittimo (di là dai nominalismi) anche al di fuori dell'ordinamento domestico[103], certa specialità a livello giurisdizionale (in termini, non di ostacolo all'effettività e pienezza della tutela del privato nei confronti dell'Amministrazione, ma neppure di parificazione integrale della protezione assicurata alle diverse situazioni giuridiche soggettive): trattandosi di far corrispondere, alla disomogeneità delle situazioni giuridiche soggettive, una diversità di contenuti, grado ed intensità della tutela giurisdizionale, non più una pluralità di azioni distinte ed incompatibili fra loro a seconda del discrimine fra situazioni soggettive[104].

Ciò, benché quella connotazione, calandosi nel contesto di esperienza pubblicistica, nazionale, non sempre risulti perspicua; quanto dipende dalla circostanza che le norme di relazione (riconducibili all'ordinamento generale) sovente tendono ad occupare spazi che competerebbero a quelle d'azione, sì da ingenerare una ingiustificata 'ipervalutazione' dell'interesse pubblico 'di parte' rispetto a quello dell'individuo[105].

… e residue precomprensioni in punto di riparto di giurisdizione

Potrebbe obiettarsi che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, valgano due ordini di connessioni che si sommano sia a quanto anticipato a proposito del rapporto fra atti vincolati e situazioni soggettive giuridiche, sia a quanto esposto nelle pagg. segg. circa le azioni di annullamento ed

[102] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - I. *Profili teorici ed evoluzione storica della giurisdizione esclusiva nel contesto del diritto europeo*, Padova, 2000, p. 21. D'altronde, la medesima dottrina riconosce che non vi è alcuna necessità (o residua utilità) di negare la (concettualmente) 'ontologica' differenza intercorrente tra le diverse situazioni giuridiche soggettive, dal momento che, a fronte dell'interesse del singolo, si erga un momento di autorità pubblicistico (così A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 518 s.).

[103] F.G. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2000, p. 54.

[104] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 526 s., ove l'a. ribadisce che i problemi di effettività della tutela non derivano dalla coesistenza di distinte figure soggettive, bensì dall'inadeguatezza dell'azione giurisdizionale che sia prevista dall'ordinamento a tutela degli interessi legittimi: sì da spostare il baricentro, da una tutela del bene della vita indiretta (di annullamento per motivi di legittimità), ad una tutela diretta (riparazione o reintegrazione di un danno ingiustamente causato dall'Amministrazione).

[105] A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 95 ss., segn. pp. 99-100, 205.

ISSN 2036-7821

avverso il silenzio (inerzia) della pubblica Amministrazione, quando si tratti di attività vincolata.

Innanzitutto, è frutto di un'inversione di metodo il concludere che i diritti 'fondamentali' siano (intrinsecamente) resistenti di fronte all'esercizio del potere amministrativo[106]; con le relative implicazioni in punto di giurisdizione delle relative controversie.

In secondo luogo: rispetto all'obiezione per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi; può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi[107]. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia[108]. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi[109]; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione).

Quanto alla seconda obiezione, basti replicare che, ad un discorso di 'rivisitazione', quale testé avanzato, non deve necessariamente corrispondere l'esaustività. Sennonché, tale limite va semplicemente accettato in una logica operazionale di "costi/benefici"; assumendo consapevolezza: delle conseguenze alle quali conduce

[106] Di diverso avviso F.G. SCOCA, *Scossoni e problemi in tema di giurisdizione del giudice amministrativo, in Il processo,* 2021, p. 16.

[107] In tali connessioni paiono drammaticamente risuonare più nette riflessioni di C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, p. 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo.

[108] E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37). Come anticipato, di diverso avviso E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266. Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82.

[109] Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

ISSN 2036-7821

(stante la connessione complessiva di ogni divenire) l'impiego di mezzi pur soggettivamente "adeguati"; per poi procedere (conformemente al postulato analitico) sul terreno dell'esperienza, mediante tentativi, attraverso un confronto delle "teorie rivali", onde condurre all'emersione degli errori ("falsificazione") ed alla loro eliminazione[110];

sul presupposto che l'esercizio discrezionale condivide la medesima natura del circolo ermeneutico.

Laddove certa connessione, fra situazioni giuridiche e schemi normativi, può (se non altro) giovare all'interprete quale approccio orientativo 'di massima'.

3.2. Interludio. Collaudo di un 'approccio' dogmatico: in punto di 'riparto' …

Alla luce di quel che precede, pare potersi mettere alla prova la bontà di un costrutto dogmatico, sull'identificazione della giurisdizione, che ha 'corretto' l'incidenza del concetto di potere riservandogli un ruolo più contenuto: non nel senso che quello amministrativo sia il Giudice del 'pubblico potere'; bensì onde escludere, dal sindacato di quel giudice speciale, un generico coinvolgimento del pubblico interesse nella controversia o nella mera partecipazione di un'Amministrazione pubblica al giudizio. Così, radicando (tendenzialmente) quella giurisdizione in corrispondenza dell'esercizio discrezionale (eppertanto, della formazione dell'interesse pubblico concreto)[111]; coll'aggiunta delle questioni d'incompetenza e violazione di legge (come sviluppo 'garantista' di un assetto discrezionale); in definitiva, sussumendo quel radicamento alla natura della situazione giuridica azionata[112].

Di tal fatta, quanto al Giudice ordinario, la giurisdizione sarebbe ravvisabile ogniqualvolta:

---

[110] Cfr.: K.R. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, tr. it. Torino, 1970, 275 s.; H. ALBERT, *Per un razionalismo critico*, tr. it. Bologna, 1973, 59 s.

Ciò, in una condizione del sapere sempre mutevole, mai definitiva, benché non sprovvista dell'attributo dell'oggettività: dato che il prodotto della discussione scientifica, critica (ossia – almeno in una certa forma –, "razionale"), prevalente in un determinato tempo per avere dimostrato il maggior grado di "resilienza", è conoscenza; come tale, distinta dalle semplici opinioni (dalle "credenze") che essa sospende in forza della sua "evidenza". Una teoria, dunque, capace di conquistare il consenso di coloro i quali vedano, nel metodo della discussione razionale ("problematico", "deduttivo dei controlli", "selettivo", "autocorrettivo"), uno strumento di riconciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali", compresa quella giuridica (per cui può rinviarsi a M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, tr. it. Torino, 1958).

[111] Cfr.: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo* (a cura di G. Guarino), I, Milano, 1983, p. 101 s.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, p. 371 s.; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, p. 166 s.; E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Dir. e proc.*, Padova, 1978, p. 301 s., segn. p. 310; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Dir. proc. civ.*, 1988, p. 3 s.

[112] Per un inquadramento generale può ultimamente rinviarsi anche a Trib. amm. reg. Puglia, Bari, sez. II, 2 settembre 2023, n. 1095.

ISSN 2036-7821

al cospetto di una condotta vincolata dell'Amministrazione pubblica *id est*, non riconducibile all'esercizio (potere) discrezionale (o non più tale[113]), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di relazione' (*rectius*, rispondenti allo schema ipotetico-casuistico) da parte della prima;

la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela di una posizione di diritto soggettivo; ciò, «anche qualora sia dedotta l'illegittimità di provvedimenti amministrativi … dei quali è eventualmente possibile la disapplicazione da parte del giudice, chiamato a statuire sull'esistenza delle condizioni richieste dalla legge» perché quelli vengano adottati[114].

Mentre, la giurisdizione del Giudice amministrativo andrebbe (per l'appunto) ravvisata quando: al cospetto di una condotta riconducibile all'esercizio di potere (discrezionale), in considerazione della dedotta inosservanza di 'norme di azione' (quantomeno quelle rispondenti allo schema consequenzialista 'norma-potere-fatto'); la domanda giudiziale si ricolleghi alla tutela (dell'interesse pubblico, concreto come reso, secondo il punto di vista dell'amministrato, dall'istituto) dell'interesse legittimo. Dunque, così (solo) instaurandosi un rapporto interattivo fra le due 'coordinate' fornite dal Legislatore.

Fermo restando che il medesimo criterio dovrebbe sovrintendere alla disciplina del riparto, in caso di mancato esercizio amministrativo: Giudice ordinario, corrispondentemente ad un dovere vincolato (obbligo); Giudice amministrativo, a fronte di un dovere di scelta discrezionale[115].

---

[113] Cass, civ., sez. un., Ord. 6 luglio 2023, n. 19160 («in tema di misure volte a fronteggiare i danni causati da eccezionali calamità atmosferiche, il procedimento amministrativo per l'attribuzione dell'indennità in favore del privato richiedente, con la conseguente nascita del diritto soggettivo, si esaurisce con l'adozione del provvedimento di concessione del beneficio da parte dell'amministrazione incaricata dell'istruttoria, senza che rilevi l'eventuale ratifica o meno da parte dell'ente erogatore del contributo. Pertanto, una volta che l'ente delegato per legge abbia individuato il singolo beneficiario con un formale provvedimento, la controversia promossa dal privato per ottenere la condanna al pagamento del contributo rientra nella giurisdizione del giudice ordinario. In altri termini, fino a quando residua in capo all'Amministrazione un potere discrezionale, la posizione del privato è di interesse legittimo; una volta che l'Amministrazione, invece, abbia assunto la propria decisione, la posizione è di diritto soggettivo»).

[114] Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. IV, 8 marzo 2023, n. 599, a proposito di una controversia introdotta da quanti si siano opposti ad un provvedimento amministrativo di rilascio di un immobile di edilizia residenziale pubblica, occupato senza titolo. Cfr. pure Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. VII, 7 marzo 2023, n. 1467.

[115] Cons. Stato, sez. III, 25 maggio 2023, n. 5139 («il ricorso avverso il silenzio inadempimento, proposto ai sensi dell'art. 117 del D.Lgs. n. 104/2010, deve intendersi ritualmente esperibile solo se proposto a tutela di posizioni di interesse legittimo, implicanti l'esercizio in via autoritativa di una potestà pubblica, e non se l'inerzia è serbata a fronte di un'istanza avanzata per il riconoscimento di un diritto soggettivo, poiché in tal caso l'interessato ha titolo a chiedere l'accertamento del diritto al giudice competente, vale a dire al giudice ordinario, se la materia non rientra tra quelle di giurisdizione esclusiva»). *Item*, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 2023, n. 4415.

ISSN 2036-7821

Sempre sulla scorta del precedente discorso dogmatico, niente esclude la possibilità di alternative alla conservazione (di una giurisdizione amministrativa imperniata sul criterio-nozione) dell'interesse legittimo cui è approdata il presente scritto, avvalendosi dell'ausilio metodologico. Se non che, non pare che le opinioni avanzate al riguardo (spintesi sino a neutralizzare quella figura facendola confluire nell'alveo del diritto soggettivo) abbiano condotto a risultati (se non inequivoci, quantomeno) plausibili sul piano concettual-sistematico e soddisfacenti su quello 'operativo'[116].

Invece, quel che sembra doversi escludere, nella disciplina del riparto, è innanzitutto di accordare rilievo al generico potere autoritativo, in quanto non solo 'di scelta', ma anche 'costitutivo dell'effetto'[117]; potendosi obiettare che tale tesi sconta, l'indubbio rigore concettuale, sul piano ermeneutico-funzionale e di logica 'operazionale' (in termini di costi/benefici). Ciò, per via di un intorbidamento che ne deriverebbe alla questione di riparto:

nella sua impostazione in sé, come fondata sulla *causa petendi*, sulla natura della situazione giuridica soggettiva (dal momento che non è dato di comprendere, teoria della norma 'alla mano', per quale ragione ad un esercizio vincolato corrispondano interessi legittimi) ed orientata dal principio di 'unicità' (che risulterebbe violato sottraendo al Giudice ordinario le controversie corrispondenti ad un esercizio vincolato);

[116] *Ex pluribus* possono segnalarsi: A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 273; C. CUDIA, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Rimini, 2012; G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, Rimini, 2016; F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017; P. COTZA, *L''interesse legittimo' alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, ESI, 2017; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo attraverso il filtro dell'interesse a ricorrere: il caso della* vicinitas, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 771 s.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale*, Rimini, 2017; S. MIRATE, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018; G. GRECO, *Interesse legittimo ed effettività della tutela (a proposito della sentenza 1321/19 del Consiglio di Stato)*, in *sipotra.it*, 14 gennaio 2020; R. BIN, *È scoppiata la terza 'guerra tra le Corti'? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it*, 18 novembre 2020; G. MONTEDORO e E. SCODITTI, *Il giudice amministrativo come risorsa*, in *Questione giustizia*, 11 dicembre 2020; B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla legittimazione ad agire nel processo amministrativo*, Padova, 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 19598 del 2020*, in *Giustizia insieme*, 30 novembre 2020; A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020; I. PIAZZA, *L'imparzialità amministrativa come diritto*, Rimini, 2021; P.L. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff*, Napoli, 2021; A. CARRATTA, *Limiti esterni di giurisdizione e principio di effettività*, in ID., (a cura di), *Limiti esterni di giurisdizione e diritto europeo*, Roma, 2021; F. FRANCARIO, il *Pasticciaccio parte terza. Prime considerazioni su Corte di Giustizia UE, 21 dicembre 2021 C-497/20, Randstad Italia s.p.a.*, in *federalismi.it*, 9 febbraio 2022; M. MAZZAMUTO, *Il dopo Randstad: se la Cassazione insiste, può sollevarsi un conflitto?*, in *Giustizia insieme*, 16 marzo 2022.

[117] In tal senso F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 s., segn. p. 31 s.

ISSN 2036-7821

nonché (e corrispondentemente), nella sua appendice della previsione normativa di una giurisdizione esclusiva (che perderebbe di autonomo rilievo sistematico, per finire mortificata da un (pseudo)criterio d'identificazione per 'materie'[118].

A fortiori, sempre per il tramite del generico riferimento al potere autoritativo, non pare condivisibile che si riconosca un ruolo surrogatorio (rispetto al criterio del tipo di situazione giuridica soggettiva) al collegamento (o meno) della fattispecie con un formale provvedimento amministrativo (in quanto tale e non per la sua natura discrezionale); semmai, essendo il criterio della natura della situazione giuridica soggettiva ad assumere un ruolo assorbente al cospetto di atti autoritativi[119].

Ciò, sul piano sistematico, a conferma:

di un rapporto di gerarchizzazione fra i due criteri che, di regola (per via dell'unicità della giurisdizione), dovrebbe determinare una sostanziale neutralizzazione del rilievo di quel collegamento (limitato a legittimare un potere di disapplicazione in capo al Giudice ordinario);

di un rapporto invece di confinazione, limitato ai casi di esercizio discrezionale cui si correla il criterio della situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo.

Allo stesso modo, in termini di confinazione, si spiega l'affidamento, al Giudice amministrativo:

di questioni d'incompetenza e violazione di legge, in quanto sviluppo 'garantista' di un assetto altrimenti discrezionale (come in origine[120]) eppertanto, giustificato secondo 'concentrazione-specializzazione';

---

[118] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa esclusiva. Implicazioni di una riflessione intorno ai principali criteri fondanti in punto di 'riparto'*, in *amministrativ@mente.it*, 2025.

[119] Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. III, 24 luglio 2023, n. 1111 secondo cui «quando la pubblica amministrazione decide di procedere alla revoca di un atto, il potere di autotutela partecipa dello stesso potere esercitato con l'atto revocato con la conseguenza che a fronte del diritto soggettivo del ricorrente ad ottenere un permesso provvisorio in attesa dell'esame della sua domanda di protezione internazionale, il potere esercitato in sede di revoca di tale permesso è destinato a incidere sulla stessa tipologia di situazione giuridica soggettiva, la cui tutela deve essere pertanto ricondotta nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario». *Item*: Trib. amm. reg. Veneto, Venezia, sez. I, 18 luglio 2023, n. 1076 (« il ricorso avverso il provvedimento con il qual è stato ordinato al titolare della patente di abilitazione alla guida di sottoporsi all'esame di idoneità tecnica nel caso di azzeramento dei punti partecipa della medesima natura di sanzione accessoria propria della perdita dei punti, applicata in conseguenza delle singole violazioni alle norme di comportamento nella circolazione stradale, rientra nella giurisdizione del Giudice Ordinario»); Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. II, 14 luglio 2023, n. 1700 («il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si determina non già in base ai vizi dei vari atti amministrativi adottati dall'amministrazione ed alle pronunce richieste su di essi (annullamento piuttosto che disapplicazione), bensì in relazione alla natura della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio»; «allorché una controversia riguardi l'accertamento della proprietà di un compendio immobiliare controverso, la giurisdizione è del giudice ordinario, a nulla rilevando che le doglianze di quest'ultimo siano dirette a denunciare i vizi procedurali per carenza e incompletezza dell'attività istruttoria ovvero errori di valutazione»).

[120] Sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Sulla giurisdizione amministrativa. Riflessioni intorno ai principali criteri fondanti ed alle implicazioni in punto di riparto*, in *Arch. Giur. Serafini*, p. 103 s., segn. pp. 155-156: «Potrebbe obiettarsi

ISSN 2036-7821

altresì, delle controversie derivanti da azioni di annullamento ed avverso il silenzio della pubblica Amministrazione (accertamento dell'obbligo di provvedere e condanna al rilascio del provvedimento richiesto), quando si tratti di attività vincolata[121].

Sempre in termini di (progressiva) confinazione, si spiegano:

l'affidamento, al Giudice amministrativo, di una porzione di giurisdizione in via esclusiva; nonché, al di fuori di tale ambito, della cognizione incidentale delle questioni pregiudiziali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale;

la sottrazione al Giudice amministrativo, con correlata riserva all'Autorità giudiziaria ordinaria, delle questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità delle

---

che la linea di confine fra giurisdizioni così tracciata (avuto riguardo alle implicazioni, sulla 'qualificazione' degli interessi 'individuali', del 'modo di essere della produzione giuridica di diritto amministrativo') risulta in parte contraddetta dal dato 'positivo' e, in definitiva, assai labile.

Quanto alla prima obiezione, laddove fondata sul riscontro per cui, anche a fronte di disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, si è concluso di rinvenire interessi legittimi, può agevolmente replicarsi che essa sarebbe frutto di travisamento: posto che prende le mosse da quell''inversione di metodo' che storicamente ha 'giustificato' il riparto di giurisdizione mediante una sedicente distinzione fra situazioni giuridiche; laddove a quest'ultime corrispondono (solo) differenti schemi normativi. Prova ne sia che le disposizioni che regolano la competenza e/o la procedura, tendenzialmente improntate ad uno schema ipotetico-casuistico, sono la risultante di una vicenda storica di progressivo depauperamento di spazi che furono di pertinenza di norme d'azione (dell'ordinamento amministrativo) eppertanto, della discrezionalità amministrativa, cristallizzando consolidati criteri di esercizio ed organizzativi, per rispondere a logiche interne agli enti di amministrazione, piuttosto che di garanzia. *Ergo*, se e nella misura in cui non assolvono indiscutibilmente a (prevalenti) istanze di tutela d'interessi individuali, si dovrebbe concludere che sottendano (ancora) ad interessi legittimi; ed in quest'ottica andrebbe letto il 'combinato disposto' dell'art. 7 c.p.a., c. 1 e dell'art. 29 c.p.a. (tenendo presente che quest'ultima disposizione ha ormai 'metabolizzato' un ondivago atteggiamento del Legislatore, tra istanze di buon andamento e di garanzia, di cui l'art. 21-*octies*, L. n. 241/1990, c. 2, rappresenta solo l'ultima - non è detto definitiva - espressione)».

Nell'ottica testé prospettata pare doversi "leggere" lo specifico contributo sistematico offerto da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 82. Tale prospettiva è nitidamente offerta da A. ROMANO, *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo* -atti del convegno in memoria di Umberto Pototschnig - Milano, 19 aprile 2013-, Napoli, Jovene, 2014, p. 171 ss., segn. pp. 198-199.

Di diverso avviso, E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980, p. 266: «... le norme sull'attività dell'amministrazione sono state introdotte e vigono ... per far correre l'azione amministrativa su binari che, compatibilmente con il soddisfacimento dell'interesse pubblico, assicurino la tutela dei destinatari dell'azione medesima. L'azione amministrativa si svolgerebbe con minori impacci e in concreto magari (non necessariamente, s'intende), con maggiore vantaggio per l'interesse pubblico, se le norme di azione non esistessero. Le norme di azione sono regole garantiste».

Sul punto cfr. pure: C. MARZUOLI, *Diritti e interessi legittimi: due categorie in cerca di identità*, in *Questione diritto*, 2009, 34 ss., segn. pp. 47-48, circa la funzione che sarebbe attualmente riconoscibile all'interesse legittimo; E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, ed. 1942, p. 34 (ed. 1954, p. 37).

Sulla 'dequotazione dell'incompetenza' sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Il 'merito amministrativo' nell'attualità del 'sistema di giustizia' (un approccio dogmatico-epistemologico)*, di prossima pubblicazione, par. 4.

[121] Il riferimento cade evidentemente sull'art. 21-octies, L. n. 241/1990 e sugli artt. 31 e 34 c.p.a. Sul tema può rinviarsi a M.C. CAVALLARO, *Attività vincolata dell'amministrazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il processo*, 2020, p. 1 s.

ISSN 2036-7821

persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.

Quanto trova conferma anche laddove la questione di giurisdizione si ponga in seno a controversie introdotte dal privato a fini risarcitori, nel senso che si distingue (sia pur senza particolare rigore dogmatico) a seconda che il danno consegua: all'esercizio (ancorché omesso) di un potere discrezionale, 'ai sensi dell'art. 7 cod. proc. amm.', così colpendo un interesse legittimo; altrimenti, a comportamenti dell'Amministrazione pubblica che non si siano tradotti in 'scelte od atti autoritativi', così vulnerando un diritto soggettivo[122]. Salvo osservare che:

circa i comportamenti, parrebbe opportuno distinguere fra quelli (meramente) 'materiali' o '*sine titulo*', e quelli 'amministrativi' (es., scorretta gestione del procedimento, ritardo nella definizione del medesimo, cattivo o mancato esercizio del potere di vigilanza)[123];

onde scongiurare il rischio d'introdurre, per questa via, un criterio ulteriore (nullità anziché vizio sotteso all'annullamento), sarebbe preferibile riferirsi al parametro dell'esercizio discrezionale piuttosto che a quello del (generico) potere (della sua manifestazione);

correlativamente, sulla scorta del correttivo adottato nel presente studio, in caso di lesione determinata da un atto autoritativo vincolato, la giurisdizione dovrebbe restare in capo al Giudice ordinario, eccezion fatta per le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Persino quando ci s'imbatta in una situazione giuridica soggettiva che, come nel caso dell''affidamento incolpevole' del privato, esula dal binomio 'diritto – interesse legittimo' in senso stretto, pare improprio (non pertinente) l'assumere a termine di riferimento, onde giustificare la giurisdizione del Giudice ordinario, l'assenza di un collegamento fra il comportamento pregiudizievole dell'Amministrazione pubblica (tenuta all'osservanza dei principi di correttezza e buona fede, perizia prudenza,

[122] In tal senso Cass. civ., sez. un., Ord. 14 aprile 2023, n. 10063 che, nell'ottica prospettata nel presente studio, necessiterebbe di una rettifica circa il riferimento agli atti autoritativi: dovendosi distinguere fra quelli a contenuto discrezionale o vincolato (tenendo conto di quanto anticipato a proposito della natura delle - fatte salve - questioni di competenza e di violazione di legge). Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 16 marzo 2023, n. 7737. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., Ord. 13 aprile 2023, n. 9837 («la domanda di risarcimento del danno alla salute nei confronti della P.A., avendo ad oggetto la tutela di un diritto soggettivo inviolabile (come tale, insuscettibile di affievolimento da parte di provvedimenti amministrativi) appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, a meno che non si verta in un'ipotesi di giurisdizione esclusiva, tornando, peraltro, ad applicarsi la regola generale della giurisdizione del giudice ordinario allorquando, anche nelle materie riservate alla giurisdizione esclusiva, la lesione della salute sia stata provocata non dall'adozione d'un provvedimento amministrativo, bensì da una mera attività materiale della P.A.»).

[123] In tal senso, fornisce utili spunti Cass., sez. un., 9 giugno 2004, n. 10978. Cfr. pure L. CAMERIERO, *Giurisdizione esclusiva e diritto alla salute*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 598.

ISSN 2036-7821

diligenza) e l'esercizio del potere autoritativo[124]. Ciò, giacché, al cospetto di un provvedimento iniziale, ancorché illegittimo, favorevole (come tale, non impugnato), ma legittimamente annullato d'ufficio, è opinabile concludere che il danno non derivi (eziologicamente) dal provvedimento illegittimo. A tal punto, però, quand'anche si convenga che il provvedimento illegittimo, una volta annullato, verrebbe convertito in comportamento, pare risolversi in un espediente l'argomento opposto secondo cui dovrebbe distinguersi a seconda che il comportamento stesso assuma o meno connotati amministrativi: in quanto, riesumando il medesimo criterio per cui sarebbe determinante il rapporto diretto della situazione di affidamento con il potere (facendo così rientrare dalla finestra la tesi che si è cacciata dalla porta), patisce dei medesimi limiti di quello.

Per cui, secondo l'ottica avanzata nel presente studio, la circostanza rilevante pare che quella situazione sia riconducibile ad una norma rispondente allo schema ipotetico-casuistico, sì da renderla più vicina al diritto soggettivo che non all'interesse legittimo; a quel punto, finendo coll'operare il principio di unicità della giurisdizione.

Laddove, nel caso in cui l'affidamento faccia capo ad una norma rispondente allo schema consequenzialista, cui si ricollega un esercizio discrezionale, la tutela del medesimo non potrà che spettare al Giudice amministrativo: per ciò solo, in quanto stavolta quella situazione soggettiva sarà più prossima all'interesse legittimo; senza bisogno di riferirsi al collegamento né con un (generico) provvedimento (favorevole), né con comportamenti amministrativi riconducibili (anche mediatamente) al potere amministrativo (genericamente inteso)[125]; altresì, senza bisogno di 'scomodare' previsioni legislative di giurisdizione esclusiva (che, anzi, per via della 'concentrazione' delle questioni, eludono il problema)[126].

Infine, il contributo dogmatico, quale esteso al 'filtro' del rapporto fra condizioni dell'azione e questioni di merito, torna altresì utile nel superare la tesi giurisprudenziale secondo cui l'oggetto della domanda andrebbe colto dal Giudice per come formulato ('prospettato') dalla parte (segn., in termini di richiesta, 'in via

[124] Cass. civ., sez. un., Ord. 27 aprile 2023, n. 11083.

[125] Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235 («è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione sulle controversie in cui si faccia questione di danni da lesione dell'affidamento sul provvedimento favorevole, posto che in base all'art. 7, comma 1, cod. proc. amm. la giurisdizione generale amministrativa di legittimità include i comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni, e nelle particolari materie indicate dalla legge di giurisdizione esclusiva essa si manifesta attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela, anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione»). S'intende, nella circostanza, sul presupposto che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e di completamento rispetto a quello demolitorio (Cass. civ., sez. un., Ord. 7 aprile 2023, n. 9528).

[126] Cfr. Trib. amm. reg. Sicilia, Palermo, sez. III, 14 aprile 2023, n. 1235.

ISSN 2036-7821

diretta' o meno, di annullamento di un atto amministrativo). Ciò, dal momento che la teorica del 'circolo ermeneutico': come implica, da parte dell'interessato, una strutturazione della domanda mai astratta; così, concede pari sostegno scientifico a quell'apporto valutativo del giudice (in quanto indissociabile dal profilo di merito anche quando emerga una questione di giurisdizione) che la tesi avversata renderebbe sterile[127].

3.3. … *nonché, di difetto di giurisdizione*.

Preliminarmente va osservato che:

se il criterio di 'riparto' è dato (non dal rapporto, pur in un'ottica ribaltata, fra potere autoritativo e cittadino, bensì) dal tipo di situazione giuridica soggettiva, come determinato principalmente dall'orientamento della norma (in senso ipotetico-casuistico o consequenzialista) e corrispondentemente dal suo (modo di) assolvere ad un interesse pubblico (contenuto vincolato o scelta discrezionale); se, dunque, in ciò va ricercato il 'senso' (funzionale) della specialità del giudice amministrativo;

può risultare meglio percepibile il condizionamento esercitato, in termini di 'precomprensione', quale discendente (oltreché da fattori ideologici) da un''inversione di metodo' (cioè, dall'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti – tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi –[128]); stavolta, facendone le spese il rapporto fra principi, del 'giudice naturale precostituito per legge' e del 'giusto processo', per via di una, rigida quanto anacronistica, visione delle ragioni del 'riparto': per cui, a fronte dell'unicità della giurisdizione, si giustifica l'introduzione di un giudice speciale con una situazione giuridica (l'interesse legittimo) senz'altro distinta dal diritto soggettivo[129].

---

[127] Su tali tematiche sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Nuove frontiere della legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, in *amministrativ@mente*, 2024, p. 1521 s.

[128] La locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübigen, 1932, 92 s. Cfr. pure L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 50 ove, con terminologia ricavata dalla teoria del giudizio, così si osserva: «In quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principî di giudizi determinativi – sussuntivi di casi particolari sotto una regola data –, ma soltanto principî di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*».

[129] Laddove la conformazione di una posizione soggettiva: non può risultare da una mera implicazione (o riflesso) del problema di 'riparto'; essendo un *prius*, logico prima ancora che giuridico, rispetto all'intensità della protezione accordata dall'ordinamento e non può ricavare da quest'ultima la propria identità. Su tale questione e sulle giustificazioni storicamente addotte in ordine all'introduzione di un giudice amministrativo, sia consentito di rinviare a: P. COTZA, *Motivazione "postuma" del provvedimento di pubblica autorità. Occasione per un contributo sulle situazioni giuridiche, soggettive corrispondenti al rapporto amministrativo, sul suo processo e le relative implicazioni*, in *Riv. amm. rep. it.*, 2016, p. 237 s.; ID., *L'"interesse legittimo" alla luce di un discorso teoretico-giuridico sul rapporto amministrativo ed il suo processo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 31 s.

ISSN 2036-7821

Con le ben note implicazioni in punto di: corrispondente 'distanziazione' delle rispettive forme di tutela; di rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e di altrettanto rigida 'confinazione' degli istituti riconducibili al principio del 'giusto processo' (come in parte 'calibrata' dalla giurisprudenza).

Ergo, l'approccio interpretativo ad istituti, di 'sostenibilità' di quel vizio (del tipo del 'giudicato implicito'):

per un verso, non può rimettersi alla mera osservazione (di per sé non decisiva) della relatività del medesimo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile (a differenza della tardività della notifica e del deposito)[130];

per altro verso, deve muovere dalla considerazione che, se e nella misura in cui il Legislatore ha finito per 'sdoganare' espressamente quegli istituti, se ne deve inferire che ha dimostrato pari apertura verso una riconsiderazione, in termini di avvicinamento, delle situazioni giuridiche soggettive: a partire dalle rispettive forme di tutela (si pensi alla trasformazione del giudizio di legittimità come imperniato, più che sull'atto, sul rapporto).

Da qui, una 'rivisitazione' del problema di riparto di giurisdizione: come meno condizionato dai canoni di 'unicità' e 'specialità', nella misura in cui assume maggior rilievo l'istanza di assicurare pienezza ed effettività della tutela stessa. A ciò concorrendo principi ulteriori: di 'concentrazione', come nelle sempre più numerose ipotesi di 'giurisdizione amministrativa esclusiva'; di 'economia dei mezzi' e di 'ragionevole durata' del processo, con riguardo agli istituti in esame.

Il punto è molto delicato e complesso poiché investe la duplice questione complementare: della dotazione del giudice (amministrativo) di adeguati mezzi processuali, estendendogli (quantomeno in una nuova prospettiva del 'rinvio esterno'), oltre alle prerogative di sindacato del giudice ordinario, i correlati istituti tipici del processo civile; comunque (anche quando nel vizio di giurisdizione sia incorso il giudice ordinario), dell'assunzione di una maggiore consapevolezza delle consustanzialità delle situazioni giuridiche soggettive, onde scongiurare il rischio (su entrambe le sponde) di una 'degradazione' della tutela.

---

[130] Così Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. I, 22 luglio 2013, n. 1656 («Ai sensi dell'art. 35 CPA (D.Lgs. n. 104/2010), la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio, così come la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15, CPA rispettivamente per la questione di giurisdizione per la questione di competenza; il che trova piena comprensione sul piano logico e sistematico, perché l'erronea scelta del giudice, per ragioni di giurisdizione o competenza, è un vizio relativo, atteso che a monte esiste un giudice avente giurisdizione e/o competenza, sicché il vizio è emendabile; la tardività del ricorso è invece un vizio assoluto, atteso che decorso il termine legale ultimo, nessun giudice può occuparsi del ricorso, sicché il vizio non è emendabile ed è rilevabile d'ufficio anche in grado di appello»).

ISSN 2036-7821

A questa stregua (come anticipato), anche il disvalore processuale del difetto di giurisdizione si ridimensiona in termini 'organizzazionali': tenuto conto che, se risponde al vero che la Costituzione repubblicana ha recepito il precedente assetto di pluralità di giudici, resta comunque che la medesima ha essenzialmente e prioritariamente assegnato, all'intero sistema di giurisdizione e mediante lo strumento processuale, il compito di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive e (in definitiva) il soddisfacimento del diritto delle parti a conseguire una risposta (quale si sia) in ordine al 'bene della vita' oggetto della loro contesa[131]. Ragion per cui:

la pluralità di giudici va riconosciuta nella misura in cui serve ad assicurare, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia;

dunque, quella condizione plurale degli ordini di giurisdizione non può risolversi in minore effettività (se non neutralizzazione) della tutela giurisdizionale; quel che si determina quando la disciplina dei loro rapporti sia tale per cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione finisca col risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela;

il difetto di giurisdizione si presta ad essere assimilato dal sistema entro gli schemi della gerarchizzazione-confinazione dei principi; con conseguente cittadinanza di istituti del tipo, non solo della '*translatio iudicii*' (di chiusura del sistema di disciplina dei rapporti fra giurisdizioni, anche in ragione dei limiti di garanzia, per il diritto sostanziale e l'azione, riposta nell''errore scusabile'[132]), ma persino del 'giudicato implicito' in certa misura preclusivo di un rilievo officioso di quel vizio[133].

3.4. Implicazioni in punto di uniformazione degli strumentari di tutela dei giudici.

Si rivela non meno problematica l'omologazione di una vicenda di uniformazione degli strumentari di tutela dei Giudici, ordinario ed amministrativo. Preliminarmente valga di osservare che senz'altro ciò trova favorevole sponda nel pertinente dato normativo, ove il principio di effettività (già affermato in generale dall'art. 1 c.p.a. su base costituzionale e di diritto sovranazionale[134]) risulta traslato in termini di concentrazione (in genere) 'di ogni forma di tutela' delle situazioni giuridiche

[131] Artt. 24, 111, 113 cost.

[132] T.A.R. Liguria, Ord. 16 giugno 2005, n. 229.

[133] Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77.

[134] Il principio in questione, oltre ad essere desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., risulta altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali; per cui, vi si devono conformare sia il Legislatore nazionale, sia l'interprete in sede applicativa (quanto alla collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti, valga di rinviare già a Corte cost., n. 80/2011).

ISSN 2036-7821

soggettive[135]; dunque, non rappresentando più l'argomento giustificativo proprio della giurisdizione esclusiva. In quest'ottica, l'esempio più significativo pare offerto dall'azione risarcitoria, in quanto esercitabile anche indipendentemente dalla previa impugnazione del provvedimento (una volta superato il dogma della pregiudiziale amministrativa - art. 30 c.p.a. -). Ma si pensi altresì: all'esperibilità delle azioni di accertamento e di esatto adempimento, al divieto di assorbimento dei motivi di ricorso, (all'orientamento favorevole) all'integrazione in corso di giudizio della motivazione della determinazione provvedimentale[136].

A questa stregua, per quel che rileva ai fini del presente studio specialistico:

benché, in progresso di tempo, si sia assistito ad un fenomeno normativo di ripetuta e profonda erosione degli equilibri costituzionalmente sanciti e del principio di unicità della giurisdizione, coll'ampliamento del novero di materie sottoposte a quella amministrativa esclusiva, solo in parte 'frenato' dalla Corte costituzionale[137];

---

[135] Sempre con testo riprodotto solo a fini di comodità di lettura, in relazione alle successive connessioni di commento, si richiama l'art. 7, comma 7, c.p.a., secondo cui 'il principio di effettività è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi'.

[136] Per questi ultimi due profili, una sintesi degli argomenti favorevoli si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, ove spiccano (rispettivamente):

sia la circostanza che la maggiore tutela processuale al ricorrente, derivante da un divieto, non preclude all'Amministrazione di adottare un nuovo analogo provvedimento lesivo con una motivazione adeguata; sia dalla vocazione attuale del processo amministrativo ad accertare la fondatezza della pretesa sostanziale del ricorrente, onde assicurarne la reintegrazione; sia l'opportunità per il giudice di formarsi una cognizione piena del rapporto o, comunque della vicenda controversa necessaria ai fini di quell'accertamento (*ivi*, pp. 356-360);

sia la circostanza che, sempre per via dell'attuale vocazione del processo amministrativo, un eventuale assorbimento potrebbe incidere sul contenuto dispositivo della sentenza, in punto di valutazione dell'entità e consistenza del danno risarcibile e del tipo di reintegrazione da accordare (*ivi*, p. 361 s.).

[137] Pur venuta meno la materia dei ricorsi relativi al pubblico impiego (a seguito delle riforme legislative che, nell'arco degli anni Novanta del secolo scorso, hanno determinato la privatizzazione dei rapporti di lavoro nelle pubbliche Amministrazioni), progressivamente si va: dal nocciolo originario di cui all'art. 29 T.U. Cons. Stato ed all'art. 4, R.D. 26 giugno 1924, n. 1058; agli artt. 33-34, D.Lgs. n. 80/1998. Stavolta, ponendosi dubbi di legittimità costituzionale per via di una devoluzione secondo 'blocchi di materie'; al punto da chiamare in causa la Corte costituzionale che è intervenuta incisivamente (a partire da 6 luglio 2004, n. 204, sino a 11 maggio 2006, n. 191 ed a 5 febbraio 2010, n. 35). Così però suscitando non poche perplessità in dottrina, circa la sopravvivenza stessa della giurisdizione esclusiva (A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 974 s.; F.G. SCOCA, *Sopravvivrà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2209 s.; cfr. pure: L. MAZZAROLLI, *Sui caratteri e i limiti della giurisdizione esclusiva: la Corte costituzionale ne ridisegna l'ambito*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 214 s., segn. 225-226; F. SAITTA, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni - d'agosto - sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.lexitalia.it*, 2004; G. STANCANELLI, *La giurisdizione esclusiva nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004 - Riflessioni "a caldo" -*, in *www.giustamm.it*, 2004; E. FOLLIERI - a cura di -, *La sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204*, in *Atti del convegno su riparto della giurisdizione nelle controversie in cui è parte la pubblica amministrazione* - Lucera, 19 febbraio 2005 -, Milano, 2006). Da lì, si è giunti al c.p.a. (segn. art. 133), come modificato a seguito di ulteriore intervento della Corte costituzionale (27 giugno 2012, n. 162) mediante D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160. Cfr. pure R. CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo al Codice*, Milano, 2012.

ISSN 2036-7821

quella vicenda di potenziamento delle prerogative, è tale da configurare la giurisdizione generale di legittimità del Giudice amministrativo come tendenzialmente 'piena': imperniata, più che sull'atto, sul rapporto; complice un progressivo avvicinamento degli interessi legittimi rispetto ai diritti soggettivi, in grado di garantire tutela integrale agli uni come ai secondi (s'intende, quando sottoposti alla sua cognizione)[138].

Ciò, al punto da giustificare una rimodulazione del rapporto di forza fra principi ('unicità' ed 'effettività-concentrazione')[139]; pur senza stravolgerlo stante il suo impianto costituzionale.

Salvo osservare che il discorso risulta 'complessificato'. Infatti: superate significative limitazioni ai funzionali poteri decisori del Giudice amministrativo[140]; se, da un canto, ne consegue anche un'estensione, al processo amministrativo, delle prerogative di sindacato del Giudice ordinario (sul rapporto controverso), a partire dalla dotazione istruttoria; d'altra parte, occorre tenere conto dei correlati istituti tipici del processo civile. Questi ultimi, indubbiamente imprimono maggiore spinta verso un obiettivo di qualità e sostanza alla tutela giurisdizionale[141]; nondimeno, talvolta impongono più gravosi oneri (anche a carico della parte), come dimostra la seguente rassegna.

Per un verso:

l'azione di accertamento vertente su diritti soggettivi[142];

---

[138] In particolare, si può risalire a: Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15; 23 marzo 2011, n. 3; Trib. amm. reg. Lombardia, Milano, sez. III, 21 giugno 2011, n. 1428. Ad esse si deve di aver inaugurato l'orientamento favorevole all'ammissibilità, in via generale, sia dell'azione di esatto adempimento (volta a conseguire una condanna dell'Amministrazione pubblica all'adozione di un provvedimento vincolato) sia di quella di accertamento (ritenuta esperibile in tutti i casi in cui non possa essere ottenuta tutela tramite azioni espressamente previste).

[139] In tal senso, S. MENCHINI, *Processo amministrativo e tutele giurisdizionali differenziate*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 921 s., segn. pp. 992-993.

[140] Con particolare riguardo agli istituti dell'arbitrato e del decreto ingiuntivo (per cui si rinvia agli artt. 12 e 118 c.p.a.), così raccogliendo i rilievi di autorevoli voci di dottrina (*ex multis*, E. FOLLIERI, *La tutela nei contratti della pubblica amministrazione nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 318-319).

[141] Spunti di rilievo, in tal senso, sono offerti da F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 54 s. il quale, muovendo dalla constatazione che «nella loro profonda natura diritti soggettivi e interessi legittimi non esprimono altro che un atteggiarsi dell'interesse sostanziale dell'individuo, in relazione alla tutela che di volta in volta, o per i tipi di lesioni, l'ordinamento prevede», ne fa discendere che la giurisdizione spetta: al Giudice amministrativo, ogniqualvolta l'interesse sostanziale possa risultare più efficacemente tutelato per via dell'annullamento del provvedimento; al Giudice ordinario, quando l'interesse sostanziale pregiudicato possa venire soddisfatto solo tramite la condanna dell'Amministrazione pubblica al risarcimento del danno.

[142] Cons. Stato, sez. VII, 15 febbraio 2024, n. 1535 («la natura di atto privatistico della rideterminazione degli oneri concessori non risulta suscettibile di alcun mutamento per effetto della diversa causa che ne abbia fatto sorgere l'esigenza - mero errore di calcolo della p.a. o scoperta della falsa rappresentazione fornita dal privato -, poiché in ogni caso la pubblica amministrazione, nel corso del rapporto concessorio, può sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo del contributo di costruzione, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale - art. 2946

ISSN 2036-7821

la richiesta di sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c.; anche quando manchino previsioni di per sé idonee nella disciplina sostanziale[143];

la facoltà di proporre domande riconvenzionali (nei termini e con le modalità del ricorso incidentale)[144];

la facoltà d'intervento autonomo (anche principale), dal momento che la sentenza emessa senza la partecipazione del terzo (titolare di un autonomo diritto da far valere, connesso a quello oggetto del processo) potrebbe essere impugnata col mezzo dell'opposizione di terzo (cd. ordinaria)[145].

Si assiste così all'inveramento di una prospettiva di giurisdizione 'piena' (quale vincolo al futuro dell'Amministrazione) che autorevole dottrina aveva compiutamente articolato in termini (alternativo-cumulativi) di 'annullamento degli atti illegittimi', 'condanna ad un *dare* generico' (risarcimento per equivalente), 'condanna ad un *facere*, un *dare* od un *praestare* qualificato' (risarcimento in forma specifica)[146].

---

c.c. - decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento»).

Cfr. pure: Cons. Stato, sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9102 (ove si puntualizza che comunque la posizione sulla quale quell'azione verte deve essere di diritto soggettivo); Trib. amm. reg. Emilia - Romagna, Bologna, sez. I, 5 ottobre 2023, n. 543.

[143] Cfr.: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944 («qualora il privato abbia sottoscritto un atto d'obbligo per il trasferimento di aree alla P.A. nell'ambito di un accordo di urbanizzazione, il giudice amministrativo può emettere la sentenza costitutiva ex art. 2932 cod. civ., pur non espressamente contemplata dagli artt. 29 e 30 cod. proc. amm., sia perché, a norma degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., il giudice amministrativo, nelle controversie rimesse alla sua giurisdizione esclusiva, può erogare ogni forma di tutela del diritto soggettivo, sia perché, a norma degli artt. 11 e 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi provvedimentali si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti»); Cons. Stato, sez. VII, 30 dicembre 2023, n. 11380 («sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla richiesta di pronuncia della sentenza costitutiva di condanna ai sensi dell'art. 2932 c.c., in caso di revoca dell'atto aggiudicazione di una vendita all'asta di beni immobili di proprietà comunale, ritenuto illegittimo, e della mancata stipula del relativo contratto, sussistendo la giurisdizione esclusiva in materia di dismissione di beni pubblici ai sensi dell'art. 119, comma 1, lett. c), c.p.a.»). Cfr. pure: Cass. civ., sez. un., 5 dicembre 2023, n. 33944; Trib. amm. reg. Campania, Salerno, sez. III, 3 luglio 2023, n. 1619 («la domanda di condanna dell'Amministrazione al riconoscimento del diritto di un disabile ad uno specifico ed individualizzato trattamento terapeutico, sia in modalità diretta che per equivalente monetario, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 104 del 2010, atteso che non sussiste alcun dubbio che, in presenza di un "pubblico servizio", debba considerarsi impugnabile, quale "provvedimento negativo", l'omissione provvedimentale della P.A. sanitaria in relazione alle specifiche richieste azionate giudizialmente»).

[144] Trib. amm. reg. Campania, Napoli, sez. III, 28 agosto 2023, n. 4901. Una trattazione articolata si rinviene in A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, p. 352 s.

[145] Cons. Stato, sez. IV, 3 marzo 2023, n. 2255.

[146] A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione al giudice amministrativo* - II. *Contributo alla teoria dell'azione nella giurisdizione esclusiva*, Padova, 2001, pp. 172-173, 229.

ISSN 2036-7821

Per altro verso (quanto agli oneri), ci si riferisce a:

la sospensione necessaria del processo civile (*ex art.* 295 c.p.c.), sul presupposto che «la pregiudizialità di una controversia amministrativa è configurabile solo laddove entrambi i giudizi pendano tra le stesse parti ed il giudice amministrativo sia chiamato a definire questioni di diritto soggettivo in sede di giurisdizione esclusiva e non anche qualora innanzi allo stesso sia impugnato un provvedimento incidente su interessi legittimi, potendo, in quest'ultima ipotesi, il giudice ordinario disapplicare il provvedimento amministrativo»[147];

il duplice onere: per il ricorrente che aziona diritti soggettivi nei confronti di un'Amministrazione pubblica, di 'provare' i fatti che costituiscono il fondamento del diritto medesimo (*ex art.* 2697 c.c.)[148]; per la parte convenuta-resistente, di indicare i 'mezzi di prova' di cui intende valersi (ai sensi dell'art. 167 c.p.c.), sia pur sempre entro i limiti della tutela di diritti soggettivi; laddove, con riferimento ai poteri istruttori esercitabili dal giudice amministrativo, il Legislatore, nel processo amministrativo, ai sensi degli artt. 63, 64 e 65 c.p.a., ha recepito il modello c.d. dispositivo con metodo acquisitivo, in cui l'onere della prova si attenua nel più sfumato onere del 'principio di prova', con la conseguenza che il giudice esercita un potere di soccorso della parte che non è in grado, senza colpa, di addurre la 'prova' dei fatti dedotti, pur potendo fornire un 'principio di prova'[149];

l'onere, della parte resistente, di sollevare l'eccezione d'inadempimento (*ex art.* 1460 c.c.), a pena di decadenza, nella memoria di costituzione (ai sensi dell'art. 167, comma 2, c.p.c.)[150].

Evidentemente, su questi aspetti penalizzanti dovrebbe sostare il contributo 'corrente' degli interpreti: onde consentire, in chiave di completamento-perfezionamento del processo evolutivo della giustizia amministrativa, il superamento di protocolli di meccanicistica mutuazione dal processo civile.

Parte Terza

4.1. Decisione sulle questioni di giurisdizione; translatio iudicii; conflitto negativo …

[147] Cass. civ., sez. lavoro, Ord. 13 novembre 2023, n. 31539. Cfr. pure Trib. amm. reg. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 6 ottobre 2023, n. 462.

[148] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301. Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 3 gennaio 2023, n. 99.

[149] Cons. Stato, sez. VI, 10 novembre 2023, n. 9649.

[150] Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2023, n. 8301.

ISSN 2036-7821

Tornando (muniti del discorso di diritto processuale-sostanziale) agli istituti della 'sostenibilità' del difetto di giurisdizione come problema prettamente processuale dai risvolti applicativi, pare doversi muovere dai seguenti ordini di connessioni già acquisiti.

Così, a partire dal dato, pacificamente riconosciuto, per cui «sussiste il potere del Giudice di appello di rilevare *ex officio* la esistenza dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del ricorso di primo grado (con particolare riguardo alla condizione rappresentata dalla tempestività del ricorso medesimo), non potendo ritenersi che sul punto si possa formare un giudicato implicito, preclusivo alla deduzione officiosa della questione»[151]. Infatti, a questa stregua, la complementarità fra principi, all'insegna della 'confinazione', giustifica (sottraendola alla gogna del paradosso) la disciplina 'speciale' per cui il difetto del presupposto (prioritario) della giurisdizione che non sia stato eccepito in primo grado, né sia stato oggetto di

[151] Cons. Stato, sez. IV, 17 luglio 2023, n. 6952 che così argomenta: «il divieto del c.d. ius novorum in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali che siano rilevabili anche d'ufficio ma, fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata sul punto dalla sentenza di primo grado e lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza (adesso ex artt. 9 e 15 D.Lgs. n. 104/2010), consente la delibazione per la prima volta in appello, ad esempio, delle eccezioni di irricevibilità o di inammissibilità del ricorso per carenza di una condizione dell'azione». Cfr. pure (rispettivamente): Trib. amm. reg. Piemonte, Torino, sez. I, 13 novembre 2018, n. 1237 («In virtù del rinvio operato dall'art. 43 D.Lgs. 104/2010, anche per i motivi aggiunti, nel processo amministrativo, ai sensi dell'art. 35 D.Lgs. 104/2010, la tardività della notifica e del deposito del ricorso è questione rilevabile d'ufficio; la tardività del ricorso di primo grado è rilevabile d'ufficio anche nel giudizio di appello, atteso che il cit. art. 35 non pone limitazioni al rilievo d'ufficio in grado di appello, a differenza di quanto dispongono gli artt. 9 e 15 D.Lgs. 104/2010, rispettivamente per la questione di giurisdizione e per la questione di competenza»); Cass. civ., sez. un., Ord. 28 giugno 2019, n. 17562 («Nel giudizio amministrativo la sussistenza dell'interesse e della legittimazione ad agire è valutabile d'ufficio in qualunque momento del giudizio. La mancanza dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione è rilevabile d'ufficio dal giudice in ogni stato e grado del processo - art. 35, comma 1, c.p.a. -, perché essi costituiscono i fattori ai quali la legge, per inderogabili ragioni di ordine pubblico, subordina l'esercizio dei poteri giurisdizionali. L'unica eccezione concerne la giurisdizione, il cui difetto può essere rilevato d'ufficio solo in primo grado - art. 9 c.p.a. -»).

Di diverso avviso quella più risalente giurisprudenza secondo la quale, in linea di principio, se la questione sull'esistenza di una condizione dell'azione non venga in alcun modo sollevata: si deve ritenere che non vi sia necessità che il giudice giustifichi la propria *potestas decidendi*; ma la circostanza di una decisione 'non visibile' non significa insussistenza della medesima (la decisione sul merito implica infatti che si siano ritenute sussistenti le condizioni dell'azione). Pertanto, si è concluso che: il principio del giudicato implicito (espresso in termini generali dalla Corte di Cassazione - es., n. 24883/2008 -) sia estensibile quando si tratti di tutte quelle condizioni dell'azione (antecedenti logici della *potestas iudicandi*) che il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio; la decisione sul merito implica non solo quella sulla giurisdizione, ma anche quella relativa a tutte le condizioni dell'azione rilevabili d'ufficio. Con la conseguenza che, se le parti non impugnano la sentenza o la impugnano senza eccepire la carenza del presupposto processuale, pongono in essere un contegno incompatibile con la volontà di eccepire tale difetto; eppertanto, la statuizione implicita passa in giudicato anche su quel punto (Cons. Stato, sez. VI, n. 4448/2009; sez. IV, n. 4570/2009; sez. VI, n. 4924/2007). *Contra*, Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 215.

ISSN 2036-7821

specifico motivo di appello, determina (come constatato) il maturare, sul punto, del giudicato interno, implicito, ostativo[152].

Ciò, con correlata estensione delle riferite implicazioni effettuali (par. 1.1.). Innanzitutto, la necessità di garantire stabilità tra giudicati (*id est*, in modo effettivo, la non contraddizione tra i medesimi), comporta che deve escludersi che l'eccezione di giudicato sia sottoposta alle preclusioni (anche documentali) previste per le fasi processuali. Inoltre, l'esistenza del giudicato esterno, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo. Pertanto, non possono esservi preclusioni processuali (ai sensi dell'art. 104, comma 2, D.Lgs. n. 104/2010), dovendo prendere atto del giudicato *medio tempore* intervenuto, con riguardo sia al profilo della giurisdizione che al merito della pretesa.

Dunque:

fermo restando che il giudice amministrativo può rilevare d'ufficio, per la prima volta in appello, il difetto di giurisdizione, ogni qualvolta in primo grado le questioni controverse estranee all'ambito della cognizione amministrativa non siano state esaminate, nemmeno implicitamente»;

quando si sia formato (sia pur implicitamente) un giudicato relativo alla giurisdizione, insuscettibile (per via di preclusioni processuali) di essere posto in discussione per difetto in ordine a quel profilo (pur) apicale e prioritario;

i principi di economia e ragionevole durata del processo, in 'combinato disposto' con quelli di stabilità e non contraddizione fra giudicati, finiscono col determinare l'irrimediabilità del sacrificio del diritto a che il merito della pretesa venga sindacato dal giudice naturale precostituito per legge.

Riprendendo precedenti connessioni, valga di osservare che, nella sent. n. 77/2007 cit., la Corte costituzionale si era raccomandata affinché il Legislatore valutasse preliminarmente se conservare il principio secondo cui ogni giudice è tale con riguardo alla propria giurisdizione. A questa stregua, sia la L. 18 giugno 2009, n. 69 (introducente disposizioni in materia di processo civile), sia il c.p.a., si sono risolti nel senso di mantenere quel principio, ma con significative limitazioni rispetto al passato. Infatti, l'unico giudice che può ancora decidere in ordine alla propria giurisdizione è quello adito per primo: giacché il solo cui la Legge consente di declinarla. Laddove, qualora la causa venga riassunta nanti il giudice indicato come

[152] Cons. Stato, sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746 («L'art. 9 del D.Lgs. n. 104/2010 integra la presenza di norma speciale che solo ed esclusivamente per il difetto di giurisdizione valorizza in via di eccezione il principio del giudicato implicito, correlativamente ed indirettamente confermando, per le altre cause di inammissibilità, l'assolutezza del potere di rilievo ufficioso del giudice in ogni stato e grado del procedimento»).

ISSN 2036-7821

munito di giurisdizione, quest'ultimo non può decidere della propria giurisdizione: essendo facoltizzato esclusivamente ad 'accettarla' o a sollevare d'ufficio (entro un termine perentorio) la questione di giurisdizione (per conflitto negativo) nanti le Sezioni Unite della Corte di Cassazione cui, sola, spetta di eventualmente individuare come munito di giurisdizione un 'giudice' (inteso in senso lato[153]), diverso da quello indicato dal giudice adito per primo.

In tale contesto, assurge alla ribalta l'istituto della *translatio iudicii* tra Giudice ordinario e Giudice amministrativo che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento, ad opera della stessa Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione[154]. Così superando il principio dell'incomunicabilità delle giurisdizioni, affermatosi sul presupposto che le differenze fra le stesse fossero talmente numerose e profonde da risultare insuperabili; per cui le prime necessariamente dovevano essere concepite come del tutto separate le une dalle altre. Laddove, quelle autorità hanno statuito che il menzionato principio sia incompatibile con una pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, e col suo 'precipitato' del principio (attinente al merito) della conservazione degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda[155]. Quest'ultimo, come necessitante di attuazione e di una disciplina legislativa del meccanismo traslativo[156].

---

[153] In altri termini, potrà trattarsi di una qualunque autorità (decidente o giudicante) tenuta *ex lege*, nell'ambito dell'ordinamento, a pronunciarsi nel merito circa la tutela di una posizione soggettiva del cittadino.

[154] Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77; Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109.

Così Corte cost., n. 77/2007 cit., ritenendo fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, L. T.A.R., come prospettata in sede di rimessione da T.A.R. Liguria, Ord. 21 novembre 2005, n. 229 'nella parte in cui non consente al giudice amministrativo, che declini la giurisdizione, di disporre la continuazione del processo con salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda'. Da qui, la motivazione del 'giudice delle leggi' onde chiarire le ragioni del proprio intervento: la declinatoria di giurisdizione obbligando il cittadino ad 'instaurare *ex novo* il giudizio senza che gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta si conservino nel nuovo giudizio …'; per cui, onde colmare la lacuna dell'ordinamento processuale, si è resa necessaria la menzionata declaratoria d'incostituzionalità 'nella parte in cui non prevede la conservazione degli effetti della domanda nel processo proseguito … davanti al giudice munito di giurisdizione'.

[155] Tali concetti sono ultimamente ribaditi da: Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978; sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599.

[156] Oltre agli scritti menzionati in esordio del par. 1.2., può altresì rinviarsi a: F. DE SANTIS, *Valori costituzionali ed effettività delle tutele nel pensiero di Luigi Montesano*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 770; E. MANZO, Translatio iudicii *ed effetto vincolante della declinatoria di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 1303; F. GODIO, *Riassunzione* post translatio *e impugnazione della declinatoria di giurisdizione: una inammissibile 'doppia iniziativa'*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 106; K. PECI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2015, p. 691; R. VILLATA, *Sui 'motivi inerenti alla giurisdizione'*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 632; L. TARANTINO, *Giurisdizione e amministrazione: Silvio Spaventa, ieri e oggi*, in *Urb. app.*, 2015, p. 501; G. D'ANGELO, *Eccezione di difetto di giurisdizione e abuso del processo*, in *Urb. app.*, 2015, p. 181; G. VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 827; G. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, p. 214; G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 81 s.; C. ASPRELLA, *La* translatio iudicii. *Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile (L. n. 69/2009)*, Milano, 2010; L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2009; A. CALDARERA, *Considerazioni sulla c.d.* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2009; P. BIAVATI, Translatio iudicii *e unità della*

ISSN 2036-7821

Da qui, la *translatio iudicii* è stata disciplinata dall'art. 11, comma 1, c.p.a. secondo il quale il Giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica (se esistente) il giudice nazionale che ne è fornito[157]. Di tal fatta: a condizione che l'atto determinante la prosecuzione del giudizio osservi i dovuti requisiti di forma[158]; la disciplina della *translatio iudicii* comporta (per l'appunto) la salvezza degli effetti, sostanziali e processuali, della domanda avanzata innanzi al giudice sfornito di giurisdizione[159].

La giurisprudenza amministrativa, in larga misura, si era espressa nel senso che l'azione intrapresa davanti ad un diverso organo giurisdizionale non interrompesse, né sospendesse il termine per la proposizione del ricorso davanti al giudice

---

giurisdizione, in *Quad. cost.*, 3, 2007; C. CACCIAVILLANI, Translatio iudicii *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in Dir. proc. amm., 2007; F. CIPRIANI, *Riparto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2005; ID., *Ancora sulla* translatio *tra diverse giurisdizioni*, in *Giusto proc. civ.*, 2008; ID., *La* translatio *tra le giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, V, 2009; C. CONSOLO, *La* translatio iudicii *tra giurisdizioni nel nuovo articolo 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009; ID., Translatio iudicii *e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell'incidenza scoordinata del nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Corr. giur.*, 2010; ID., *I regolamenti di competenza e giurisdizione nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010; ID., Translationes *giurisprudenziali sulla 'riassunzione' (?) intergiurisdizionale ex art. 59*, in *Giusto proc. civ.*, 2011; S. MENCHINI, Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio*: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, p. 1 s.; P. VITTORIA, *Giurisdizione e* translatio iudicii*: per una riscrittura della disciplina della questione di giurisdizione nel processo civile*, in *Giust. proc. civ.*, 2011; C. MARINO, La translatio iudicii *per difetto di giurisdizione dopo la legge 18 giugno 2009, n. 69*, in Studi in onore di L. Arcidiacono, Torino, 2010, p. 2075 s.; B. RAGANELLI, *L'evoluzione della giurisprudenza e il recente intervento del legislatore in tema di* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2010; A. PICONESE, Translatio iudicii *e 'nuovo' giudizio amministrativo*, in *Foro amm. - TA.R. -*, 2009; R. VACCARELLA, *Rilevabilità del difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *www.federalismi.it*, 24/2008 (cfr. pure Item, in *Giur. it.*, 2009); I. ZINGALES, *I 'nuovi' confini della* translatio iudicii, in *Giusto proc. civ.*, 2008; C.E. GALLO, *La* translatio iudicii *nei rapporti tra giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2007; M.A. SANDULLI, I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii *(nota alle sentenze n. 4109 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e n. 77 della Corte Costituzionale)*, in www.*federalismi.it*, 6/2007; A. SCOGNAMIGLIO, Translatio iudicii, *giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro amm. - C.d.S. -*, 2007; G. SIGISMONDI, *Difetto di giurisdizione e* translatio iudicii, in *Dir. proc. amm.*, 2007; A. TRAVI, *Difetto di giurisdizione e riassunzione della causa: alcune questioni aperte*, in *Urb. app.*, 2007; ID., *La nuova disciplina della* translatio iudicii, in *Urb. app.*, 2009; A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente al giudice competente*, in *Riv. dir. proc.*, I, 1951.

[157] Cons. Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10978.

[158] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617 («Nel regime della translatio iudicii, l'atto che determina la prosecuzione del giudizio deve avere la forma di una vera e propria riproposizione della domanda, che deve essere adattata (nel passaggio da un giudizio di cognizione sul rapporto ad uno di tipo prevalentemente impugnatorio) con la presentazione di nuovi motivi e di un nuovo petitum. Ove si passi da un giudizio di tipo prevalentemente impugnatorio ad un giudizio esclusivamente di cognizione sul rapporto, o viceversa, l'atto di prosecuzione deve avere la forma di una riproposizione della domanda, stante il necessario adattamento del petitum; qualora, invece, il giudizio prosegua verso un giudizio con le medesime caratteristiche, l'atto di prosecuzione assume la forma di un atto di riassunzione»). Puntualizza Cass. civ., sez. I, Ord. 23 marzo 2021, n. 8088 (rv. 660898-01) che, «in caso di pronuncia che declini la giurisdizione del giudice amministrativo in favore di quello ordinario, il giudizio prosegue ritualmente innanzi a quest'ultimo qualora il relativo atto processuale contenga la trascrizione integrale del ricorso originario, con il necessario adattamento del "petitum" alla diversa natura del processo civile, essendo la "causa petendi" riconoscibile nell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto riportati nel ricorso originario attesa l'identità della "res litigiosa"».

[159] Art. 11, comma 2, c.p.a.

ISSN 2036-7821

amministrativo. Stavolta, la prima era comunque riuscita a mitigare il pregiudizio per la tutela giurisdizionale, generalmente ammettendo la possibilità di adire il giudice amministrativo anche dopo il decorso del termine di decadenza, potendosi beneficiare, in presenza dei relativi presupposti, della rimessione in termini per errore scusabile[160]. Salvo osservare che, a fronte dei limiti di tale soluzione (non invocabile ogniqualvolta non vi fosse stato errore e comunque tenuto conto che la relativa valutazione giudiziale non garantisce a sufficienza sia il diritto sostanziale sia quello all'azione di chi abbia promosso il giudizio nel pieno rispetto della legge vigente): l'introduzione dell'istituto della *translatio iudicii* ha definitivamente superato il problema.

L'art. 11, c.p.a. ha poi completato il quadro normativo, fissando il termine perentorio entro il quale si deve procedere alla traslazione (con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda) in mesi tre a decorrere dal passaggio in giudicato della pronuncia che declina la giurisdizione.

S'aggiunga che, «con riferimento ai rapporti tra la giurisdizione amministrativa e le altre giurisdizioni, ordinaria e speciali, l'art. 11 del D.Lgs. n. 104 del 2010 individua nella sola *riproposizione* del processo, innanzi al Giudice indicato nella pronuncia declinatoria della giurisdizione, il mezzo di tutela esperibile ai fini della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta; a differenza del dettato dell'art. 59 della L. n. 69 del 2009, che invece contempla anche, ove ricorrano determinate condizioni, l'istituto della *riassunzione*»[161]. Salvo constatare, che la terminologia impiegata diffusamente non rispecchia altrettale rigore interpretativo (come si evince dalle 'massime' di seguito richiamate).

Resta fermo, comunque, che la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda non può spingersi fino al punto di rimettere nei termini il ricorrente che fosse già incorso in una decadenza. Infatti, la rituale traslazione del giudizio a decorrere dal passaggio in giudicato della prima sentenza, benché astrattamente idonea alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda, non impedisce al giudice amministrativo di verificare se l'originaria pretesa, azionata per errore dinanzi al giudice ordinario, sia stata proposta entro il termine di decadenza. D'altronde, l'art. 59, comma 2, L. n. 69/2009 cit. e (per via del coordinamento, predicato dall'art. 44 di quest'ultima, con le norme del c.p.c.) l'art. 11, comma 2, c.p.a., prevedono espressamente che, riproposta la domanda al giudice munito di giurisdizione, restano ferme le preclusioni e le decadenze intervenute[162].

[160] *Ex multis*, Cons. giust. amm. reg. Sic., 2 marzo 1989, n. 47.

[161] T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617.

[162] Cons. Stato, sez. III, 2 ottobre 2023, n. 8599. Puntualizza T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19 ottobre 2020, n. 617 che: «nel processo amministrativo i termini decadenziali correlati alla proposizione dei ricorsi si intendono validamente rispettati con la puntuale notifica degli stessi. Infatti, ai fini del rispetto del termine di tre mesi dal

ISSN 2036-7821

Salvo riaffermare la prerogativa giudiziale, relativa a preclusioni e decadenze, di concedere, nei giudizi 'riproposti', la rimessione in termini per errore scusabile, quando ne ricorrano i presupposti (art. 11 c.p.a., comma 5).

In tale contesto, l'attenzione della Giurisprudenza si è soffermata sulle ipotesi di conflitto di giurisdizione e sulle relative implicazioni.

Così, è stato puntualizzato che «la norma di cui all'art. 11, comma 3, c.p.c., subordina la possibilità di sollevare il conflitto negativo a tre presupposti: a) che un primo giudice declini la giurisdizione e indichi un secondo giudice che ritiene fornito di giurisdizione; b) che tale giudizio venga tempestivamente riassunto dinnanzi a questo secondo giudice; c) che il secondo giudice, non condividendo l'indicazione data dal primo, sollevi conflitto alla prima udienza. Sollevato dal Collegio il conflitto negativo di giurisdizione, in attesa, va disposta la sospensione del giudizio»[163]. Segnatamente, «il conflitto negativo di giurisdizione è configurabile non solo nei casi in cui due giudici declinino la giurisdizione ritenendosi 'reciprocamente' non muniti di essa, ma anche nei casi in cui il primo giudice indichi come fornito di giurisdizione un secondo giudice che a sua volta indichi un terzo giudice»[164]. Fermo restando che (come anticipato), «in caso di conflitti di giurisdizione, il giudice dinanzi al quale la causa è riproposta, ove dissenta dall'indicazione del giudice 'trasponente', non può a sua volta declinare la giurisdizione, bensì deve sollevare d'ufficio il conflitto dinanzi alle Sezioni Unite»[165].

---

passaggio in giudicato della sentenza di cui all'art. 11, D.Lgs. n. 104/2010, rileva solamente la notificazione del ricorso in riassunzione, e non anche il deposito dello stesso, che, pertanto, può essere effettuato anche successivamente allo spirare del predetto termine». Il contributo interpretativo di quell'assetto disciplinare è completato da Cons. Stato, sez. II, 20 luglio 2020, n. 4632 per cui: «in tema di decorrenza del termine per la riassunzione, si è affermata l'applicabilità per analogia dell'art. 50 cod. proc. civ., e quindi l'applicabilità del termine di sei mesi dalla comunicazione della sentenza. Tuttavia, si tratta di impostazione che pur se coerente col sistema in caso di sentenza non più soggetta ad impugnazione (apparendo peraltro più corretta l'applicazione analogica, in mancanza di norma ad hoc, di quanto previsto dall'art. 367, comma 2, cod. proc. civ.) non va condivisa nel caso di sentenza, del giudice ordinario od amministrativo, declinatoria della giurisdizione, ma soggetta ad impugnazione; in tale eventualità, la decorrenza del termine per la riproposizione della domanda davanti al giudice del diverso plesso giurisdizionale va fissata nel momento del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa del difetto di giurisdizione. Tale opzione interpretativa è coerente con i criteri di raccordo tra le giurisdizioni, tanto da essere fatta propria dal legislatore con l'art. 59 del L. n. 69 del 2009». La medesima statuizione osserva che: «l'art. 50 c.p.c., prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 104/2010 (che all'art. 11 ha disciplinato l'istituto della "translatio judicii"), era pienamente applicabile al processo amministrativo ed in conseguenza la riassunzione del processo innanzi al giudice cui era stata riconosciuta la giurisdizione doveva avvenire, a pena d'inammissibilità, entro il temine determinato dal giudice che si era dichiarato incompetente o, in mancanza di tale fissazione, nel termine di 6 mesi (poi modificato in 3 mesi dall'art. 45, comma 6, L. 18 giugno 2009, n. 69) decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della decisione».

[163] T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, Ord. 26 ottobre 2020, n. 983.

[164] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9170.

[165] Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9170. V. CARBONE, *Osservatorio - Corte di Cassazione – Sezioni Unite e Sezioni Semplici – Conflitto negativo di giurisdizione*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 427.

ISSN 2036-7821

Ciò premesso, «l'art. 11, comma 3, c.p.a., che consente al giudice amministrativo, davanti al quale la causa sia stata tempestivamente riproposta a seguito di una precedente declinatoria di giurisdizione del giudice ordinario, di sollevare anche d'ufficio, "alla prima udienza", il conflitto di giurisdizione, deve essere inteso nel senso che il limite temporale, oltre cui quel giudice non può sollevare il conflitto suddetto, è costituito dall'udienza di discussione che, fissata ai sensi dell'art. 71 c.p.a., dà luogo alla reale trattazione e decisione della causa, intendendo il legislatore, con tale barriera, evitare che la questione di giurisdizione si trascini oltre la soglia di ingresso del giudizio. Ciò posto, nell'ipotesi in cui il conflitto di giurisdizione venga sollevato oltre il detto termine, in ragione del tardivo esercizio del potere, deve ritenersi consolidata la giurisdizione del giudice amministrativo e deve essere dichiarato inammissibile il conflitto di giurisdizione sollevato»[166]. Pertanto, va ritenuto inammissibile, per tardività, il conflitto di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo solo all'esito di una seconda udienza, anche se, con ordinanza riservata, pronunciata a seguito dell'udienza di discussione in origine fissata, il medesimo giudice aveva rilevato la non riconducibilità alla giurisdizione amministrativa della domanda proposta[167]. Laddove, «in tema di conflitto negativo di giurisdizione sollevato dal giudice amministrativo, ai fini della verifica della tempestività del rilievo, risulta irrilevante l'emissione di un'ordinanza ai sensi dell'art. 73, comma 3, del D.Lgs. n. 104 del 2010, trattandosi di un atto, processualmente "neutro", che non comporta la consumazione del relativo potere, sicché lo scioglimento solo cronologicamente successivo della riserva, ed il deposito dell'ordinanza con cui il giudice ha esercitato il potere di conflitto, restano parte della prima udienza di cui esauriscono la trattazione»[168].

Valga, infine, l'ulteriore puntualizzazione per cui, «nel processo amministrativo, a seguito dello scioglimento della riserva assunta all'esito della prima udienza, il giudice amministrativo può sollevare conflitto di giurisdizione, nonostante nel riservarsi non abbia manifestato alle parti l'intenzione di pronunciarsi al riguardo, esternando dubbi in proposito, né abbia indicato la questione di giurisdizione, dandone atto a verbale, ex art. 73, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, atteso che tale modalità temporale risulta conforme all'art. 11, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010, interpretato alla luce dei principi del giusto processo, ex artt. 2 del D.Lgs. n. 104/2010 e 111 Cost., essendo comunque garantita la finalità, da un lato, di evitare alle parti del giudizio riproposto ogni inutile dispendio di attività processuale e,

[166] Cass. civ., sez. un., Ord. 28 ottobre 2020, n. 23749.
[167] Cass. civ., sez. un., Ord. n. 23749/2020 cit.
[168] Cass. civ., sez. un., Ord. 14 marzo 2022, n. 8187 (rv. 664218-01).

ISSN 2036-7821

dall'altro, di onerare il giudice amministrativo "ad quem" di evidenziare immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso»[169].

4.2. … e rapporti con il 'regolamento preventivo'.

Ciò premesso, venendo all'istituto del 'regolamento preventivo di giurisdizione' quale sistematicamente collocantesi come evenienza ulteriore rispetto a quelle del perfezionarsi di un 'giudicato implicito' e dell'apertura di un conflitto negativo di giurisdizione a seguito di *translatio*, l'art. 11 cit. non contiene alcun riferimento; diversamente l'art. 59 cit., che però si presta a differenti conclusioni interpretative laddove, nella parte finale del comma 3, reca il seguente inciso: «restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione».

Così, per un verso, si potrebbe obiettare in termini di una sostanziale irrilevanza della disposizione, stante la difficoltà ad enuclearne un utile significato. Per altro verso, vi si potrebbe rinvenire l'occasione per ripensare l'ambito applicativo dell'istituto: nel senso di una sua estensione.

Se non che, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno recisamente esclusa la proponibilità del regolamento preventivo, una volta intervenuta la prima sentenza con la quale si è declinata la giurisdizione con conseguente prosecuzione del giudizio nanti il giudice dichiarato munito di giurisdizione[170]. La motivazione di tale esito è articolata.

Innanzitutto, «la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio». Quanto riflette certa presa di posizione anche sul piano terminologico: dal momento che si è escluso che alla vicenda di *translatio* in esame possa corrispondere una 'riproposizione' di (distinto) giudizio[171].

Peraltro, la Suprema Corte ha ritenuto di corroborare il proprio orientamento con la seguente argomentazione: la regola per cui il rimedio per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione, è proponibile finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado «è rimasta ferma anche a seguito dell'entrata in vigore della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59, che ha disciplinato la *translatio iudicii*, risultandone anzi da quest'ultima rafforzata, sia perché le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione sono rimaste immutate in

---

[169] Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2022, n. 2366, in linea con Cass., sez. un., Ord. 29 ottobre 2020, n. 23904 (rv. 659165-01).

[170] A partire da 8 febbraio 2010, n. 2716.

[171] G. FERRARI e L. TARANTINO, *Contenuto dell'atto di riproposizione a seguito di* translatio judicii, in *Urb. app.*, 2015, p. 234; F. CARINGELLA e M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2012, p. 197 s. A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano, 1981.

ISSN 2036-7821

virtù del comma 3, ultima parte, del suddetto art. 59, sia perché anche nel nuovo sistema processuale, in materia di giurisdizione il legislatore ha inteso conservare la natura non impugnatoria del rimedio del regolamento preventivo, la cui funzione continua ad essere … quella di prevenire decisioni impugnabili o possibili conflitti reali di giurisdizione, e quindi, quella di soddisfare un'esigenza di rispetto della compresenza nell'ordinamento di ordini giudiziali distinti»[172].

Tale posizione ha conosciuto una costante riaffermazione e, da ultimo, è stata così sintetizzata: «in seguito a diniego di giurisdizione da parte del giudice ordinario adìto per primo, se la riassunzione è tempestiva e se al giudice amministrativo viene proposta la medesima domanda, si determina una unitarietà della causa che preclude alle parti di metterla in discussione sotto il profilo della giurisdizione con la proposizione di un regolamento preventivo, avendo esse già esaurito il relativo potere; ne consegue che il giudice amministrativo "ad quem", se si ritenga, a sua volta, privo di giurisdizione, può tempestivamente sollevare il relativo conflitto negativo, ai sensi dell'art. 11, comma 3, c.p.a., con la decisione presa all'esito della prima udienza di trattazione, di cui essa costituisce ontologicamente la prosecuzione e la conclusione, sebbene il conflitto sia sollevato senza previa esternazione di dubbi sulla questione e senza una espressa riserva pertinente, giacché tale omissione non lede il diritto di difesa delle parti»[173].

Tornando al rigore della Cassazione in punto di esperibilità del 'regolamento preventivo', ragioni di completezza espositiva impongono di dar conto di due mitigazioni.

Così, innanzitutto, la menzionata preclusione si deve ritenere valga solo per le parti che abbiano partecipato al giudizio nanti il giudice originariamente adito; ma non per coloro che per la prima volta siano stati posti in condizione di proporre il 'regolamento preventivo' dopo essere diventati parti del giudizio a seguito della *translatio*: è il caso dei controinteressati pretermessi. D'altronde, la stessa Cassazione si è espressa nel senso che la soluzione restrittiva non valga ogniqualvolta operi una autentica riproposizione del giudizio, evidentemente da accertare caso per caso: es., in base al contenuto dell'atto introduttivo del giudizio[174].

---

[172] Cass., sez. un., n. 2716/2010 cit.

[173] Cass. civ., sez. un., Ord. 17 giugno 2021, n. 17329 (rv. 661540-01). Cfr. pure Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7308 secondo cui, «quando vi è stata una riassunzione di un giudizio, si deve considerare che stia proseguendo proprio il giudizio che a suo tempo era stato instaurato innanzi al primo giudice che poi è risultato essere carente di giurisdizione».

[174] Così, Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2011, n. 6016. Cass. civ., sez. un., 20 luglio 2011, n. 15868 che si riferisce ad un ricorso diverso ed autonomo rispetto a quello proposto nanti il primo giudice, ed alla mancanza di un provvedimento di declinatoria da parte del medesimo. Cfr. pure F. GODIO, *Declinatoria di giurisdizione, riproposizione e riassunzione: ulteriori chiarimenti dalle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 837.

ISSN 2036-7821

In secondo luogo, una mitigazione della regola dovrebbe ammettersi in corrispondenza del determinarsi di una situazione di 'stallo processuale' (benché tendenzialmente recessiva alla luce della vigente disciplina sulla *translatio* e le relative implicazioni): quando, in presenza della seconda declaratoria di difetto di giurisdizione, in ossequio al principio di effettività della tutela giurisdizionale, si tratti di evitare che la giurisdizione venga declinata indeterminatamente, innescando un circuito perverso, con sostanziale paralisi dello strumentario di giustizia[175].

4.3. Contributo di dogmatica.

Risulta pacifica l'inammissibilità del 'regolamento preventivo', stante la sua improponibilità *ab origine*, per avere il giudice di primo grado emesso, ancor prima della notifica del relativo ricorso all'altra parte, una sentenza declinatoria della giurisdizione. Così che tale inammissibilità va dichiarata in via preliminare rispetto: sia a quella per sopravvenuta carenza d'interesse (quando, successivamente al suo promovimento e nelle more del relativo procedimento in Cassazione, il giudice di merito abbia, nel relativo giudizio non sospeso, pronunciato sentenza di primo grado); sia all'improcedibilità per essersi pronunciate, le Sezioni Unite della Cassazione, sul ricorso ordinario promosso ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 1, c.p.c. avverso la sentenza del giudice di merito[176]. Ciò premesso, fra le questioni rimaste controverse, nonostante il contributo giurisprudenziale, di almeno quattro pare doversi dar conto, anche perché correlate.

Innanzitutto, una volta notificato alle altre parti il ricorso in Cassazione per 'regolamento preventivo di giurisdizione', e depositatane una copia presso la cancelleria del giudice nanti il quale pende la causa; quest'ultimo, sospende il processo, quando non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, qualora le contestazioni mosse nel 'regolamento preventivo' siano ritenute idonee a porre in discussione la propria giurisdizione)[177].

Se non che, alla luce di quanto esposto in punto di uniformazione degli strumentari di tutela a disposizione dei diversi giudici (ordinario e speciali), non parrebbe azzardato di concludere che il giudice originariamente adito: nel decidere di non

[175] Cass. civ., sez. un., 10 marzo 2011, n. 5681. Cfr. pure Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2011, n. 14460 che ammette la conversione del regolamento preventivo di giurisdizione in ricorso per conflitto negativo di giurisdizione onde scongiurare il rischio che 'si ritenga privo di giurisdizione declinandola in favore di un ulteriore giudice, così allontanando nel tempo la cognizione del merito della controversia e la risposta dell'ordinamento alla richiesta delle parti di tutela giurisdizionale'.

[176] Cass., sez. un., 9 dicembre 2008, n. 28874.

[177] In forza del 'combinato disposto' dell'art. 41 c.p.c. e dell'art. 367 c.p.c. Cons. Stato, sez. III, 22 febbraio 2023, n. 1790.

ISSN 2036-7821

sospendere il processo, valutando l'istanza come manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione manifestamente infondata (in altri termini, ritenendo le contestazioni mosse nel regolamento inidonee a porre in discussione la propria giurisdizione); sia legittimato a tener conto della circostanza per cui, in relazione al concreto atteggiarsi della controversia, l'assegnazione ad altro giudice non determinerebbe alcun significativo pregiudizio all'effettività della tutela (sul duplice versante della cognizione e dei poteri decisori). In altri termini, la decisione di non sospendere il processo potrebbe giustificarsi anche nella misura in cui si valuti la sostanziale insussistenza di condizioni, onde conseguire maggior 'adeguatezza' della risposta di giustizia, individuando un giudice di altro ordine (in tal senso, spunti orientativi paiono offerti da quanto esposto nel par. 3.4.)[178].

In secondo luogo, ci si riferisce alla questione dell'ammissibilità del 'regolamento preventivo di giurisdizione' allorché, successivamente al suo promovimento e nelle more del relativo procedimento in Cassazione, il giudice di merito abbia (nel relativo giudizio non sospeso) pronunciato sentenza di primo grado. L'orientamento più recente (come anticipato) parrebbe nel senso dell'inammissibilità del ricorso per regolamento, in ragione di una sopravvenuta carenza d'interesse[179]. Peraltro, occorre dare conto di quel diverso avviso per cui non assume effetto preclusivo, rispetto alla decisione sul 'regolamento preventivo di giurisdizione' anteriormente proposto, la pronuncia di sentenze (anche sulla giurisdizione) da parte del giudice di merito il quale (sulla base di delibazione circa la fondatezza della questione di giurisdizione) abbia disposto la prosecuzione del giudizio. Ciò, in quanto gli atti ed i provvedimenti adottati nelle more della decisione sul regolamento sarebbero destinati a subire gli effetti dell'eventuale accertamento negativo della giurisdizione implicitamente od espressamente risolta dal giudice *a quo*.[180]

Questione ulteriore attiene al coordinamento fra la decisione nel merito assunta in sede di giudizio non sospeso e quella sulla giurisdizione formatasi, in occasione del 'regolamento preventivo', a cura delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Infatti, gli è che le argomentazioni, (quando) addotte dagli opposti schieramenti, non paiono soddisfacenti.

Secondo l'opinione più accreditata in giurisprudenza, alla sentenza di primo grado, pronunciata in pendenza di giudizio sul regolamento di giurisdizione, andrebbe riconosciuta efficacia condizionata: dal momento che una eventuale statuizione della Cassazione di segno contrario, rispetto alla decisione assunta dal giudice di merito,

[178] Per una trattazione del tema, può rinviarsi a P. COTZA, *Rilievo processuale del difetto di giurisdizione e correlato 'regolamento preventivo' nel processo amministrativo*, di prossima pubblicazione, ove a quella stessa conclusione si ritiene di pervenire nel par. 3.5.

[179] Nel senso: Cass., sez. un., 13 marzo 2009, n. 6057.

[180] Cass., sez. un., 18 dicembre 1997, n. 12830.

ISSN 2036-7821

renderebbe nulla quest'ultima, privandola di effetto[181]. Si ritiene persino che tale pronuncia sia dotata di un'efficacia definitiva 'panprocessuale' (tale da renderla operante anche in altri processi)[182].

Di diverso avviso quanti reputano che la decisione della Cassazione, pronunciata dietro regolamento di giurisdizione, sia inidonea a travolgere (così privando di effetto) la sentenza pronunciata dal giudice di merito nel processo non sospeso[183].

Onde tentar (se non di sciogliere il nodo gordiano, quantomeno) di fornire certo criterio di riflessione, pare doversi muovere dai pertinenti principi, onde svolgere un discorso di 'complementarizzazione'. Ci si riferisce, *in primis*, a: quello sulla definizione della giurisdizione, rappresentato dal 'giudice naturale precostituito per legge'; quello cui è improntato l'istituto del regolamento preventivo di giurisdizione, rappresentato dal 'giusto processo' come tradotto in termini di sollecita definizione del giudizio; quello di divieto dell''abuso del processo'. In tale contesto, va inquadrata la disposizione che vuole che il giudice, davanti al quale pende la causa, debba sospendere il giudizio qualora non ritenga l'istanza manifestamente inammissibile o la contestazione manifestamente infondata. Se ne dovrebbe inferire che:

eccezion fatta per l'ipotesi in cui il giudice di merito ravvisi una manifesta insussistenza circa la fondatezza del dubbio sulla giurisdizione eppertanto, una presumibile violazione del divieto di abuso dei mezzi processuali, a fronte della quale al relativo principio deve senz'altro riconoscersi 'sovraordinazione gerarchica' rispetto a quello (della sollecita definizione) del 'giusto processo'[184];

il 'regolamento preventivo di giurisdizione' sia stato 'pensato' come espressione di 'confinazione' (derogatoria), rispetto all'anzidetto rapporto di forza fra i principi in esame.

In altri termini, l'istituto sarebbe: come vicenda processuale, destinato (di regola), una volta compulsato, a giungere ad epilogo senza interferenze; quanto agli effetti del relativo esito, prevalente. Con riguardo a quest'ultimo profilo, peraltro, la conclusione sarebbe avvalorata: non tanto perché si tratta di pronuncia promanante dall'autorità giurisdizionale preposta a decidere, in ultima istanza, sulle questioni di

[181] Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905.

[182] Cass., sez. un., 27 novembre 2000, n. 1210. Cfr. pure art. 59, comma 1, L. n. 69/2009.

[183] G. BALENA, in *Manuale di diritto amministrativo* (a cura di E. Casetta), Milano, 2008.

[184] A quel punto:

onde precludere la prosecuzione del giudizio di primo grado, colui il quale ha promosso ricorso per regolamento di giurisdizione dovrà impugnare in appello (nanti il Consiglio di Stato) quella statuizione reputata erronea;

a sua volta il giudice di secondo grado che ritenga fondata la doglianza della parte che lo ha adito, rinvierà la causa al giudice di prime cure per la sospensione ex art. 367 c.p.c. (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, n. 5657/2009).

ISSN 2036-7821

giurisdizione[185]; bensì, perché (nella medesima ottica di economia processuale) verosimilmente quell'autorità è destinata a confermare la propria posizione nell'ipotesi in cui, accedendo all'orientamento che vorrebbe quell'esito recessivo rispetto alla pronuncia del giudice di merito, quest'ultima fosse impugnata, così portando la questione di giurisdizione, per le vie ordinarie, nanti il giudice d'appello e (in ultimo) la Cassazione. Dunque, in questa seconda ipotesi, si determinerebbe un radicale sacrificio, del principio del 'giusto processo': opinabile in quanto, nell'economia complessiva, contrastante con l''oggettivante' logica operazionale dei 'costi/benefici' (portato del 'razionalismo critico') quale criterio selettivo più accreditato sul piano epistemologico quando si tratti di confrontare 'teorie rivali'[186]. In quest'ottica, riprendendo quel che si è anticipato a proposito dell'orientamento reputato più plausibile, andrebbe letta quella giurisprudenza secondo la quale il dovere delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, quanto alla pronuncia sulla proposta questione di giurisdizione, non trova ostacolo: né nella sentenza del giudice di primo grado che contenga (od implichi) una decisione anche in ordine alla giurisdizione; né nella circostanza che, a seguito di tale sentenza, non impugnata, si sia formato il giudicato sulle questioni decise. Infatti, la sentenza emessa nel giudizio pendente dovrebbe considerarsi (per l'appunto) condizionata: nel senso che, ove la decisione della Cassazione risultasse di segno contrario rispetto a quanto ritenuto (foss'anche per implicazione) dal giudice di merito, la pronuncia di quest'ultimo (sulla giurisdizione come sulle questioni logicamente successive alla definizione della prima) risulterebbe priva di effetto. A nulla rileverebbe che quella sentenza non sia stata impugnata: atteso che imporre alla parte d'impugnarla solo per conservare il diritto alla decisione sulla questione di giurisdizione, comporterebbe di fondare la disciplina del regolamento su di un uso strumentale dell'impugnazione[187].

Se non che, a tal punto, benché paia condivisibile il criterio selettivo, si pone un duplice problema ulteriore, stavolta alla luce del principio del 'giudice naturale precostituito per legge': innanzitutto, dal momento che quanto testé esposto presuppone che la questione di giurisdizione (ormai superata la teoria della prospettazione) sia senz'altro risolvibile sul piano delle valutazioni di pura

[185] F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 2163 s., segn. p. 2164.

[186] 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.

[187] Cass., sez. un., 17 dicembre 1999, n. 905; Ord. 23 maggio 2005, n. 10703.

ISSN 2036-7821

legittimità; il che pare poco plausibile alla luce del contributo fornito dalla teoria del 'circolo ermeneutico' quanto all'indissociabilità tra fatto e diritto quale imprescindibile argine al dilagare delle precomprensioni[188]. In secondo luogo (e

[188] L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 274 s., segn. p. 290.

Peraltro, si è progressivamente infoltita la schiera di quanti propendono a favore di uno schema non lineare (sul presupposto di un significato oggettivo, preesistente cui l'interprete avrebbe accesso: M.S. GIANNINI, *L'interpretazione*, cit. - di cui dà conto F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2000, p. 1045 ss., segn. pp. 1046 e 1053 ss. -; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* -dir. da Cicu-Messineo-, Milano, Giuffrè, 1980), bensì circolare (respinge recisamente l'assunto di un significato oggettivo, preesistente che l'interprete sarebbe chiamato a svelare, E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. econ.*, 1998, p. 503 ss., segn. p. 505) per via di un "dialogo coerente", nella consapevolezza del reciproco condizionamento (anche in termini di "precomprensione" del giurista") fra la disposizione normativa ed il contesto in cui trova applicazione, dal quale non può artificiosamente dissociarsi (GALETTA, *Violazione*, cit., p. 95). All'uopo, per i relativi riferimenti, sia consentito di rinviare a P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica (contributo metodologico)*, Napoli, Jovene, 2007, par. 1.6. Sulla difficoltà ad operare una separazione fra valutazioni dell'interesse pubblico e completamento od integrazione della norma da applicare: M. LIPARI, *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la legge 205/2000 (le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza)*, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 55 ss., segn. p. 106 ss.; nonché P.M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi*, cit., p. 293 ss.).

Attualmente il problema ermeneutico non è più inteso solo come di analisi delle condizioni di validità dei processi conoscitivi delle "scienze dello spirito", e l'ermeneutica non si definisce più soltanto come arte dell'interpretazione, complesso di regole tecniche che guidano alla comprensione di espressioni di vita fissate nella scrittura. Essa si spinge oltre, per "scoprire le condizioni propriamente ontologiche del comprendere": prioritaria non è più la domanda "come si conosce", quali sono le regole metodologiche del sapere ermeneutico, ma la domanda (più radicale) "quali sono le condizioni (*a priori*) di possibilità della comprensione". Alla filosofia ermeneutica ed all'ermeneutica generale, spintesi al di là dell'obiettivo di costituirsi in sapere scientifico, si devono: tanto la scoperta che le condizioni ontologiche del comprendere non sono tutte riconducibili nell'ambito di un "procedimento" o di un metodo, quanto la ritrascrizione del circolo ermeneutico (non più fra "parti" e "tutto", bensì) tra la "precomprensione" (anticipazione precognitiva) che l'interprete già possiede del senso della "cosa" (nella circostanza, il testo normativo) e quest'ultima.

All'uopo, può rinviarsi, rispettivamente, a: M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, tr. it. Torino, 1969; nonché F. SCHLEIERMACHER, *Etica ed ermeneutica*, tr. it. Napoli, 1985 e H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, tr. it. Milano, 1988 - sul cui pensiero si sofferma G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza -i fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer-*, Milano, 1984 -.

Occorre prendere atto che la conoscenza, intesa come evento, quale ne sia la forma (spiegazione causale per le scienze naturali, comprensione -a seguito d'interpretazione- per le scienze dell'uomo), è preceduta e determinata costantemente dalle "progettazioni di senso" discendenti, se non dalla "soggettività", dalla partecipazione dell'individuo ad un "senso comune" fatto di giudizi e concetti che, rappresentandone il suo "habitat sociale", profondamente lo influenzano. La sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a spezzare "il cerchio delle proprie private presupposizioni".

L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 19: «Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi non giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il senso». L'"analitica esistenziale", riconoscendo a tali progettazioni un "carattere ontologico originario della vita umana stessa" (GADAMER, *Verità…*, pp. 265 e 307), le compendia con il sintagma "comprensione originaria" o "precomprensione", a significare che su tale elemento costitutivo dell'esistenza umana (modo di essere

ISSN 2036-7821

correlativamente), va osservato che la valutazione della Cassazione in sede di 'regolamento' patisce di certa carenza nell'istruzione della controversia perché non ha 'alle spalle' due (definiti) gradi di giudizio; infatti, il Legislatore ha previsto che la suprema Corte, in quella sede, si pronunci (non con sentenza, ma) con ordinanza emessa in camera di consiglio[189].

Alla luce degli indicati *pro* e *contra* va dunque valutato lo specifico problema di coordinamento fra pronunce per cui, di regola, l'iniziativa di demandare alla Cassazione la questione di giurisdizione per via di regolamento preventivo andrebbe esperita: non solo quando la domanda non paia manifestamente inammissibile o la contestazione-dubbio non siano manifestamente infondati; ma altresì, quando si reputi che la trattazione della causa abbia raggiunto un livello tale da definire stabilmente il rapporto di simbiosi tra fatto e diritto.

L'ultima questione muove dal pacifico orientamento (già esposto in rassegna) per cui la tempestiva riassunzione del processo davanti al giudice indicato non costituisce un nuovo ed autonomo procedimento, ma la naturale prosecuzione dell'unico giudizio». Si è infatti constatato che a ciò non pare corrispondere piena coerenza d'implicazioni circa lo strumento da adottare onde compulsare il seguito giudiziale (quanto riflette certa presa di posizione anche sul piano terminologico): in particolare, se sia da escludere senz'altro che alla vicenda di *translatio* in esame possa corrispondere un atto di 'riproposizione' (in quanto reputato intrinseco ad un distinto giudizio).

Se non che, all'uopo può tornar utile di muovere da certa Giurisprudenza della Suprema Corte, per cui la parte può provvedere alla riassunzione, anziché con

---

dell'"esserci"), avente appunto la struttura del progetto, si fonda (esistenzialmente), al pari dello "spiegare", la comprensione "come risultato dell'interpretazione" (MENGONI, *Ermeneutica*..., p. 3: «Corrispondentemente l'ermeneutica nel senso di "metodologia delle scienze storiche dello spirito" è un modo derivato dell'ermeneutica nel senso primario (ontologico) di "fenomenologia dell'Esserci". Questo significato "primario" è sotteso all'affermazione che "l'interpretazione si fonda esistenzialmente sulla comprensione e non nasce quindi questa da quella"»). In base alla propria "precomprensione", l'interprete interroga la "cosa"; ma solo se la domanda è adeguata la "cosa si lascia comprendere" (cioè, fornisce una risposta appropriata). Altrimenti la domanda torna all'interprete senza una risposta positiva, purtuttavia accrescendo la "precomprensione", di modo che il primo sarà in grado di rivolgere alla "cosa" una domanda più adeguata. L'interpretazione, pertanto, consiste in (ed opera mediante) un circolo di domande e risposte sempre più adeguate, che, producendo un *dialogo coerente* con la "cosa", ne consente, in ultimo, una comprensione autentica.

Cfr. pure M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, pp. 244-246: «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».

[189] Ai sensi dell'art. 375 c.p.c.

ISSN 2036-7821

'comparsa', con 'citazione' ad udienza fissa, purché la stessa possieda tutti i requisiti formali previsti dall'art. 125 disp. att. c.p.c., indispensabili per il raggiungimento dello scopo[190]. In quest'ottica, seguendo l'esempio del processo civile, non dovrebbero frapporsi pregiudiziali all'adozione della forma della 'citazione' ad udienza fissa, dal momento che: pur osservando tutti i requisiti della 'comparsa' *ex art.* 125 disp. att. c.p.c.; senza apportare alterazione alcuna alla domanda; la prima potrebbe consentire di operare una organica sintesi (in punto di fatto e di diritto) degli scritti difensivi resi (almeno nell'interesse della parte che ha promosso la riassunzione), in occasione del giudizio radicato nella sede originaria. Con l'effetto di una 'soluzione' utile, a tutti gli altri soggetti del giudizio riassunto (giudice e controparti), onde consentire uno svolgimento il più possibile improntato a chiarezza e celerità. Tantopiù alla luce della *ratio* della 'riforma Cartabia' (D.Lgs. 10 Ottobre 2022, n. 149 e s.m.i.) e delle sue implicazioni, con particolare riguardo:

al dovere, posto a carico della parte convenuta, di prendere posizione, in modo chiaro e specifico, sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda (art. 167 c.p.c. così modificato);

alla circostanza per cui, se è vero che comunque la riassunzione non determina la rimessione in termini rispetto alle preclusioni e decadenze già maturate (non valendo a ricondurre la vicenda processuale ad una fase anteriore a quella già svoltasi); è consentito, tramite l'atto riassuntivo, di modificare le domande formulate precedentemente (pur non potendo aggiungerne di nuove)[191].

[190] Cass. civ., Sez. V, 17 febbraio 2017, n. 4247; Cass. civ., Sez. II, 30 luglio 2018, n. 20068.
[191] Tribunale Roma, Sez. VI, 3 ottobre 2022, n. 14573.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Harmonizing EU Tax Policy: The Implementation and Impact of Art. 9, 9 b ATAD and DAC 6 on combating Tax Avoidance and Enhancing Transparency with regard of the German and Austrian legal order. Future European prospectives

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore a tempo determinato presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

Sommario

1. Introduction and aims of the article - 2. Background – 2.1. Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) – 2.2. Directive on Administrative Cooperation (DAC) - 3. Definition of Aggressive Tax Planning – 3.1. Implementation into National Law - 4. Legal Policy Background – 4.1. The Genesis of Article 9 of the ATAD – 4.2. Combatting Hybrid Mismatches under ATAD - 4.2.1. The Concept of Hybrid Mismatches as Defined in Article 2 Paragraph 9 of ATAD – 4.3. Detailed Provisions for Combatting Hybrid Mismatches - 4.3.1. Combatting Double Deduction Outcomes in connection with Hybrid Entities – 4.3.2. Combatting Imported Hybrid Mismatches – 4.3.3. The fight against DD (Double Deduction) outcomes in the context of dual-resident entities - 5. The implementation of art. 9 Atad with regard of the German legal order in view of DD(Double deductions) – 5.1. Double Deduction, § 4k (4) EStG (Income Tax Act) – 5.2. Implementation of DAC 6 in Germany - 6. A comparative overview to the Austrian legal order – 6.1. § 14 KStG - Implementation of ATAD in National Law – 6.2. Requirements for Hybrid Mismatches – 6.3. Double Deduction and Neutralization Measures – 6.4. Application and Interpretation of the EU Mandatory Disclosure Rules - 7. Conclusions.

Abstract

The European Union's efforts to combat tax avoidance and enhance tax transparency through the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Directive on Administrative Cooperation (DAC), notably DAC 6, aim to unify tax policies and tackle BEPS issues. These initiatives introduce measures such as the General Anti-Avoidance Rule (GAAR) and Specific Anti-Avoidance Rules (SAARs), alongside mandates for disclosing aggressive tax planning schemes, to address and mitigate tax avoidance. In order to address tax mismatches caused by hybrid elements, Articles 9 and 9b of ATAD 2 require member states to take certain measures. These measures include preventing certain deductible payments from escaping taxation in the hands of the recipient and avoiding double deductions for expenses without corresponding taxable income. Germany and Austria exemplify how EU member states have adapted their national laws to align with these directives, focusing on hybrid mismatches and reporting obligations with particular regard of DD for cross-border arrangements to prevent tax avoidance. Despite progress, challenges in standardizing the application of these directives across the EU persist, primarily due to the flexibility in implementation and the complex diversity of member states' tax systems. This has led to varied implementation success and underscores the need for further harmonization and clarity in EU tax policy. The interaction between national laws and EU directives reflects the ongoing effort to balance national tax autonomy with collective EU tax reforms. As the EU continues to refine and integrate these directives into national legislation, it strives to develop a transparent, fair, and efficient tax system that reduces avoidance opportunities while respecting member states' sovereignty. The ATAD and DAC 6 represent significant steps toward a more cohesive and transparent tax framework in the EU, offering a roadmap for future tax policy and administration efforts aimed at minimizing tax avoidance and enhancing transparency across member states.

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

ISSN 2036-7821

1. Introduction and aims of the article.

The European Union has rolled out the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Directive on Administrative Cooperation (DAC)[1] as fundamental measures to boost tax fairness and transparency, aiming at the global challenge posed by Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). These measures strive to create a uniform approach to tax policies across EU states by addressing practices that lead to tax avoidance and evasion. With the introduction of both General Anti-Avoidance Rule (GAAR) and Specific Anti-Avoidance Rules (SAARs), the ATAD mandates updates in national legislation to meet new standards. Despite strides towards a unified approach, divergences in how these directives are applied stem from the leeway member states possess, compounded by the varied and complex nature of their tax regimes.Alongside, the development of DAC, particularly the latest DAC 6 amendment, signals the EU's commitment to fostering administrative cooperation and sharing information about tax arrangements with the potential to circumvent tax duties. The requirement for intermediaries to disclose certain tax schemes represents a leap towards transparency, yet its deployment has shown unevenness across member states, highlighting the difficulty of achieving a standardized application. The interaction of ATAD and DAC within the legislative environments of Austria and Germany provides an insightful context for delving into how EU tax directives integrate with national laws. Both nations have initiated substantial legal reforms to align with ATAD and DAC, focusing on tackling hybrid mismatches, establishing reporting obligations, and curbing tax avoidance mechanisms, especially with regard of DD outcomes attributable to the dual residency of the payor. Nevertheless, putting these directives into practice raises intricate questions about their impact, the balance between national tax autonomy and EU-wide harmonization efforts, and the effect on tax planning and corporate taxation across the EU.

Specifically the article analyzes implementation of Article 9 of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) concerning double deductions within the German legal framework, specifically referring to § 4k (4) of the German Income Tax Act (EStG). This provision aims to prevent the double deduction of business expenses, particularly in cross-border scenarios, by stipulating that expenses cannot be deducted in Germany if they are also considered for deduction in another state. Exceptions apply if the expenses are offset by revenues subject to taxation in both Germany and the other state, or in cases where double taxation is avoided through foreign tax credits. The complexity of the rule-exception relationship in § 4k (4) EStG addresses the challenges in aligning national law with ATAD's provisions against

[1] G. Capristano Cardoso, *Balancing Tax Transparency and Tax Certainty: Reporting Obligations forUnilateral Safe Harbours Under DAC 6*, Intertax (2021).

ISSN 2036-7821

aggressive tax planning strategies involving hybrid mismatches and double deductions. Furthermore, the adaptation of DAC 6 into German law through the Act on the Obligation to Report Cross-Border Tax Arrangements is highlighted. This law mandates the reporting of potentially aggressive tax planning arrangements, defining the responsibilities of intermediaries and taxpayers in disclosing these arrangements to tax authorities. The short reporting period and potential penalties for non-compliance emphasize the strict approach Germany takes towards enhancing tax transparency and compliance.

A comparative overview with the Austrian legal order reveals similar efforts in implementing ATAD's measures against tax avoidance. Austria's § 14 KStG, introduced by the Tax Reform Act 2020, reflects a comprehensive approach to addressing hybrid mismatches, including double deductions, and ensuring that such discrepancies are neutralized in line with ATAD's objectives. Both Austria and Germany's efforts demonstrate the complex interplay between national tax laws and EU directives aimed at curbing tax avoidance and evasion through enhanced transparency and cooperation.[2]

Exploring Scientific Queries in the Austrian and German Legal Frameworks involves a detailed study into the alignment of ATAD's regulations on hybrid mismatches with the tax laws of Austria and Germany, unveiling the complexities involved in integrating ATAD's objectives into national legislation, with particular regard of DD outcomes. This exploration digs into the difficulties faced in the practical application of these rules. Investigating the reporting requirements of DAC 6 sheds light on the impact these obligations have on intermediaries and taxpayers in Austria and Germany. The focus of this analysis is on the obstacles encountered in enforcing these requirements, the extensive nature of the reporting duties, and the frameworks established to ensure compliance. Examining Austria's and Germany's endeavors to synchronize their tax policies with the overarching aims of ATAD and DAC reveals the complex negotiation between maintaining national tax autonomy and adhering to collective EU tax reforms. Assessing the effects of the modifications introduced by ATAD and DAC on tax planning practices in Austria and Germany anticipates future trends and the emergence of novel strategies that either comply with or circumvent these revised rules. Through an in-depth review of these relevant scientific questions concerning Austria and Germany, the intention is to provide a comprehensive understanding of the effects of ATAD and DAC on tax policy, compliance, and strategic planning throughout the European Union.

[2] O. Popa, *An Overview of ATAD Implementation in EU Member States*, European Taxation (2019).

ISSN 2036-7821

2. Background.

The ATAD1 represents a pivotal component of the European Union's response to the global Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) initiative. It signifies a significant advancement in aligning direct tax policies across EU member states, with the aim of tackling base erosion and profit shifting by introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR) and several Specific Anti-Avoidance Rules (SAARs). Member States have adjusted their national legislation to comply with the new minimum standards for combating tax avoidance, either by enacting new laws, amending existing ones, or interpreting current regulations to conform with ATAD provisions.[3] However, variations still exist in national regulations due to Member States' discretion to implement stricter anti-avoidance measures beyond what the Directive mandates, as well as the diverse options provided by it.

Over the past five decades, the EU has implemented various policy measures to enhance administrative cooperation among its members. The initial Directive on Administrative Cooperation (DAC 1), Council Directive 2011/16/EU, was introduced in 2011 to facilitate the exchange of tax information. DAC 1 has undergone several revisions, with the latest being on March 22, 2021, through Council Directive 2021/514/EU (DAC 7), which is yet to be enforced. The preceding significant amendment was DAC 6, adopted on May 25, 2018, under Council Directive 2018/288/EU, to be implemented by December 31, 2019. DAC 6 mandates intermediaries such as consultants, lawyers, or financial institutions to report specific tax arrangements to local tax authorities, who subsequently exchange this information across the EU. However, the reporting obligation extends to taxpayers in certain cases, such as when the intermediary asserts legal professional secrecy, is not an EU resident, or if no intermediary is involved in the transaction. Consequently, the enhanced disclosure requirements of DAC 6 could have extensive implications, necessitating increased reporting obligations for both individuals and corporations across various industries. Through DAC 6, Member State tax authorities gain comprehensive information on each cross-border transaction aimed at obtaining tax benefits. Early access to this information on potentially aggressive tax schemes should aid in closing loopholes not only within each Member State's tax framework but also in addressing gaps resulting from the lack of full harmonization within the EU's tax systems. However, the extent to which Member State governments will effectively utilize the data collected and exchanged under DAC 6 to prevent abusive tax practices remains uncertain.[4]

[3] W. Haslehner, K. Pantazatou, G. Kofler, A. Rust, (eds), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, 2020.

[4] Anti-Tax Avoidance Directive: Council Directive 2016/1164 of 12 July 2016 laid down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, OJ L 193/1 (19 July 2016). The Anti-

ISSN 2036-7821

2.1. Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD).

All Member States have effectively and punctually executed the ATAD in almost all its facets. The Commission plans to release a detailed report in January 2022 evaluating the transposition's thoroughness and adherence. Among the infringement actions initiated, only a few pertain to the directive's accurate implementation, which is minimal considering the directive's detailed and complex nature.

Despite frequent scholarly debates on ATAD's legality from various perspectives, its effectiveness seems secure, given the Court of Justice of the European Union's (CJEU) legal precedents. The main issues lie in aligning the implementation of ATAD's rules with the primary EU law and national constitutions of Member States, yet no legislative changes are suggested as the EU courts are expected to address these issues.

The challenge of interpreting and applying ATAD's intricate rules within national laws remains, attributed to the intrinsic uncertainties of anti-avoidance regulations and a lack of relevant case law. Pursuing legislative measures to address these uncertainties seems premature. However, guidance from the Commission on interpreting and applying these rules would be beneficial. The influence of ATAD varies significantly across Member States and among the directive's different provisions, leading to some fragmentation. Although this fragmentation is less severe than it would be without the directive's effort to minimally harmonize, considering reducing the options to unify anti-avoidance measures across Member States is advisable. The effectiveness of certain provisions, especially the CFC rule, in limiting tax planning remains under scrutiny. With the CJEU's evolving jurisprudence and the over-inclusiveness of the rules potentially causing double taxation, further studies are essential for forming conclusive opinions. The implementation and application of Art. 9, 9a, and 9b ATAD's anti-hybrid rules represent a significant challenge for the legislative bodies, tax administrations, and taxpayers of Member States. These rules are intricate and encompassing, with their complexity further compounded by the extensive definitions in Art. 2 Nr. 9 ATAD and their interaction with the main provisions in Art. 9-9b ATAD. Additionally, the ATAD leaves several terms undefined and does not address some issues, including how to handle timing mismatches. In practice, interpretations often depend on the detailed OECD BEPS Action 2 Report and its examples, introducing uncertainty since this guidance does not constitute EU law and may not align entirely with ATAD's provisions.[5]

Tax Avoidance Directive 2: Council Directive 2017/952 of 29 May 2017 amended Directive (EU) 2016/1164 regarding hybrid mismatches with third countries, OJ L144/1 (7 June 2017).

[5] W. Haslehner, K. Pantazatou, G. Kofler, A. Rust A, (eds), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, 2020.

ISSN 2036-7821

The enforcement and management of these anti-hybrid rules are particularly challenging due to the necessity of understanding tax treatments in other jurisdictions, including those outside the EU. Questions remain about whether this imposes an unreasonable burden on taxpayers who might not have access to the requisite information, and whether such obligations are consistent with the fundamental rights and freedoms of taxpayers.[6]

2.2. Directive on Administrative Cooperation (DAC).

To date, six iterations of the Directive on Administrative Cooperation have been adopted by Member States, with the most recent, DAC 6, coming into effect in July 2020. This iteration stands out as the most progressive in facilitating the disclosure and exchange of tax-related information, aiming to reduce tax evasion and avoidance. Despite being newly implemented, DAC 6 has faced significant criticism for not ensuring an even operational field throughout the EU, potentially affecting its effectiveness.

This report points out the considerable flexibility given to Member States during the directive's implementation, attributed to either the lack of clear definitions for key terms and concepts or a strategic reliance on national legislation. These factors have led to a disjointed application of DAC 6 across the EU, with variations in the interpretation and application of its scope. As a result, there is inconsistency in the information reported and exchanged among Member States, and in the requirements for disclosure, depending on the local laws in place. Nonetheless, the core objective of DAC 6 remains intact; the mandate for disclosure is likely to deter, to some extent, the creation of aggressive tax strategies by intermediaries. Although there's potential for refining the directive to address these uncertainties and legal questions, when viewed within the broader context of global efforts and previous harmonization attempts, DAC 6 can still be regarded as a positive step forward.

3. Definition of Aggressive Tax Planning.

According to DAC 6, only those arrangements that constitute aggressive tax planning are subject to reporting obligations. The Commission's recommendations on aggressive tax planning, dated December 6, 2012, define it as "exploiting the intricacies of a tax system or discrepancies between two or more tax systems to reduce tax liability." Thus, this form of tax planning is characterized by a legal

[6] W. Haslehner, K. Pantazatou, G. Kofler, A. Rust A, (eds), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, 2020; C. Panayi, W. Haslehner, E. Traversa E. (eds), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, 2020.

ISSN 2036-7821

reduction of tax liability that contradicts the intent of the legislator. The European Commission's impact assessment document on DAC 6 differentiates between aggressive and ordinary tax planning. According to this document, aggressive tax planning occurs when there is an "abuse of the tax system." If this is the case, such tax planning falls within the scope of DAC 6. In contrast, ordinary tax planning occurs when the taxpayer fully utilizes their legitimate interests and interprets the applicable tax laws of the state in which they reside in relation to their taxation matters. It should be noted that the arrangements covered by DAC 6 are generally legal but are constructed due to internationally non-harmonized tax laws. The distinction between these two forms of tax planning is extremely difficult. In the literature, aggressive tax planning is understood as the deliberate exploitation of national and international legal norms resulting in the lowest possible tax burden. While aggressive tax planning operates within the legal framework, it can result in abusive behavior.[7]

Under the teleological interpretation of the phrase "exploiting discrepancies between different tax systems," there must be an active search for tax loopholes, generally encompassing all tax planning arrangements. As mentioned earlier, DAC 6 subsequently differentiates between ordinary and aggressive tax planning. The reporting obligation is limited in that the directive covers only legal tax avoidance and illegal tax evasion. The utilization of tax benefits is not intended to be covered by the directive.[8] Purpose of the Directive DAC 6 aims at the early reporting of potentially aggressive tax planning arrangements. As a result, these arrangements are generally reported to the relevant tax authorities before their implementation. This enables tax authorities of the affected EU Member States to "act promptly against harmful tax practices and close loopholes by enacting legislation or conducting suitable risk assessments and tax audits." This indicates that the purpose of the directive is the early detection of harmful tax practices to timely develop appropriate measures against tax loopholes and market inefficiencies. To best achieve the purpose of DAC 6, implementation should be carried out through an automated exchange of information between EU Member States.

3.1 Implementation into National Law.

DAC 6 is a directive that falls under Article 288 TFEU and thus has general application. This means it is directed at all EU Member States and is binding in terms of its objective. How this implementation into national law is carried out is left to each EU Member State. The EU Mandatory Disclosure Rules have implemented DAC

[7] C. Osterloh-Konrad, *Die Steuerumgehung*, 2019.
[8] C. Panayi, W. Haslehner, E. Traversa E. (eds), *Research Handbook on European Union Taxation Law*, 2020.

ISSN 2036-7821

6 into national law, coming into force on July 1, 2020, and includes provisions on personal and material reporting obligations, the form and content of the report, the processing of information, and final provisions regulating the enforcement and effective date of the legislation. Failure to comply with the reporting obligations by the designated persons is sanctioned under § 49c of the Financial Penal Act. The EU Mandatory Disclosure Rules The aim of the EU Mandatory Disclosure Rules is to "increase transparency in the area of direct taxation" and thereby combat tax avoidance and tax evasion practices in the internal market. Both the European Commission and the national legislator have recognized the risk of eroding corporate tax bases through tax planning structures. Accordingly, the national legislator, in line with DAC 6, has set the goal to promptly close tax loopholes arising from aggressive tax planning arrangements through an international exchange of information. The national legislator followed the directive's guidelines in implementing DAC 6, which is why purely domestic arrangements are not within the scope of the EU Mandatory Disclosure Rules.

4. Legal Policy Background.

The Work of the OECD on BEPS Action 2 as a Starting Point Hybrid mismatch arrangements - as a general term for the use of hybrid financial instruments and hybrid entities - have been a focal point of tax policy discussions for some time. This is especially due to the tax advantages usually associated with these arrangements for the taxpayer, which are regularly deemed undesirable by the affected states. Thus, in cross-border situations, the differing tax treatment of hybrid arrangements in the involved states creates numerous possibilities to reduce the overall tax burden.[9] Against this backdrop, the OECD has recently addressed this issue within its project on combating Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Specifically, the outcomes of BEPS Action 2 include a set of recommendations for national tax legislatures to neutralize the effects of hybrid arrangements. Under the title "Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements," the OECD thoroughly examines those unwanted tax incongruities resulting from the interaction of different national tax laws.[10] The Final Report contains a comprehensive collection of examples of hybrid arrangements along with regulatory proposals, directly targeting national tax legislatures. The OECD's aim is to provide tax legislators with a comprehensive toolkit for combating the effects of hybrid arrangements. The proposed regulations are designed to address the unwanted tax effects arising from differing legal

[9] Vgl dazu ausführlich Mechtler, *Hybrid Mismatches mi Ertragsteuerrecht* (2017) 16 f; M. Lang, G. Kofler, J. Schuch, *Die Anti Tax avoidence Richtlinie*, p. 134 ff.

[10] M. Lang, G. Kofler, J. Schuch, *Die Anti Tax avoidence Richtlinie*, p. 133 ff

ISSN 2036-7821

assessments in various national tax systems. Such tax incongruities are intended to be neutralized by linking the tax treatment in one state with the tax treatment in another state. This results-oriented concept of the OECD is already evident in the title of the relevant OECD work, expressing the aim of neutralizing the "effects" of hybrid arrangements. However, these regulatory proposals are not binding due to the OECD's lack of sufficient democratic legitimacy to enact legally binding regulations. Therefore, they are not mandatory for implementation in the respective states. Rather, the OECD's specific regulatory proposals are merely non-binding recommendations for tax legislators at the national and Union law levels. Their actual implementation thus largely depends on the respective legal policy willingness of the tax legislators.[11]

4.1. The Genesis of Article 9 of the ATAD.

In addition to the OECD's BEPS project, significant work at the EU law level merits attention. In light of the OECD's final results presented in October 2015, the European Commission addressed the implementation of these regulatory recommendations within the EU.[12] Explicitly referencing these efforts, the European Commission targeted tax avoidance practices with direct implications for the functioning of the internal market and, among many other measures, focused on combating hybrid mismatches. The European Commission's Directive proposal[6] initially aimed at the root of hybrid mismatches[13] —the underlying qualification conflict in the involved jurisdictions—proposing the adoption of the legal classification of a hybrid instrument or entity by another state. Through this qualification linkage, the Directive sought to eliminate the hybrid mismatch itself, ensuring the deduction of the same expense only once and the taxation of payments in connection with hybrid entities or financial instruments once.The EU Anti Tax

[11] Siehe Kofler, Von BEPS (OECD) zur Anti-BEPS-RL (EU), in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler (Hrsg) Anti-BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht im Umbruch? (2017) 2 (4 ff); Hofmann/Wenzl/Zehetmayer

[12] In this sense, for instance, the directive proposal already emphasized the need to "make rapid progress in reaching an understanding on regulations for a coordinated implementation of the BEPS conclusions in the EU," since "uncoordinated actions by individual Member States pose significant risks for fragmentation of the internal market"; see Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market, COM(2016) 26 final (28.1.2016) 6; for this, see, for example, Jochimsen/Zinowsky, ISR 2016, 106 (108).

[13] The policy proposal included provisions for the deductibility of interest, taxation of departures, the switch from the exemption method to the credit method (switch-over clause), a general provision to prevent abuse, regulations for controlled foreign corporations, and a framework for combating hybrid mismatches; see policy proposal ATAD, COM(2016) 26 final (28.1.2016) 3; for an overview of the individual provisions, refer to Luka/Petutschnig, Die EU-Kommission im Kampf gegen BEPS -Das EU-Maßnahmen- paket zur Bekämpfung von Steuervermeidung, ÖStZ 2016, 358 (358 f); Kofler, Maßnahmenpaket der EU-Kommission zur Bekämpfung von Steuervermeidung, GES 2016, 11(f).

ISSN 2036-7821

Avoidance Directive (ATAD), adopted by the Council of the EU in July 2016 as a result of these efforts, also addresses the combat against hybrid mismatches. The ATAD's relevant regulations link the tax treatment of a payment to the tax treatment of the payment at another taxpayer, based on an inter-personal regulatory concept. The ATAD follows the OECD's recommendations, which propose linking the tax treatments of various taxpayers through so-called Linking Rules. The ATAD, adopted in July 2016, initially included only two succinct Linking Rules concerning the combat against the effects of hybrid mismatches in Article 9: (1) Where a hybrid arrangement leads to a double deduction, the deduction is only granted in the member state from which the payment originates. (2) Where a hybrid arrangement leads to a deduction without taxation, the member state of the payer denies the deduction of the payment.[14]The original version of the ATAD, to neutralize the undesired tax effects of hybrid mismatches, thus codified two prohibitions on deductions: In the case of a double deduction for business expenses, the deduction is only allowed in the member state from where the payment originates. The other member state denies the double deduction of the corresponding payment, insofar as the payment is also deductible in the source state. Additionally, a deduction for a payment at a taxpayer in a member state is denied if the corresponding payment is not taxed at the recipient in another member state. However, upon the adoption of the ATAD, the need for refinements and additional regulations regarding Hybrid Mismatches was evident, especially for hybrid arrangements in relation to third countries and those concerning permanent establishments. On 25 October 2016, the European Commission presented a first Directive proposal[15] to the Council for amending the ATAD as adopted in July 2016 regarding hybrid mismatches with third countries.[16] After several amendments, the ECOFIN reached a political agreement on this Directive proposal on 21 February 2017. Based on this ECOFIN draft, the ATAD amendment Directive (ATAD 2) was adopted on 29 May 2017 with

[14] Siehe Vorschlag für eine Richtlinie des Rates mit Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermei- dungspraktiken mit unmittelbaren Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts, COM (2016) 26 final (28.1.2016).

[15] Der Richtlinienvorschlag umfasste Regelungen zur Abzugsfähigkeit von Zinsen, zur Wegzugsbesteue- rung, zum Wechsel von der Freistellungs- zur Anrechnungsmethode (Switch-over-Klausel), eine al- gemeine Vorschrift zur Verhinderung von Missbrauch,Vorschriften für beherrschte ausländische Unternehmen sowie eine Rahmenregelung für das Vorgehen gegen hybride Gestaltungen; vgl Richt- linienvorschlag ATAD, COM(2016) 26 final (28.1.2016) 3; siehe für einen Überblick über die einzelnen Regelungen Bz Luka/Petutschnig, Die EU-Kommission im Kampf gegen BEPS -Das EU-Maßnahmen- paket zur Bekämpfung von Steuervermeidung, ÖStZ 2016, 358 (358 f); Kofler, Maßnahmenpaket der EU-Kommission zur Bekämpfung von Steuervermeidung, GES 2016, 11(f).

[16] Vgl ATAD, ErwGr 13: „Es ist entscheidend, dass weitere Arbeiten zu hybriden Gestaltungen zwischen Mitgliedstaaten und Drittländern sowie zu anderen hybriden Gestaltungen (z.B. solchen, die Betriebsstätten betreffen) durchgeführt werden."; S. Kirchmayr, G. Mayr, K. Hirschler, G.Kofler (Hrsg), *Anti- BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht im Umbruch?* 137 f.

ISSN 2036-7821

a unanimous vote by the Council. Therefore, when referring to the ATAD herein, it refers to its version as amended by ATAD 2. Unlike the OECD's non-binding regulatory proposals, the ATAD's regulations on combating hybrid mismatches are notably characterized by their legally binding nature. EU member states are obliged to implement the ATAD's secondary legal provisions into national law. Against this backdrop, the following contribution first provides an overview of the aforementioned Directive provisions. Subsequently, the implementing Linking Rules are analyzed in the light of EU law, before then considering their implementation in Austria and in Germany.

4.2 Combatting Hybrid Mismatches under ATAD.

4.2.1 The Concept of Hybrid Mismatches as Defined in Article 2 Paragraph 9 of ATAD.

ATAD includes in Article 2 Paragraph 9 a set of legal definitions for hybrid mismatches, which are targeted by the specific provisions in Articles 9, 9a, and 9b. Compared to its original version and the directive proposal by the European Commission underlying ATAD 2, the now adopted ATAD 2 encompasses a significantly broader concept of "hybrid mismatches."[17]The scope is not limited - as in the original version of ATAD - to situations between EU Member States but also extends to hybrid mismatches in relation to third countries. Moreover, following the OECD's proposal suggestions, a variety of hybrid mismatches related to permanent establishments, dual-resident entities, hybrid transfers, and reverse hybrid mismatches are also covered. A hybrid mismatch is defined in Article 2 Paragraph 9 Subparagraph 1 of ATAD as a situation related to a taxpayer or, in reference to Article 9 Paragraph 3, to an entity, where: a) a payment under a financial instrument results in a deduction without corresponding inclusion for tax purposes, and i. such payment is not included within a reasonable period; ii. this discrepancy is due to differences in the recognition of the instrument or the payment made under it; b) a payment to a hybrid entity results in a deduction without corresponding inclusion for tax purposes, and this discrepancy is due to differences in the allocation of payments to the hybrid entity according to the tax laws of the jurisdiction where the hybrid entity is located or registered, and of the jurisdiction of a person with an interest in this hybrid entity; c) a payment to an entity with one or more permanent

[17] Siehe Ch.Schlager, *Hybride Gestaltungen*, in Kirchmayr/Mayr/Hirschler/Kofler (Hrsg), Anti-BEPS-Richtlinie: Konzernsteuerrecht mi Umbruch? (2017), p. 12 ss; Ch. Schlager, Änderung der Anti-BEPS-Richtlinie: Neue Bestimmungen für hybride Gestaltungen, SWI 2017, 352 (352).

ISSN 2036-7821

establishments results in a deduction without corresponding inclusion for tax purposes, and this discrepancy is due to differences in the allocation of payments between the head office and a permanent establishment or between two or more permanent establishments of the same entity according to the tax laws of the jurisdiction where the entity operates; d) a payment as a result of a payment to an disregarded permanent establishment leads to a deduction without corresponding inclusion for tax purposes; e) a payment by a hybrid entity results in a deduction without corresponding inclusion for tax purposes, and this discrepancy is due to the fact that the payment is not recognized under the tax laws of the jurisdiction of the recipient; f) a deemed payment between the head office and a permanent establishment or between two or more permanent establishments leads to a deduction without corresponding inclusion for tax purposes, and this discrepancy is due to the fact that the payment is not recognized under the tax laws of the jurisdiction of the recipient; g) a double deduction occurs.

The existence of a hybrid mismatch requires, according to Article 2 Paragraph 9 Subparagraph 2 lit c ATAD, additional conditions on a personal level. Besides situations between associated enterprises, between a taxpayer and an associated enterprise, between the head office and a permanent establishment, or between two or more permanent establishments of the same enterprise, cases of hybrid mismatches that are based on a "structured arrangement" are also covered.

4.3 Detailed Provisions for Combatting Hybrid Mismatches.

4.3.1. Combatting Double Deduction Outcomes in connection with Hybrid Entities.

A hybrid mismatch can first lead to the same payment being deducted by two different taxpayers (Double Deduction, DD-outcome). Such a DD-outcome may be achieved, for example, through the use of a hybrid subsidiary that takes out a bank loan and makes deductible interest payments. From the perspective of the state of the resident parent company, the hybrid subsidiary is treated as transparent for tax purposes, and the deduction of interest payment is therefore allocated to the parent company. From the perspective of the other state, the hybrid subsidiary qualifies as an independent taxpayer, and the deduction of interest payment is thus claimed simultaneously by the subsidiary. As a result, the qualification conflict regarding the hybrid payee leads to a double deduction (DD-outcome) of the same payment by two different taxpayers. Furthermore, a DD-outcome can also occur in situations where a

ISSN 2036-7821

payment is allocated to a foreign permanent establishment.[18] In this case, the payment is deductible under the national laws of the location state of the permanent establishment. At the same time, deductibility may also exist under the unlimited tax liability in the company's state of residence if the existence of a foreign permanent establishment is denied by the state of residence. DD-outcomes in connection with dual-resident entities are targeted by a separate provision. Article 9 Paragraph 1 of ATAD prescribes the following regulation for combatting such DD-outcomes: "As far as a hybrid mismatch leads to a double deduction, a) the deduction is denied in the member state which is the tax jurisdiction of the investor; and b) if the deduction is not denied in the tax jurisdiction of the investor, the deduction in the member state, which is the tax jurisdiction of the payer, is denied. However, such a deduction may be offset against income that is doubly included for tax purposes, regardless of whether it arises in a current or a later period."

If a hybrid mismatch leads to a double deduction, according to Article 9 Paragraph 1 lit a ATAD, the deduction of the payment is denied by the state of residence of the member involved in the hybrid entity. In situations where the deduction is not denied in the tax jurisdiction of the investor, the member state that is the tax jurisdiction of the payer, according to Article 9 Paragraph 1 lit b ATAD, denies the deduction of the payment. Consequently, a double deduction of a payment is primarily prevented by a prohibition of deduction in the state of residence of the shareholder. However, if such a prohibition of deduction is absent in the state of residence of the shareholder, the member state of the paying hybrid entity is obliged to refuse the double deduction. Given the implementation obligation in the member states, the application of the restriction on deduction prescribed in Article 9 Paragraph 1 lit b ATAD in the state of establishment is only conceivable in third-country situations. Hence, if a DD-outcome occurs in relation to a third country and there is a lack of a restriction on deduction in the third country due to the absence of an implementation obligation, the respective member state denies the deductibility of the payment. However, the prohibition on deduction for DD-outcomes, as explicitly limited in the last sentence of Article 9 Paragraph 1 ATAD, only applies to the extent that the deductible payments are not offset by doubly included income (so-called dual inclusion income).[19]

[18] Vgl OECD, Action 2- Final Report (2015) 16 Rz 6; de Boer/Marres, BEPS Action :2 Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements, Intertax 2015, 14 (16 f); Schnitger/Weiss, Empfehlungen der OECD zu „Hybrid Mismatches" für die nationale Steuergesetzgebung, IStR 2014, 508 (508).

[19] P. Pistone, D. Weber D. (eds), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, 2018.

ISSN 2036-7821

4.3.2 Combatting Imported Hybrid Mismatches.

ATAD further prescribes an explicit prohibition on deductions to combat the importation of the effects of hybrid mismatches from third countries. In these scenarios, the undesired tax outcome (DD or D/NI-outcome) is transferred from a third country to an EU Member State via a non-hybrid, i.e., uniformly classified, financial instrument. Several third countries are involved in the hybrid arrangement itself, while the resultant effect is then imported into an EU Member State through a uniformly assessed instrument (so-called indirect DD or D/NI-outcomes). For instance, a deductible payment could be made from a Member State to a recipient resident in a third country through an ordinary loan. The income is taxed in the third country; however, it is subsequently offset by a deduction due to a hybrid arrangement. The hybrid arrangement occurs between two third countries, resulting in the income ultimately not being taxed (so-called indirect D/NI-outcome). The offset at the recipient resident in a third country could also be done with a deduction that is double deductible (so-called indirect DD-outcome).

To combat such indirect hybrid mismatches, Article 9 Paragraph 3 of ATAD provides the following regulation: "A Member State shall deny the deduction for a payment by a taxpayer to the extent that this payment flows directly or indirectly into deductible expenses that lead to a hybrid mismatch through a transaction or a series of transactions between associated enterprises or as part of a structured arrangement, unless one of the tax jurisdictions involved in the transaction or series of transactions has made an equivalent adjustment in respect of this hybrid mismatch."

The Member State of residence of the payer denies the deductibility of payments if these payments directly or indirectly "lead to a hybrid mismatch through a transaction or a series of transactions between associated enterprises or as part of a structured arrangement." By denying the deductibility, the transfer of the tax-undesirable effect of a hybrid arrangement from third countries into an EU Member State is prevented.[20]

4.3.3 The fight against DD (Double Deduction) outcomes in the context of dual-resident entities.

The ATAD (Anti-Tax Avoidance Directive) also targets DD outcomes attributable to the dual residency of the payor. If the taxpayer making the payment is considered resident in more than one tax jurisdiction according to the respective national legal provisions, a payment may be allowed as a deduction for tax purposes in two states.

[20] P. Pistone, D. Weber D. (eds), *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, 2018; M. Lang, G. Kofler, J. Schuch, *Die Anti Tax avoidence Richtlinie*, p. 143 ff.

ISSN 2036-7821

To combat these DD outcomes in connection with dual-resident entities, Article 9b ATAD prescribes the following rule: "To the extent that a deduction for a payment, or for expenses or losses, by a taxpayer who is tax resident in two or more tax jurisdictions is not deductible in both tax jurisdictions from the tax base, the Member State of the taxpayer shall deny the deduction to the extent that in the other tax jurisdiction the double inclusion of income, which is not subject to double consideration for tax purposes, is allowed. If both tax jurisdictions are Member States, the Member State in which the taxpayer is not considered a resident under the double taxation agreement between the two concerned Member States shall deny the deduction."

Should the undesirable tax effect of the DD outcome occur between a Member State and a third state, neutralization is achieved through a deduction ban in the respective Member State. The Member State denies the dual-resident taxpayer a double deduction to the extent that the payment in the other state is not considered double inclusion income.[21] In relationships between two Member States, the deduction ban is directed at the Member State that is not considered the state of residence under the respective double taxation agreement. In these cases, the specific treaty-based tie-breaker rule agreed upon becomes crucial.

5. The implementation of art. 9 Atad with regard of the German legal order in view of DD (Double deductions)

5.1 Double Deduction, § 4k (4) EStG (Income Tax Act).

§ 4k (4) EStG verbatim states: "To the extent that the conditions for the denial of the deduction of business expenses according to the preceding subsections are not already met, expenses are also not deductible as business expenses to the extent that the expenses are also taken into account in another state. The consideration of expenses in the sense of sentence 1 also occurs for unlimited tax liabilities when the other state does not allow the deduction of expenses according to its rules that correspond to this or the preceding subsections[22]; this does not apply if the deduction of expenses by a direct or indirect shareholder of an unlimited taxpayer in the sense of § 1 of the Corporate[23]Income Tax Act in another state is not allowed based on a

[21] Der Text ist auf der BMF-Homepage abrufbar unter https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/19_Legislaturperiode/Gesetze_Verordnungen/ATADUmsG/1-Referentenentwurf.pdf.

[22] A. F. Uricchio, F. L. Giambrone, *Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses*, 2020.

[23] Siehe bereits Richtlinienvorschlag ATAD 2, COM(2016) 687 final (25.10.2016) 13; siehe ATAD 2, ErwGr 26.

ISSN 2036-7821

rule corresponding to this paragraph. Sentence 1 does not apply insofar as these expenses are demonstrably offset by revenues of the same taxpayer, which are subject to actual taxation both domestically and in the other state. For unlimited taxpayers, where double taxation is avoided by crediting foreign tax, sentences 1 to 3 only apply to the extent that the expenses also reduce revenues in another state that are not subject to domestic taxation."[24]

§ 4k (4) EStG is the central norm for preventing the double deduction of expenses. The draft version opts for a quite complex rule-exception relationship, which (at least usually) leads to appropriate results. According to § 4k (4) sentence 1 EStG, a deduction for business expenses in Germany is denied to the extent that expenses are also considered in another state. The regulation thus addresses arrangements leading to a taxation incongruence in the form of a double deduction for business expenses (DD incongruences), often based on a payment by a hybrid entity or a credit operation branch to a third party abroad. However, a particular hybrid element is not a prerequisite. In the case of a hybrid entity [25]treated as opaque by the state of residence but transparent by the state of the shareholders, this can lead to the expenses being tax-deductible both in the state of the entity's residence and in the state of the shareholders, provided the shareholder's state does not allocate the expenses to a foreign exemption operation branch. A double deduction of business expenses may also result from the expenses being deductible in the state of a credit operation branch and, due to the principle of worldwide income, also reducing the tax base of the taxpayer (investor) in the state of residence. In this instance, according to the legislative reasoning, the tax treatment of expenses and revenues in the investor's state, regardless of tax considerations in another state, is inherent to the system. For this reason, sentence 4 provides an exception from the deduction prohibition when the expenses of unlimited taxpayers reduce income from a source for which double taxation is avoided by crediting the foreign taxes levied on such income (for exceptions from the deduction prohibition in other cases, refer to sentence 3). Sentence 2 of § 4k (4) EStG, in conjunction with sentences 1 and 3, dictates which state has the primary obligation to deny the deduction of business expenses in case of a DD incongruence. Sentence 2 stipulates that for unlimited taxpayers, a consideration of expenses in another state as per sentence 1 also occurs

[24] H. Weber-Grellet, *§ 4k para. 4 EStG*, in , L. Schmidt, *Einkommensteuergesetz*, 40 Auflage, 2021.

[25] In German tax law, the term "hybrid financial instrument" is predominantly found in a different context. Here, "hybrid" sometimes simply refers to instruments that contain elements of both equity and debt capital (thus serving as a synonym for mezzanine capital, such as profit participation rights) and/or to instruments that are treated as equity in tax law but as debt in commercial law, or similar situations (see, for example, Kahlenberg, IStR 2019, 636). However, this is not the focus of the discussion that follows. Instead, "hybrid" is defined exclusively by the tax consequences it entails, namely, the tax treatment of payments as deductible in Germany and simultaneously tax-exempt in the recipient's country.

ISSN 2036-7821

when the other state already denies the deduction of expenses according to a rule equivalent to § 4k paragraphs 1 to 4 EStG.[26] This ensures that the application of § 4k (4) sentence 1 EStG for expenses of an unlimited taxpayer is not excluded merely because the foreign state, in implementing the ATAD, also provides for a deduction prohibition. Whether the business expense deduction is to be denied in this instance ultimately depends on whether the conditions of sentence 3 are met. This results in a scenario where, in the case of unlimited tax liability in Germany, § 4k (4) sentence 2 EStG could lead to a double non-deductibility of expenses if the deduction is also denied abroad. This double non-deductibility, however, is not considered if all states comply with the ATAD directives, allowing Germany, in this constellation, the right to first deny the deduction.

However, if countries are not subject to the ATAD, this regulation can lead to a double non-deductibility of business expenses. § 4k (4) sentence 2 clause 2 EStG provides an exception to the deduction prohibition if the state of the direct or indirect shareholder of the corporation with unlimited tax liability in Germany is permitted to deny the deduction. Therefore, it is primarily the investor's state or the "parent company's" state that should rectify the taxation incongruity, with the "payer's" state doing so subsequently. Further exceptions are contained in sentences 3 and 4. On one hand, sentence 1 does not apply insofar as the expenses are demonstrably offset by revenues of the same taxpayer, which are subject to actual taxation both domestically and in the other state. On the other hand, sentence 4 provides an additional exception to sentences 1 to 3 EStG to the extent that for taxpayers with unlimited tax liability, where double taxation is avoided by applying the credit method, sentences 1 to 3 only apply if the expenses also reduce revenues that are not subject to domestic taxation.[27]

Background of the Regulation § 4k (4) EStG serves as the central norm for preventing the double deduction of expenses and thus implements Article 9 (1) a) in conjunction with Article 2 (9) subparagraph 1 letter g and Article 9b ATAD. The essence of the directive's regulation is contained in Article 9 (1) of ATAD II, stating: "To the extent a hybrid mismatch results in a double deduction, the deduction shall be denied in the Member State of the taxpayer; and if not denied in the Member State of the taxpayer, the deduction shall be denied in the Member State of the payee." The "hierarchy" of the affected states is regulated by Article 9b ATAD II, stating: "To the extent a deduction for a payment, or for expenses or losses of a taxpayer, who is tax resident in two or more tax jurisdictions, is deductible in both tax jurisdictions from the tax

[26] A. Schnitger, J. Haselmann, *Die Anwendung des § 4k EStG und die erweiterten Mitwirkungspflichten, in ISR(Internationale Steuerplanung/Verrechnungspreise*), 2022, 13-22.

[27] Vgl. etwa Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, Stand 01.10.2019, "*Anti Tax Avoidance Directive* (ATAD I und II); V. Emmerich, M. Habersack, (*Konzernrecht), Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 2022.

ISSN 2036-7821

base, the Member State of the taxpayer shall deny the deduction to the extent that in the other tax jurisdiction, the second deduction against income not subject to double taxation is allowed. If both tax jurisdictions are Member States, the Member State in which the taxpayer is not considered resident under the double taxation agreement between the two concerned Member States shall deny the deduction."

§ 4k (4) EStG closely follows the text of the directive but is challenging to understand due to the included rule-exception relationship.[28]

Example 2: Double Deduction – § 4k (4) sentences 1 and 4 The D-GmbH, which is subject to unlimited tax liability in Germany, is classified as a partnership for tax purposes in a foreign country (State B). The D-GmbH pays interest under a loan agreement to a third party. The interest reduces the tax base for both the D-GmbH and B Co. The conditions of § 4k (4) sentence 1 EStG are generally met. However, since the D-GmbH is considered an "unlimited taxpayer" from a German perspective, the exception of § 4k (4) sentence 4 EStG may apply if State B denies the business expense deduction according to a rule comparable to paragraph 4 (and potential double taxation is avoided by the credit method).

Preliminary Assessment § 4k (4) EStG implements the relevant ATAD provisions accurately and consistently, in our opinion. However, the chosen rule-exception relationship does not facilitate the readability of the norm. Only a look into the legislative justification, which vividly describes the scope of application, leads to greater clarity.[29]

5.2 Implementation of DAC 6 in Germany.

In Germany, the EU Directive was transposed into national law through the Act on the Obligation to Report Cross-Border Tax Arrangements, announced on December 21, 2019, and coming into force on January 1, 2020 (Federal Law Gazette I 2019, 2875), incorporating §§ 138d to 138k AO into the Fiscal Code.

The (tax authority's) interpretation and application of the law are supported by guidance from the Federal Ministry of Finance (BMF) dated March 29, 2021. This guidance was last amended by a BMF letter dated January 23, 2023. In addition to specific amendments to the existing regulations on the reporting obligation for cross-border tax arrangements (§§ 138d et seq. AO), the draft proposal envisages extending

[28] H. Weber-Grellet, *§ 4k para. 4 EStG*, in , L. Schmidt, *Einkommensteuergesetz*, 40 Auflage, 2021.

[29] S. Latrovalis, *Hybride Gestaltungen nach dem Entwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes Erste Überlegungen zu § 4k EStG-E in der Fassung des Referentenentwurfs vom 10.12.2019*,p. 48 ff.

ISSN 2036-7821

the already introduced reporting obligations to domestic tax arrangements (new §§ 138l to n AO-E). Is there a cross-border element? A cross-border element exists according to § 138d (2) AO when either more than one Member State of the European Union is involved or at least one Member State of the European Union and one or more third countries are affected. For instance, it suffices if not all parties involved in the arrangement are resident in the same tax jurisdiction or at least one of the parties is resident in multiple tax jurisdictions.[30]

All types of taxes are covered by the reporting obligation, with the exception of VAT, customs duties, and excise taxes. A "tax arrangement" as defined by § 138d AO exists, among other criteria, if it features at least one hallmark as per § 138e (1) AO and "a reasonable third party would expect, considering all relevant facts and circumstances, that the main benefit, or one of the main benefits, is the obtaining of a tax advantage as per § 138d (3) AO." It is common for lawyers involved in implementing arrangements to merely execute contractually what has been developed by other advisors, particularly tax advisors. Hence, the implementing lawyer may not be able to recognize whether it involves the implementation of a tax arrangement. In such cases, it is necessary to investigate with the client whether there is a tax-related background to the respective contract.

Moreover, the question is raised regarding the person, who is obligated to report. If the aforementioned investigation reveals a reportable cross-border tax arrangement, it must be clarified who is obligated to report. Generally, this is the "user," namely the client. Additionally, intermediaries are independently obligated to report (anonymously). If the client waives confidentiality obligations, the reporting obligation, including client-specific data, is fully transferred to the intermediary, and the "user" is exempted from the reporting obligation. In cases involving multiple intermediaries, § 138f (9) sentence 2 AO provides an exemption from the reporting obligation if the intermediary can prove that another intermediary has already transmitted the required information regarding the same tax arrangement. This may be particularly relevant for a lawyer who merely implements an arrangement developed by another advisor. However, coordination between the client and intermediaries should be documented as evidence of one's own exemption. According to para. 100 of the BMF guidance, it suffices if one of several intermediaries retains the registration number provided by another intermediary and reports it only upon request from the Federal Central Tax Office (BZSt) or the competent tax authority. The BZSt had already considered this facilitation before the

[30] S. Latrovalis, *Hybride Gestaltungen nach dem Entwurf des ATAD-Umsetzungsgesetzes Erste Überlegungen zu § 4k EStG-E in der Fassung des Referentenentwurfs vom 10.12.2019*,p. 48 ff.

ISSN 2036-7821

publication of the BMF guidance.[31]

At this very point the question is raised regarding the way reporting should be conducted. If previous examinations indicate that the advising lawyer is themselves obligated to report, the following procedure must be followed: Reportable cross-border tax arrangements must be reported exclusively in the officially prescribed dataset via the officially determined interface to the BZSt. Reporting must be done electronically according to §§ 87a, 87b AO. According to a BMF letter dated April 29, 2020 ("DAC 6 BMF Letter"), the officially prescribed dataset for these notifications is available for viewing and downloading on the BZSt website under the sections "Businesses," "International Information Exchange," "Exchange of Tax Arrangements," "The DAC 6 Procedure" or "Individuals," "Exchange of Tax Arrangements," "The DAC 6 Procedure". The DAC 6 BMF Letter further states that data transmission can occur via the ELMA interface for bulk data reporters or via the BZSt Online Portal (BOP) using the DAC-6 form for individual data reporters. Lawyers must assess on a case-by-case basis whether a reportable cross-border tax arrangement exists, based on legal criteria and the explanations in the BMF guidance. The outlined examination scheme can provide assistance for this assessment. The argument of "violating professional confidentiality" cannot be opposed, as the legislator deliberately accepted a potential violation of professional confidentiality obligations.[32]

6. A comparative overview to the Austrian legal order.

6.1 § 14 KStG - Implementation of ATAD in National Law.

The measures of ATAD and subsequently ATAD II[33] are more extensive than those regulated in national law up to the Tax Reform Act 2020. ATAD includes, besides the mentioned form of Deduction/Non-Inclusion cases, which are regulated in Art 9 (1) lit b, also hybrid mismatches causing double deduction of expenses. These Double Deduction cases were implemented in Art 9 (1) lit a ATAD. In addition, Art 9 (3) addresses hybrid mismatches involving third countries, and Art 9a ATAD covers reverse hybrid mismatches. Lastly, Art 9b ATAD determines the treatment of hybrid mismatches for dual-resident corporations.

Given the deadline for transposing ATAD provisions into national law by January 1, 2020, legislative action was required. The Tax Reform Act 2020 thus legislatively

[31] P. Eckl, F. Schill , *DAC6 Implementation in Germany, European Taxation* (2021).

[32] D. W. Blum, A. Langer, *At a Crossroads: Mandatory Disclosure under DAC-6 and EU Primary Law – Part 2, European Taxation* (2019).

[33] I. Krause, *Umsetzung der ATAD II in Bezug auf hybride Gestaltungen mit Unternehmen*, DB (2019), 1097–1104.

ISSN 2036-7821

implemented the special provision for hybrid mismatches in § 14 KStG.

General – Scope of Application.

The general scope of application of § 14 KStG is defined in subsection 1. Accordingly, the special provision for hybrid mismatches applies when the factual elements of a tax discrepancy as defined in § 14 (2) KStG are met. §§ 14 (3) to (5) KStG subsequently outline the types of tax discrepancies in the form of hybrid mismatches. If such a form of arrangement exists, it must be neutralized according to the provisions of § 14 (6) to (10) KStG. The term "to neutralize" is understood as an umbrella term for measures according to § 14 (6) to (9) KStG, which, depending on the form of a hybrid mismatch, either deny a deduction for business expenses or prescribe inclusion as business income. § 14 (10) KStG specifies the procedural legal consequences for a hybrid mismatch that was neutralized domestically and subsequently neutralized abroad. The conditions of application are codified in § 14 (2) to (5) KStG. If these conditions are met, legal consequences to prevent a tax discrepancy occur. The legislature adopted the definition of "tax discrepancy" from Art 2 (9) ATAD and defined an identical expression in national law, corresponding to the incongruences of ATAD. ATAD or the law determines two forms of tax discrepancies resulting in undesired cross-border tax outcomes.

Deduction/Non-Inclusion This pertains to payments deductible under the national law of the payor but the resulting income is not taxed in the state of the payee.

Double Deduction This involves payments that justify a deduction for business expenses in multiple states.

From the perspective of proportionality, these forms of tax discrepancies should only be addressed if a hybrid arrangement according to the provisions of § 14 (3) to (5) KStG exists. Regarding proportionality, the legislature refers to ATAD, which specifies that a hybrid arrangement should only be neutralized if there is a "significant risk" of tax avoidance. This is the case for arrangements within a company between the headquarters and a permanent establishment, between two or more permanent establishments of the same company, between associated companies, or within a structured arrangement.[34]

6.2 Requirements for Hybrid Mismatches.

Tax discrepancies as defined in § 14 (2) KStG are only harmful if the application

[34] V. Kaminskiy, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen*, 2020.

ISSN 2036-7821

requirements according to § 14 (3) KStG are met. According to the law, a hybrid arrangement exists only if § 14 (3) Z 1 and 2 KStG are both present. This means a hybrid arrangement must exist between related companies or through a structured arrangement.The law categorically lists the forms of hybrid arrangements into two groups. § 14 (3) Z 1 lit a KStG describes Deduction/Non-Inclusion cases, and § 14 (3) Z 1 lit b KStG outlines Double Deduction configurations, following the definition in Art 2 (9) ATAD.§ 14 (3) Z 1 lit a TS 1 KStG covers hybrid financial instruments. For the definition of financial instruments, one must refer to Art 2 (9) lit j ATAD. According to this provision, a financial instrument must fit into categories that may lead to financing or equity income, or be classified as a debt, capital, or financial derivative of the payor or payee, also covering a hybrid transfer.[35]

In the explanatory memorandum to the initiative request of the Tax Reform Act 2020, the national legislator refers to ATAD concerning these Deduction/Non-Inclusion cases. A hybrid arrangement can result from payments related to a financial instrument if a tax-effective deduction in the payor's state does not result in corresponding taxable income in the recipient's state, solely due to the different classification "of the instrument or the payment within this instrument." If the classification of these payments in the recipient state's national law leads to a tax advantage through the avoidance of double taxation, this results in a hybrid arrangement in the payor's state to the extent of the under-taxed amount. Tax advantages to avoid double taxation include income exemptions, reductions in tax rates, tax credits, or tax refunds. However, in the payor's state, there is no hybrid arrangement if, in the recipient state, the tax reduction is based only on the recipient's tax status or if the income is subject to a separate tax regime, thus a preferential regime. To better understand this provision, it is illustrated with an example: In State A, the company A CO is resident, and in State B, its subsidiary B CO. A CO grants a loan to B CO, which is legally classified as equity in B CO in State A. The interest payments from B CO to A CO, due to the granted loan, are legally classified as deductible business expenses in State B. However, in State A, these interest payments, due to their classification as equity, fall under the exemption for participation income and thus do not constitute business income. The different classifications, equity in State A and loan in State B, and the resulting tax consequences constitute a tax discrepancy according to § 14 (2) Z 1 KStG in the form of a hybrid financial instrument according to § 14 (3) lit a TS 1 KStG. If the financial instrument triggers the same legal tax consequences in both the payer and recipient states, no hybrid financial instrument exists. This provision is to be considered independently of a tax exemption or low taxation of interest income in the recipient's

[35] P. Eckl, F. Schill , *DAC6 Implementation in Germany, European Taxation* (2021).

ISSN 2036-7821

state of residence.[36]

6.3 Double Deduction and Neutralization Measures.

Article 14(7) of the Corporate Tax Act implements the directive provision to neutralize double deduction scenarios as per Article 9(1) of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), as well as for dual-resident corporations under Article 9b ATAD into national law. The first clause enacts the primary measure, establishing a prohibition on domestic deductions for expenses that have been accounted for twice. This scenario arises when an Austrian corporation is involved in a foreign hybrid entity or establishes a foreign permanent establishment. If payments from either of these entities are made to the domestic company and these payments are deductible in both the investor's and the payee's states, a double deduction occurs. Building on the example of tax disparity due to special tax provisions (As initially explained, Article 14(3)(1)(b) of the Corporate Tax Act identifies tax discrepancies arising from double deduction scenarios. A hybrid arrangement exists when "special tax provisions lead to a double deduction of expenses by a hybrid company, a permanent establishment, or a dual-resident corporation."[37] These cases align with those identified in the context of the Anti-BEPS project discussions at the EU level, clarifying the specific focus of the regulation. The term "special tax provisions" is not further specified by law. The explanatory notes to the initiative petition cite Austrian group taxation as an example), tax discrepancies due to Article 14(7)(1) of the Corporate Tax Act are to be neutralized. The example is modified to show that A CO is resident in Austria. Consequently, due to the special tax provision for corporate groups in State B, the interest expenses in this state are deductible, and due to the double taxation treaty (DTT) credit method between State B and Austria, the losses of the permanent establishment can also be utilized for tax purposes in Austria. There exists a hybrid arrangement as per Article 14(3)(1)(b) of the Corporate Tax Act between A CO and the permanent establishment under Article 14(3)(2) of the Corporate Tax Act. In Austria, these interest expenses are not deductible as business expenses under Article 14(7)(1) of the Corporate Tax Act and are thus neutralized.[38]

The second clause of Article 14(7) of the Corporate Tax Act enacts the secondary measure in the sense of Article 9(1)(b) ATAD, which neutralizes double deduction scenarios in the second step if Austria is the paying state and the investor state does not implement a deduction prohibition, thus lacking an equivalent provision to

[36] M. Dettmeier, I. Dörr, N. Neukam, M. Prodan, Miodrag, *Die Anti-Tax-Avoidance-Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken, Waskommt auf die Steuerpflichtigen zu?*, in, *NWB* (2016), 3082–3092.

[37] P. Knesl, *Entwurf des StRefG I* 2019/20 - *Ausgewählte Änderungen des Körperschaftsteuergesetzes*, ÖStZ 2019, 311.

[38] K. Staringer, *Die Umsetzung der ATAD in Österreich durch das Jahressteuergesetz* 2018, SWI 2018, 574.

ISSN 2036-7821

Article 14(7)(1) of the Corporate Tax Act. If a domestic permanent establishment is operated by a foreign shareholder or shares in a domestic hybrid entity are held, and there is a tax deduction of business expenses in both states, Article 14(7)(2) of the Corporate Tax Act counters this tax discrepancy. This form of neutralization is further explained through an example: A CO, resident in Austria, holds 100% of the shares of B CO, resident in State B. A CO and B CO form a tax group in Austria under Article 9 of the Corporate Tax Act. Thus, losses of the Austrian permanent establishment B BS of B CO can be offset against the income of A CO. B CO has taken out a loan from an Austrian bank, which is attributed to B BS, which also makes the interest payments leading to losses of the permanent establishment. The DTT between Austria and State B prescribes the credit method for profits or losses of permanent establishments. The losses of B BS can be utilized in State B, due to the credit method, and also in Austria due to group taxation. The special tax provision of group taxation leads to a double deduction scenario, creating a tax discrepancy under Article 14(2)(2) of the Corporate Tax Act. There is a hybrid arrangement in the sense of Article 14(3)(1)(b) of the Corporate Tax Act and the required connection between the domestic permanent establishment and its head office under Article 14(3)(2) of the Corporate Tax Act. If State B does not specify a deduction prohibition for the expenses of the permanent establishment, Article 14(7)(2) of the Corporate Tax Act prescribes a deduction prohibition regarding the interest expense in Austria.[39]

Article 14(7)(3) of the Corporate Tax Act addresses the neutralization of hybrid arrangements arising from dual-resident corporations, based on Article 9b ATAD, which prescribes a deduction prohibition for expenses domestically that are due to a double deduction scenario involving dual-resident corporations. If corporations are resident both domestically and in a third country, this deduction prohibition applies under Article 9b first sentence of ATAD, irrespective of whether Austria has a double taxation agreement with the country of residence or the source country. Article 14(6)(3) second sentence of the Corporate Tax Act limits the deduction prohibition regarding dual-resident corporations within EU member states. If a corporation is tax-resident in Austria and another member state, and according to the "tie-breaker rule" of Article 4(3) of the OECD Model Tax Convention, Austria is determined as the state of residence, the deduction prohibition does not apply. According to Article 9b second sentence of ATAD, the state deemed as the source state by the treaty is to implement the deduction prohibition domestically. Neither the legislator nor ATAD

[39] Siehe zu den Auswirkungen der Umsetzung der ATAD auf die nationalen Steuersysteme, D. Gutmann, A. Perdelwitz, E. de al Blétière, R. Offermanns, M. Schellekens, G. Gallo, A. Grant Hap, M. Olejnicka, *The Impact of the ATAD on Domestic Systems, A comparative Survey*, ET 2017, 2 (2); im Besonderen siehe für Österreich, Mechtler, *Hybrid Mismatches im Ertragssteuerrecht* (2017) 35 ff.

ISSN 2036-7821

has provided guidance on resolving conflicts when third countries also implement a deduction prohibition akin to Article 9b first sentence of ATAD. Applying the logic of the "tie-breaker rule," as exists between EU member states, appears appropriate for resolving conflicts of a double deduction prohibition. The provision to avoid a tax discrepancy due to a dual-resident company is further explained through the following example: A CO, due to its registered office in Austria and its place of management in State A, is dual-resident. In Austria, a tax group is formed between A CO as a group member and B CO as the group leader. The Austrian operation of A CO constitutes a permanent establishment, B BS, by treaty. The DTT between Austria and State A determines State A as the residency state of A CO. Austria is accordingly the source state. Furthermore, the DTT prescribes the credit method for permanent establishment income in State A. Through interest payments on a loan, A CO incurs losses domestically. These losses are offset against the profits of B CO due to the special tax provision of group taxation.[40] Given the credit method of the relevant DTT, these losses are also utilized in State A. Therefore, a tax discrepancy exists under Article 14(2)(2) of the Corporate Tax Act. This discrepancy is due to a hybrid arrangement in the sense of Article 14(3)(1)(b) of the Corporate Tax Act and the connection under Article 14(3)(2) of the Corporate Tax Act between A CO and its permanent establishment. Under Article 14(7)(3) of the Corporate Tax Act, these expenses of B BS in Austria are not deductible, leading to the neutralization of the tax discrepancy. In this example, it is irrelevant whether State A is a third country or an EU member state, as Austria is determined as the source state according to the relevant DTT. The final sentence of Article 14(7) of the Corporate Tax Act limits the aforementioned clauses of this provision to the extent that expenses "offset against double-counted income in the respective or a later fiscal year" are not subject to the deduction prohibition. This provision is significant for the utilization of foreign losses domestically. If the credit method, established by a DTT, applies to these losses, or if a national regulation like Article 2(8) of the Income Tax Act applies, the losses would fundamentally fall under Article 14(7) of the Corporate Tax Act. Article 14(7) last sentence of the Corporate Tax Act prevents these scenarios. The legislator focuses solely on "special tax provisions," as evident from Article 14(3)(1)(b) of the Corporate Tax Act.[41]

6.4 Application and Interpretation of the EU Mandatory Disclosure Rules.

In Austria, DAC 6 has been transposed into the EU Mandatory Disclosure Act (EU-

[40] P. Knesl, *Entwurf des StRefG I* 2019/20 - Ausgewählte Änderungen des Körperschaftsteuergesetzes, ÖStZ 2019, 311.

[41] M. Eckart, *Sondervorschriften zu hybriden Gestaltungen und ihrer Subsumtion unter die sachliche Meldepflicht*, p. 38 ff; Vgl Schlager, *Die neuen Regelungen zu hybriden Gestaltungen im Überblick*, SWI 2019, 239.

ISSN 2036-7821

MDR), while in Germany, the disclosure obligations have been incorporated into sections 138d et seq. of the German Fiscal Code (AO). The EU-MDR came into force on July 1, 2020 (section 27 EU-MDR) and applies (retroactively) to the exhaustively listed mandatory disclosure arrangements in sections 5 and 6 of the EU-MDR, whose first step was implemented between June 25, 2018, and June 30, 2020, as well as to those whose first step was implemented from July 1, 2020, onwards, or that have been designed, marketed, organized, made available for implementation, or managed since July 1, 2020 (section 4 EU-MDR). The reporting period is very short, set at 30 days. For intermediaries, the period begins either on the day of making the reportable arrangement available for implementation, the day following the day on which the relevant taxpayer is ready to implement it, or the day the first step in the implementation of the reportable arrangement has been taken (section 8(1) EU-MDR). The timing for auxiliary intermediaries and in cases where the relevant taxpayer releases the auxiliary intermediary from their statutory confidentiality, is separately regulated in sections 8(2) and (3) EU-MDR.[42]

Section 13 EU-MDR defines the deadlines relevant for the relevant taxpayer. Non-compliance triggers financial penalties up to 50,000 euros for financial administrative offenses, and up to 25,000 euros in cases of gross negligence, as per section 49c of the Financial Penal Act (FinStrG).

The EU-MDR largely aligns with the directive requirements. Terms relevant to the application of the EU-MDR are defined in section 3 EU-MDR. However, in practice, particularly regarding the interpretation of the hallmarks that trigger reporting obligations or the question of when a "risk of tax avoidance" exists, uncertainties remain that are not sufficiently clarified by the Federal Ministry of Finance's guidance on the application of the EU-MDR (hereinafter: BMF-Info). The same applies to the determination of a "risk of tax avoidance," which, according to the BMF, should serve as an additional verification step to prevent reporting of arrangements that are harmless or intended by the legislature. The lack of detailed guidelines and interpretative notes is justified by the BMF with the need for a uniformly European interpretation, which can only be conducted at the EU level, as explicitly mentioned in the introduction of the BMF-Info. An appropriate instrument for clarifications at the EU level would be "FISCALIS 2020," an EU cooperation program that allows tax administrations of the individual EU countries to exchange information and experiences. Currently, interpretation materials from the EU are not accessible to legal practitioners. Also, the BMF-Info on the EU-MDR has not been

[42] D. Gutmann, A. Perdelwitz, E. de al Blétière, R. Offermanns, M. Schellekens, G. Gallo, A. Grant Hap, M. Olejnicka, *The Impact of the ATAD on Domestic Systems, A comparative Survey*, ET 2017, 2 (2); im Besonderen siehe für Österreich, Mechtler, *Hybrid Mismatches im Ertragssteuerrecht* (2017) 35 ff.

ISSN 2036-7821

updated three years after its publication. Therefore, in practice, where the provisions of the EU-MDR correspond to sections 138d et seq. of the AO, the more comprehensive interpretative guidance from the German BMF is consulted.

7. Conclusions.

The European Union, through the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) and the Directive on Administrative Cooperation (DAC), has made significant strides in combating tax avoidance and enhancing transparency within its member states. The ATAD introduces measures like the General Anti-Avoidance Rule (GAAR) and Specific Anti-Avoidance Rules (SAARs) to tackle Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) challenges. Despite efforts towards uniformity, variations in the implementation of these directives across member states underscore the complexity of harmonizing national tax systems with EU-wide standards. The DAC[43], particularly its latest amendment, DAC 6, emphasizes the EU's commitment to transparency and cooperation, mandating intermediaries to disclose tax schemes. However, disparities in DAC 6's implementation across the EU highlight the challenges of standardization.[44]Germany's adaptation of Article 9 of ATAD in § 4k (4) of the Income Tax Act (EStG) [45]to prevent double deductions (DD) and the integration of DAC 6 into its national law exemplify the country's approach to aligning with EU directives. Similarly, Austria's legislative response under § 14 KStG demonstrates efforts to address hybrid mismatches and double deductions, reflecting a parallel approach to Germany's. These national legislations are geared towards neutralizing tax advantages arising from discrepancies in tax treatments across jurisdictions, following the comprehensive objectives of ATAD. In Germany, DAC 6 has been integrated through the Act on the Obligation to Report Cross-Border Tax Arrangements, which came into effect on January 1, 2020. This legislation has incorporated the directives into the German Fiscal Code, detailing the reporting obligations for cross-border tax arrangements that may facilitate tax avoidance or evasion. The German implementation emphasizes a comprehensive approach, including penalties for non-compliance, and is supported by guidance from the Federal Ministry of Finance (BMF) to aid in the interpretation and application of the law.

---

[43] G. Capristano Cardoso, *Balancing Tax Transparency and Tax Certainty: Reporting Obligations for Unilateral Safe Harbours Under DAC 6*, *Intertax* (2021).

[44] D. W. Blum and A. Langer, *At a Crossroads: Mandatory Disclosure under DAC-6 and EU Primary Law – Part 1*, European Taxation (2019).

[45] A. Schnitger, M. Oskamp, *Versagung des Betriebsausgabenabzugs bei Besteuerungsinkongruenzen nach § 4k EStG-E (Teil I)*, in *IStR*, 2020, 909 ff, Vgl. BFH v. 30.11.1989 - I R 14/87, BStBl. II 1990, 993, unter 3.c; BFH v. 15.10.1976 - VI R32/76, BStBl. II 1976, 767 = FR 1990, 122.32) Vgl. RFH v. 9.1.1934 - I A 344/32, RFHE 35, 133; BFH v. 15.10.1976 - VI R 32/76, BStBl. II 1976,767.

ISSN 2036-7821

Austria, on the other hand, has transposed DAC 6 into its national legislation through the EU Mandatory Disclosure Act (EU-MDR), which also took effect on July 1, 2020. Similar to Germany, the Austrian law outlines the reporting obligations for intermediaries and taxpayers involved in cross-border tax arrangements, with a focus on arrangements that exhibit certain hallmarks indicative of aggressive tax planning. The Austrian implementation aims to increase transparency in the area of direct taxation and aligns closely with the objectives set forth by DAC 6, including the imposition of penalties for non-compliance. Both Germany and Austria, in their legal frameworks, reflect the complexities and challenges of implementing EU tax directives nationally. While there has been progress in addressing tax avoidance and promoting transparency, the variations in national implementations highlight the need for further clarification and harmonization within the EU. The effectiveness of these directives in curbing tax avoidance and ensuring a fair tax system across the Union remains contingent on achieving greater uniformity and clarity in their application at the national level.Given that no such regulations existed before, it's clear that the ATAD was poised to positively impact the reduction of tax avoidance opportunities for corporate entities. Where similar regulations were already in place, the benefit might be less evident, although these scenarios should yield benefits in terms of certainty and manageability for taxpayers, thanks to increased rule conformity.

Nonetheless, the actual positive impact in this regard could be somewhat limited due to the directive offering numerous options, leading to less harmonization in anti-avoidance regulations. This is highlighted by academic observers who predict an increase in internal market fragmentation post-directive, a viewpoint supported by the significant variation in implementation approaches across Member States as documented in the Commission's 2020 Implementation Report. This criticism, however, needs to be weighed against the alternative scenario where a lack of coordinated development in anti-avoidance rules following the BEPS consensus could have led to even higher levels of fragmentation.[46]The ATAD is now a reality; the focus is on its implementation into national law. Therefore, today, there is no longer a need to zealously discuss the policy issues surrounding BEPS, but rather to concentrate on dissecting the content of the Directive to aid in national implementation efforts.

Nonetheless, a detailed policy analysis of the ATAD serves a purpose: With the ATAD, the EU has ventured into new territory in many areas, and the question arises whether the ATAD heralds a new era of harmonization in corporate taxation within the EU. In this case, the classic questions regarding the advisability of tax

[46] W. Haslehner, K. Pantazatou, G. Kofler, A. Rust A, (eds), *A Guide to the Anti-Tax Avoidance Directive*, 2020.

ISSN 2036-7821

harmonization by the EU will soon resurface. This article has attempted to shed light on some of these questions.[47]

DAC 6 has emerged as the latest development in EU legislation aimed at enhancing tax transparency, with its implementation phase now concluded. The final Member States to adopt DAC 6 were Cyprus and Spain, which implemented the directive in March and April 2021, respectively. Following their adoption of the directive, the European Commission closed infringement procedures previously initiated against these countries for not incorporating the Directive into their national laws.The directive officially came into force on July 1, 2020. However, the EU permitted Member States to postpone the initial DAC 6 reporting deadlines by six months in response to the disruptions caused by the COVID-19 pandemic. Before DAC 6, there was an absence of comprehensive regulations mandating Member States to share information about detected tax avoidance and/or evasion schemes.[48] While previous DAC iterations mandated that national tax authorities share information spontaneously or automatically under specific conditions, such as tax losses or artificial profit transfers within company groups, DAC 6 fills the gap by addressing specific transparency needs not covered by earlier directives. Thus, DAC 6 represents a significant step forward in the effort to report and automatically exchange a vast array of information on tax arrangements, marking a peak in the pursuit of tax transparency and the fight against tax avoidance.The rapid adoption of DAC 6 within just nine months underscores the collective approval by Member States of its approach to discouraging intermediaries from creating and promoting tax avoidance schemes. This goal is anticipated to be achieved through the mandate for early reporting of potentially aggressive tax planning arrangements and the ensuing EU-wide automatic exchange of this information.

While both the ATAD and DAC series, particularly DAC 6, aim to mitigate tax avoidance, they employ distinct methods. The ATAD focuses on arrangements primarily created to secure tax benefits contrary to the intent of tax laws and considers the genuineness of arrangements based on their factual context. Conversely, DAC 6 operates on a broader scope, acting as a foundational step for ATAD's effective implementation by requiring the disclosure of cross-border arrangements that meet any of the specific criteria outlined in Annex IV. Notably, many of these criteria do not necessitate demonstrating that obtaining a tax advantage is the primary or one of the main expected benefits.[49]The relationship

[47]K. Resenig K., *The Current State of DAC-6 Implementation in the European Union,* European Taxation,(2020).

[48] V. Kaminskiy, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen*, 2020.

[49] Article 8ab (13) provides that 'The competent authority of a Member State where the information was filed pursuant to paragraphs 1 to 12 of this Article shall, by means of an *automatic exchange*, communicate the information specified in paragraph 14 of this Article to the competent authorities of all other Member States

ISSN 2036-7821

between General Anti-Avoidance Rules (GAARs) and Mandatory Disclosure Rules (MDR), as detailed in the BEPS Action 12 Final Report (2015), is described as complementary in ensuring compliance. The MDR aims to inform tax authorities about various tax policy and revenue risks, extending beyond those associated with transactions considered avoidance under GAAR. Therefore, the scope of reportable schemes under MDR is broader than those targeted by GAAR, encompassing arrangements not specifically addressed by the ATAD's GAAR.[50]DAC 6 stands as a foundational element in the EU's broader strategy against tax avoidance, setting a baseline for regulatory standards in this arena. While its implementation varies across member states, it establishes a more cohesive legal framework when viewed against the backdrop of global efforts, such as those led by the OECD/BEPS, where the Mandatory Disclosure Rules (MDR) in Action 12 are not deemed a minimum standard. This positions the EU at the forefront of the fight against tax avoidance. Research in jurisdictions with pre-existing MDR suggests that DAC 6's mandate for reporting cross-border arrangements will unlikely affect intermediaries' location decisions. The effectiveness of DAC 6 must be evaluated within its broader context, despite uncertainties about its scope and technical issues that have resulted in its uneven application across the EU. From both an EU and global perspective, the swift adoption and establishment of DAC 6 as a minimum standard, despite its demanding requirements for intermediaries, taxpayers, and tax authorities, signify a successful move towards minimizing tax avoidance opportunities that would otherwise proliferate in its absence.DAC 6 serves as a key complement to ATAD, reflecting the EU's commitment to combatting tax avoidance and evasion. The directive's somewhat vague definitions, such as "aggressive tax planning" and "tax avoidance," allowed member states flexibility in their implementation process, facilitating the directive's rapid adoption. However, this flexibility has led to a fragmented implementation across the EU on both fundamental and more technical aspects, such as the interpretation of various hallmarks.Given that the deadline for the first reporting period in most member states only recently concluded in January 2021, it's premature to make definitive judgments about the directive's practical impact on intermediaries and member states. Nonetheless, the uniform transposition of DAC 6 into national laws across member states has highlighted that differing interpretations of the directive's terms will likely result in the provision of varied information in terms of quality and quantity to be reported and exchanged. The directive's effectiveness should also be considered in light of external factors, such as tax administrations' ability to process information and intermediaries' willingness to

[50]B. Peeters, L. Vanneste, *An Additional Common EU Reporting Standard?*,in, *World Tax Journal*, 2020,pp. 502 ff, correctly observe that the Directive appears to be motivated by a broad policy objective to combat various forms (potentially global) of aggressive tax planning, with the enhancement of the internal market serving merely as a secondary, supporting aim.

ISSN 2036-7821

report and organize relevant documentation.

Viewing the directive in a contextual lens, it's clear that member states have made significant progress in recent years by adopting such a stringent anti-tax avoidance framework.[51]

[51] R. Offermanns, R.Botelho Moniz, *DAC6 in a Selection of EU Member States: The PracticalApplication of the Main Benefit Test and Its Hallmarks,* European Taxation (2021); W. Schön, *Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit ShiftingAction Plan*, in, *Bulletin for International Taxation*, 2020; V. Kaminskiy, *Korrespondenzregelungen zur Neutralisierung von Besteuerungsinkongruenzen aufgrund hybrider Gestaltungen*, 2020.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

L'operatività della sospensione del processo amministrativo: un'analisi alla luce della sentenza del Consiglio di Stato n. 4/2024

di **Federico Capizzoto**

(Praticante avvocato)

Sommario

1. Premessa — 2. La sospensione impropria alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria 22 marzo 2024 n.4 – 2.1. Il fatto – 2.2. Il diritto – 2.3 Le argomentazioni della plenaria – 2.4. Aspetti critici — 3. Conclusioni.

Abstract

The purpose of this publication is to offer a focused discussion on the suspension of administrative proceedings, emphasizing its practical operation within the procedural system through an analysis of specific jurisprudential issues that reveal its critical aspects, underlying ratio, and conditions for application. Additionally, the intention is to highlight the complexity and gaps within the relevant legislation, which, as we will see, serves as the central theme of this work. Indeed, the inadequacy of the legislative framework in addressing the practical challenges arising within procedural dynamics has prompted interpretive and reconstructive efforts by the Courts, which, through successive rulings, have contributed to a clearer understanding of the regulation of this institution. This paper will examine one legal decision sought to resolve legal issues resulting from the absence of a comprehensive and systematic regulation.

The ruling itself provides the basis for this analysis: the fundamental legal issues (both normative and systemic) they raise, as well as the cohesive view of suspension they present—both theoretical and practical—are of particular significance. They allow for a deeper understanding of the institution within the procedural framework, moving beyond the limitations of a purely doctrinal approach. The practical application of suspension in the legal case analyzed offers a crucial opportunity to deconstruct the institution to its etiological roots and then attempt to reconstruct it in an interpretative manner that is consistent with the legislator's intent, as well as the autonomous will of a system in which conflicting constitutional and procedural needs coexist. In this context, the correct interpretation and application of the institution are essential tools for reconciling these opposing requirements.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

La presente pubblicazione mira a elaborare un approfondimento in merito all'istituto della sospensione del processo amministrativo, che metta in risalto come essa operi concretamente nel sistema processuale tramite l'analisi di una questione di matrice giurisprudenziale, sì da enucleare criticità, *ratio* di fondo e presupposti di applicazione.

Altresì, l'intenzione è quella di sottolineare la complessità e lacunosità normativa in materia che, come avremo modo di vedere, rappresenta il filo conduttore del lavoro.

Difatti, l'inadeguatezza del dato normativo a risolvere le problematiche concretamente poste nella dinamica processuale ha comportato sforzi interpretativi e ricostruttivi di natura giurisprudenziale, i quali, pronuncia dopo pronuncia, hanno contribuito a rendere più chiara la disciplina dell'istituto in questione[1].

2. La sospensione impropria alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria 22 marzo 2024 n.4.

La pronuncia in questione ha ad oggetto il tema dell'ammissibilità della sospensione impropria "in senso lato" nel giudizio amministrativo[2]. Al fine di inquadrare l'istituto in esame, si intende principiare la trattazione introducendo la ripartizione elaborata dalla dottrina processualcivilistica, la quale distingue tra due categorie di sospensione del processo. La prima, disciplinata dall'art. 295 c.p.c., è definita come "propria", la seconda in cui rientrano le ipotesi di sospensione per regolamento di competenza o di giurisdizione, per incidente di costituzionalità e per pregiudizialità comunitaria, è chiamata "impropria" poiché non del tutto in grado di generare una paralisi temporanea del processo, che continua innanzi a un diverso organo giurisdizionale[3] [4]. All'interno di quest'ultima categoria, si distinguono le ipotesi di sospensione impropria "in senso stretto", che opera nel caso in cui la questione che provoca la sospensione sia sorta nel processo da sospendere, e quella "in senso lato", che riguarda i casi in cui la sospensione è dovuta ad una questione sorta in un diverso giudizio[5].

---

[1] "*Non si nega che la legalità processuale sconti, nel giudizio amministrativo (…) una debole o solo recente "codificazione*" ". M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, in *Riv. cont. eur.*, 29 ottobre 2024, p. 199.

[2] Cons. St., Ad. Plen. 22 marzo 2024, n. 4.

[3] E.T. LIEBMAN, Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile, in *Riv. dir. proc.*, 1958, I, pp. 153 ss.

[4] Definite in tal modo altresì "*perché funzionali all'innesto di giudizi incidentali che non costituiscono «controversia» in senso tecnico, ma risoluzione di questioni pregiudiziali riservate alla competenza di organi ad hoc, davanti ai quali viene temporaneamente dirottato anche lo svolgimento del contraddittorio*". M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 180.

[5] E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, cit., pp. 160 ss; L.MONTESANO-G. ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova vol. I, tomo 2, 2001, pp. 1414 ss.; E.REDENTI-M.VELLANI, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 346 s. In merito alla mancanza di utilità di una distizione tra sospensione propria e impropria si legga S. MENCHINI, *voce Sospensione, punto a), Processo civile di cognizione, in Enc.*

ISSN 2036-7821

Merita evidenziare che la sentenza, sciogliendo i dubbi che erano stati formulati dalla sezione remittente, si rivela di particolare complessità, in quanto la Plenaria è chiamata a bilanciare tra loro principi fondamentali del processo quali l'effettività, la tenuta del sistema normativo sostanziale, la ragionevole durata e l'economicità; un ulteriore profilo di difficoltà attiene alla tematica in questione, priva, ribadiamo, di adeguata copertura da parte delle norme di diritto positivo, e cruciale in quanto inerente al rapporto multilivello tra corti[6].

I giudici di Palazzo Spada chiariscono che la sospensione impropria "in senso lato" del processo non è un'ipotesi di invenzione giurisprudenziale che contravviene al principio di tassatività; essa è, in realtà, disciplinata dall'art. 295 c.p.c., ai sensi del quale "*il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*".

In seguito, viene evidenziato, come necessaria conseguenza dell'inquadramento di cui sopra, che, allorché in un altro giudizio sia stato sollevato un incidente di costituzionalità o di pregiudizialità eurounitaria o una rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato relativamente ad una norma applicabile nel caso di specie, il giudice è tenuto a sospendere il processo, in virtù della portata normativa delle pronunce della Corte costituzionale e della Corte di giustizia e di quello di

---

dir., vol. XLIII, Milano, 1990, pp 19-20, ove si afferma che "*in sostanza si dubita dell'utilità della classificazione di alcune ipotesi di sospensione come improprie, perché in realtà anche le diverse forme di sospensione che non sono previste dagli artt. 295 e 296 c.p.c., ma sono disciplinate da altre norme del codice di rito o fuori di esso, comportano una vera e propria sospensione. Ne consegue che non pare da seguire l'orientamento per cui le norme ed i princìpi propri della sospensione necessaria non si applicano alle ipotesi in cui un'altra disposizione di legge imponga la sospensione del processo, in quanto mancherebbero i relativi presupposti. È preferibile ritenere che in tali casi si determina una pausa del procedimento di merito che produce effetti identici a quelli della sospensione necessaria, effetti che dunque riguardano indistintamente tutte le fattispecie sospensive a prescindere dai motivi che le hanno originate. In conclusione, quale che sia la causa della sospensione, il regime del processo non muta. La distinzione tra sospensione propria o impropria ha essenzialmente un valore descrittivo, consente di ricondurre sotto la definizione di sospensione impropria un'eterogenea serie di ipotesi i cui presupposti sono fissati da specifiche disposizioni di legge. Il provvedimento di sospensione produce sempre gli effetti dell'art. 298 c.p.c., ossia impedisce il compimento di atti del procedi- mento e interrompe i termini in corso, che torneranno a decorrere dall'udienza fissata nel provvedimento di sospensione o nel decreto con cui si dispone la prosecuzione della causa. È vero che nelle ipotesi sopra ricordate la stasi del processo ha un carattere parziale, si arresta l'iter normale e si dà corso ad uno sviluppo in una sede particolare, ma questo non muta la natura e la disciplina di quella che appunto è un'ipotesi di sospensione*".

[6] "*L'Adunanza plenaria - premessa la ricostruzione dell'istituto della sospensione nel processo civile e nel processo amministrativo - definisce la disciplina della sospensione impropria nel processo amministrativo, individuandone, a conclusione di una approfondita esegesi letterale, storica e sistematica, presupposti, limiti, garanzie e ratio essendi. La sussumibilità dell'istituto nella sospensione impropria in senso lato nella previsione ex art. 295 c.p.c. è il dato di partenza dell'intera costruzione interpretativa resa anche alla luce dei principi che informano il processo ex art. 111 Cost., la quale oltre che conforme al dato costituzionale ed eurounitario si rivela risolutiva (e conciliativa) di molte esigenze interne al processo. Il perimetro applicativo del codice di procedura civile nel processo amministrativo, la nozione di pregiudizialità, il ruolo delle parti (anche nella prospettiva ex art. 73 comma 3, c.p.a.), il rapporto tra l'art. 295 e l'art. 296 c.p.c. e tutte le questioni inerenti alla prosecuzione del giudizio (a partire dalla perentorietà del termine), la cifra di una pronuncia nomofilattica – nei principi espressi e nella ampiezza degli argomenti a sostegno – di estrema importanza*". Giustizia Amministrativa, Consiglio di Stato, *News n. 38 del 23 aprile 2024.*

ISSN 2036-7821

precedente parzialmente vincolante dell'Adunanza Plenaria[7].

2.1. Il fatto.

Il caso oggetto della pronuncia trae origine da una controversia tra la Zuritel S.p.A. e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), a seguito della quale la società è stata sanzionata per aver posto in essere una pratica commerciale scorretta, ai sensi degli articoli 20 e 22 del Decreto Legislativo n. 206 del 2005 (Codice del Consumo). Zuritel, nel suo ricorso, contestava la competenza dell'AGCM, sostenendo che la materia fosse di competenza dell'ISVAP, in quanto relativa a prodotti assicurativi. Il TAR del Lazio, con la sentenza n. 535 del 2013, accoglieva il ricorso e annullava il provvedimento sanzionatorio, riconoscendo all'ISVAP una competenza generale in materia di assicurazioni private, comprensiva della tutela dei consumatori.

L'AGCM impugnava la sentenza in appello, richiedendo, tra l'altro, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) per chiarire la questione di competenza. In seguito all'ordinanza n. 1068 del 7 marzo 2017, la Sezione VI del Consiglio di Stato disponeva la sospensione del giudizio, in attesa della risoluzione da parte della CGUE. La Corte di Giustizia, con la sentenza del 13 settembre 2018 (cause riunite C-54/17 e C-55/17), stabiliva che la competenza sulle pratiche commerciali scorrette fosse attribuita all'AGCM, come previsto dalla Direttiva 2005/29/CE.

Nonostante la sentenza della CGUE, nessuna delle parti procedeva alla riassunzione del giudizio, come previsto dall'articolo 80 c.p.a., e l'udienza veniva fissata d'ufficio per il 5 ottobre 2023. In vista dell'udienza, l'AGCM ribadiva la propria competenza, mentre Zuritel sollevava un'eccezione di improcedibilità dell'appello per mancata prosecuzione del giudizio. La Sezione VI del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 9876 del 17 novembre 2023, rimetteva all'Adunanza Plenaria tre questioni giuridiche relative all'istituto della "sospensione impropria" nel processo amministrativo[8].

---

[7] Si sottolinea che il meccanismo di sospensione impropria "in senso lato" è da considerarsi solo in via residuale, poiché è riconosciuta alle parti la possibilità di manifestare la propria intenzione di interloquire con gli organi superiori, e, in ogni caso, previo contraddittorio.

[8] I quesiti della sesta sezione erano i seguenti: *"a) se, alla luce della richiamata giurisprudenza costituzionale sopravvenuta alla pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 28/2014, debba confermarsi quanto ritenuto da tale Adunanza plenaria in ordine alla ammissibilita` della prassi della sospensione cd. impropria nel giudizio amministrativo; b) ove la risposta sia affermativa, se, nel caso in cui in un giudizio amministrativo sia disposta una sospensione cd. impropria, in attesa che la Corte di giustizia UE si pronunci su un rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE sollevato su medesima questione in un altro giudizio, si abbia una sospensione in senso tecnico, con la conseguenza che la prosecuzione del giudizio e`subordinata necessariamente all'impulso di parte, ovvero una situazione differente, di mero rinvio della causa, tale da non giustificare l'applicazione dell'art. 80 co. 1, c.p.a. c) ove si risponda nel primo senso anche al quesito sub b), cosi` confermandosi quanto a suo tempo ritenuto dall'Adunanza plenaria n. 28 del 2014, visto il contrasto tra la pronuncia della quarta sezione n. 1686 del 2021 e la pronuncia della sesta sezione n. 82 del 2023 (art. 99, comma 1, c.p.a.), quale interpretazione occorra dare all'articolo 80 c.p.a. secondo il quale: «In caso di sospensione del giudizio, per la sua*

ISSN 2036-7821

La rimessione all'Adunanza Plenaria è stata disposta sia ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., per risolvere un potenziale contrasto giurisprudenziale, sia in virtù dell'art. 99, comma 3, c.p.a., per riconsiderare il principio di diritto stabilito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 28 del 15 ottobre 2014, alla luce degli sviluppi giurisprudenziali più recenti, inclusi quelli della Corte costituzionale.

2.2 Il diritto.

La decisione della Plenaria conferma l'orientamento favorevole all'applicabilità della sospensione impropria "in senso lato" nel processo amministrativo, accogliendo l'interpretazione formulata dalla stessa Corte nel 2014 sopracitata.
Difatti, con la sentenza in rassegna l'Adunanza Plenaria chiarisce, con ampio approfondimento anche storico-evolutivo, la natura giuridica della sospensione del processo, il rapporto tra vari istituti volti a determinare una 'pausa' nel processo, nonché il complessivo assetto (e questioni a valle correlate), a cominciare dalla sua esistenza, della c.d. sospensione impropria nelle sue varie declinazioni e il suo rapporto con la sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c.[9].

2.3 Le argomentazioni della Plenaria.

Nel commentare la pronuncia, si osserva in primo luogo che le motivazioni con cui si giunge alla conclusione di cui sopra seguono due percorsi argomentativi: da un lato, esse, come abbiamo detto precedentemente, ricomprendono la sospensione "impropria" nell'ambito applicativo dell'art. 295 c.p.c., equiparandola così alla sospensione necessaria, e, dall'altro, fanno leva sull'interpretazione che la giurisprudenza consolidata, ovvero il "diritto vivente", ha fornito in merito alla sospensione cosiddetta impropria.
Quanto al primo aspetto, l'Adunanza Plenaria principia il ragionamento ricostruendo il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento in tema di sospensione. Viene così definita la sospensione impropria *"in senso lato"* come la sospensione del processo per questione di costituzionalità o eurounitaria o per rimessione all'Adunanza Plenaria, sollevata da altro giudice, su questione rilevante

---

prosecuzione deve essere presentata istanza di fissazione di udienza entro novanta giorni dalla comunicazione dell'atto che fa venir meno la causa della sospensione», in particolare se il termine previsto dalla disposizione citata abbia natura perentoria o ordinatoria".

[9] Giustizia Amministrativa, Consiglio di Stato, *News n. 38 del 23 aprile 2024;* M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte,* in *Riv. cont. eur.*, 29 ottobre 2024, p. 191:*"Con la recente sentenza 22 marzo 2024, n. 4, l'adunanza plenaria è ritornata sul significato della sospensione c.d. impropria, confermandone l'appartenenza alla disciplina del processo amministrativo e collocandosi dunque sulle orme del precedente del 2014; questa volta però con una motivazione assai approfondita, dalla quale emerge chiaramente lo sforzo di inserire il fondamento e la regolamentazione dell'istituto entro un discorso di più ampio spessore sistematico".*

ISSN 2036-7821

anche nel giudizio che viene sospeso[10].

L'ordinanza di rimessione sottopone all'esame dell'Adunanza Plenaria quest'ultima ipotesi, e il Supremo Consesso Amministrativo conclude che la fattispecie deve essere inquadrata nell'ambito dell'art. 295 c.p.c., sulla base di una ricostruzione interpretativa particolarmente significativa e interessante.

La Corte osserva che l'ampia formulazione dell'art. 295 c.p.c., che fa riferimento a "*una controversia, dalla cui definizione dipende la decisione della causa*", consente di comprendervi non solo l'ipotesi di una causa autonoma pregiudiziale, ma anche quella di una questione pregiudiziale sorta nella causa *de quo*.

Per la dottrina, "*E` quanto accade nel caso di rimessione, in un dato giudizio, di una questione alla Corte costituzionale, alla CGUE, questione che, in quel giudizio, ha appunto portata "pregiudiziale", vale a dire nel caso della sospensione impropria "in senso stretto"*[11] [12].

Di conseguenza, si afferma che la c.d. sospensione impropria "in senso stretto" è qualificabile come una *species* della sospensione necessaria (o propria) di cui all'art. 295 c.p.c.

Fatta questa precisazione, nella pronuncia si aggiunge che la sospensione impropria "in senso lato" trova anch'essa fondamento normativo nell'art. 295 c.p.c., evidenziando i seguenti elementi normativi e sistematici[13].

In primo luogo, il Codice del Processo Amministrativo non disciplina in modo diretto tutti i casi di sospensione del processo, menzionando esplicitamente solo la sospensione per querela di falso. Tuttavia, il c.p.a. rinvia in modo dinamico al Codice di Procedura Civile, alle altre leggi e al diritto eurounitario, come stabilito nell'art. 79, comma 1, del c.p.a.

In secondo luogo, l'art. 44, comma 1, della legge n. 69 del 2009 sottolinea che una delle finalità della codificazione del processo amministrativo è l'adeguamento della normativa alle pronunce della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori.

Infine, osserva che in un sistema caratterizzato da una riserva di legge in materia di

---

[10] *Ibidem*.

[11] *Ibidem*.

[12] È necessario sin d'ora precisare che le norme di procedura della Corte costituzionale e della Corte di giustizia stabiliscono che tali organi ad hoc si attivino solo nel caso in cui il giudice, contestualmente all'ordinanza di sospensione, adotti uno specifico atto di promovimento, che però non è previsto dalla disciplina generale sulla sospensione "propria" (art. 295 ss. c.p.c.), nella quale la pregiudizialità impone solo il momentaneo arresto dell'attività processuale. M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 180.

[13] L'assunto di fondo è quello per cui le due ipotesi assolvono alla medesima finalità, ossia attendere che sia definita una questione di portata pregiudiziale per il giudizio *de quo*.

Altresì, è utile evidenziare come "*Nel nucleo della sentenza dell'adunanza plenaria n. 4 del 2024 si nota chiaramente l'adesione del Consiglio di Stato a quella dottrina che, discostandosi in parte dall'opinione che fa capo al Liebman, ha invitato a non sopravalutare le differenze tra la sospensione propria e quella impropria*". M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 196. L'Autore si riferisce al già citato S. MENCHINI, *Sospensione del processo di cognizione*, p. 6.

ISSN 2036-7821

processo, come indicato dall'art. 111, comma 1, della Costituzione, i precedenti giurisprudenziali non possono costituire una fonte autonoma del diritto e devono sempre essere supportati da una norma scritta di rango primario.
Pertanto, sulla base del combinato disposto del principio della legge delega e dell'art. 79, comma 1, c.p.a., la Plenaria conclude che il c.p.a. ha inteso richiamare i casi di sospensione del processo previsti dal c.p.c., interpretandoli alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale precedentemente citata.
Inoltre, l'Adunanza osserva che, considerata la portata normativa *erga omnes* delle pronunce della Corte costituzionale (di accoglimento o interpretativa di rigetto) e della CGUE[14](che affermi il contrasto del diritto nazionale con il diritto eurounitario) e, quindi, la potenziale pregiudizialità della questione sollevata rispetto a tutte le cause pendenti in cui rilevi la medesima questione, si deve qualificare la sospensione impropria "in senso lato" come una *species* della sospensione impropria "in senso stretto", normata espressamente dall'art. 23, l. 11.3.1953 n. 87, e dal par. 25 delle Raccomandazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai giudici nazionali.
Pertanto, secondo la Plenaria, anche la sospensione impropria "in senso lato" deve essere ricondotta, al pari della sospensione impropria "in senso stretto", all'art. 295 c.p.c. e l'opzione tra i due istituti riposa su ragioni di economia processuale e ragionevole durata del processo, nonché sulle volontà delle parti (che, ricordiamo, è un elemento determinante nella ricostruzione dell'ordinanza dell'Adunanza Plenaria n. 28 del 2014), per cui "*nei giudizi in cui sorge una questione gia` pendente davanti a tali Consessi, alle parti deve essere consentita l'opzione tra l'attesa della definizione della questione, senza poter interloquire innanzi ad essi (nel qual caso e` sufficiente la sospensione impropria "in senso lato"), e l'interlocuzione davanti a detti Consessi, per la quale e` strumentale una nuova ordinanza di rimessione e la sospensione impropria "in senso stretto" per la rimessione alla Corte costituzionale o alla CGUE*"[15].
È infatti necessario tenere conto del fatto che "*nel giudizio incidentale di costituzionalita`, non possono proporre intervento le parti di un giudizio diverso da quello a quo in cui l'incidente di costituzionalita` sia stato sollevato, neppure nel caso di parti di un giudizio*

[14] Cfr., con riferimento alle pronunce della CGUE, R. ADAM, *Il rinvio pregiudiziale tra tutela dei diritti soggettivi e controllo delle inadempienze statali*, in J. ALBERTI, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, Pisa, 2023, p. 3 ss., p. 23.

[15] *Ibidem"*. M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 195, ove si specifica quanto segue:*"Se ben si comprende, un ruolo di non poco conto, nell'iter che porta a tale conclusione, è giocato dalla circostanza che il giudicato di accoglimento della Corte costituzionale, così come le sentenze della Corte di giustizia, abbia effetti vincolanti anche fuori del giudizio a quo o del giudizio di rinvio45. Dal fatto che la norma dichiarata incostituzionale o non compatibile con il diritto europeo non possa più ricevere applicazione nei giudizi pendenti (e più in generale, nei rapporti non ancora esauriti) – non solo nel giudizio in cui la relativa questione è stata sollevata – la plenaria ricava che, se un giudice a quo solleva la questione incidentale di costituzionalità o propone rinvio pregiudiziale, qualsiasi altro giudice, ritenuta la questione, dinanzi a sé, anche soltanto "rilevante", sia legittimato (o obbligato?) sospendere il rito ai sensi dell'art. 295 c.p.c"*.

ISSN 2036-7821

oggetto di sospensione impropria "in senso lato"[16] [17]. Altresì, nel caso di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, l'art. 129 del regolamento di procedura della Corte di giustizia UE prevede che *"l'intervento puo` avere come oggetto soltanto l'adesione, totale o parziale, alle conclusioni di una delle parti. Esso non attribuisce gli stessi diritti processuali riconosciuti alle parti; in particolare, quello di chiedere lo svolgimento di un'udienza"* Se ne deduce che, di fronte all'Adunanza Plenaria, non è sufficiente a consentire l'intervento la circostanza che l'interventore sia parte di un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* identica o analoga a quella oggetto del giudizio pendente innanzi all'Adunanza Plenaria[18] [19].

L'altro percorso argomentativo giustifica l'ammissibilità della sospensione impropria "in senso lato" ricostruendo la prassi applicativa dell'istituto, come emerge dal "diritto vivente".

In tal senso va evidenziato che l'Adunanza Plenaria, seppur in via di *obiter dictum*, nella decisione n. 23 del 2020, giustifica la sospensione disposta in pendenza di questione rimessa all'Adunanza plenaria in diverso giudizio come una sospensione disposta "*ex artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c*[20]*.*".

Conformemente, si evidenzia che sono molte le ordinanze di sospensione impropria "in senso lato" che richiamano espressamente l'art. 295 c.p.c.

A questo punto, bisogna aggiungere, seguendo sempre il ragionamento della Plenaria, che nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione, la cosiddetta sospensione impropria "in senso lato" per la pendenza di una questione di costituzionalità o di una questione pregiudiziale eurounitaria in un diverso

---

[16] Corte Cost., 17 settembre 2020, n. 202, 23 novembre 2012, n. 218.

[17] "*Prendendo in considerazione il tema della sospensione impropria, è chiaro che, a bocce ferme e come anche rilevato dalla Corte, un intervento nel giudizio costituzionale spiegato dalla parte del giudizio sospeso si scontrerebbe innanzitutto con il termine perentorio per il deposito dell'intervento da effettuarsi entro venti giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'ordinanza di rimessione*." G. ZAMPETTI, *Apertura del processo costituzionale e ampliamento del contraddittorio nel giudizio incidentale alla luce della riforma delle norme integrative*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n.1, 2021, p. 10.

[18] Cons. St., Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 13; 26 ottobre 2020, n. 23; 2 aprile 2020, n. 10.

[19] In merito M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 199 sottolinea che "*nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la critica della sospensione impropria nasce dal rifiuto della Corte di ammettere, nel giudizio incidentale sulle leggi, l'intervento delle parti del processo, identico a quello a quo, "impropriamente" sospeso. Se la Corte desse credito alle molte voci che da tempo segnalano la possibilità di una revisione di questo indirizzo, il problema della sospensione impropria ne verrebbe proporzionalmente ridimensionato*".

[20] "*Le considerazioni innanzi esposte non mutano per il solo fatto che il Giudice innanzi al quale pende il giudizio, in cui è parte chi (successivamente) spiega intervento innanzi all'Adunanza Plenaria, abbia ritenuto di disporre la sospensione del medesimo, in attesa della enunciazione del principio di diritto, cui conformare la propria successiva pronuncia.Si tratta, in questo caso, di sospensione disposta dal Giudice, ai sensi degli articoli 79, co. 1, cpa e 295 cpc., che, per un verso, è sorretta da ponderate ragioni di opportunità e, per altro verso, non incide direttamente sul thema decidendum, ma consente al medesimo Giudice di vagliare gli approdi cui perviene l'Adunanza Plenaria in funzione nomofilattica. Ciò, per di più, senza che la pronuncia attesa possa inevitabilmente condizionare l'esito del giudizio in cui è parte chi ha spiegato intervento, ben potendo il Giudice di tale controversia non condividere il principio di diritto enunciato e disporre ai sensi dell'art. 97, co. 3 c.p.a.*" Cons. St., Ad. Plen., 26 ottobre 2020, n. 23.

ISSN 2036-7821

processo, viene disciplinata in modo differente dalle due giurisdizioni. In particolare, il Consiglio di Stato, seguendo la prassi consolidata e confermata dall'Adunanza Plenaria del 2014, dispone tale sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. La Corte di Cassazione, invece, con riferimento alla sentenza della Sezione I del 26 marzo 2013, n. 7580, riconduce la sospensione in questione all'art. 296 c.p.c., seppur con degli "adattamenti".

Nonostante queste diverse impostazioni normative, le due soluzioni risultano sostanzialmente convergenti, ad avviso della Plenaria. In entrambi i casi, infatti, la sospensione è subordinata al consenso delle parti e non richiede la fissazione di un termine per la nuova udienza.

In conclusione, viene evidenziato che l'Adunanza Plenaria del 2014 non ha inteso creare un nuovo caso di sospensione del processo *praeter legem* o *contra legem*; al contrario, ha ricostruito il quadro normativo di un istituto già disciplinato dall'ordinamento, fondato sul consenso delle parti e sull'assenza di una lesione del contraddittorio. Di tale ricostruzione, nella pronuncia si apprezza il bilanciamento delle esigenze di economia processuale con quelle di tutela del contraddittorio, garantendo in tal modo la coerenza con il sistema normativo esistente. Difatti, nel "diritto vivente", la sospensione impropria è ritenuta ammissibile solo entro i limiti dei casi di sospensione già previsti dall'ordinamento, escludendosi, in conformità con i principi espressi dal Giudice Costituzionale, la possibilità di riconoscere ipotesi di sospensione del processo per mere ragioni di opportunità, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge.

Ritornando all'analisi del ragionamento, si nota che la soluzione preferibile è quella che qualifica la sospensione impropria "in senso lato" come sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c..

Tuttavia, la Plenaria afferma che, da un lato, ai fini pratici, si ottiene un effetto equivalente anche qualora tale sospensione venga disposta ai sensi dell'art. 296 c.p.c., e dall'altro lato, vi sono casi in cui la soluzione più appropriata è l'adozione di un'ordinanza *ex* art. 296 c.p.c..

Nello specifico, la Plenaria osserva che nel paradigma normativo dell'art. 295 c.p.c., la sospensione impropria "in senso lato" deve essere disposta sentite le parti, come previsto dall'art. 73, comma 3, c.p.a.. Solo nel caso in cui le parti, o anche una sola di esse, esternino la volontà di interloquire direttamente davanti alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia dell'UE o alla Plenaria si procederà a una nuova rimessione alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia dell'UE o alla Plenaria con sospensione impropria "in senso stretto", nei primi due casi.

L'ordinanza di sospensione impropria "in senso lato" adottata ai sensi dell'art. 295 c.p.c. non prevede la data della nuova udienza e impone alle parti l'onere di presentare un'istanza di fissazione di udienza ai sensi dell'art. 80, comma 1, c.p.a.,

ISSN 2036-7821

una volta cessata la causa di sospensione del processo.
Al contrario, la disciplina della sospensione ai sensi dell'art. 296 c.p.c. richiede: l'istanza di tutte le parti, giustificati motivi per la sospensione, un periodo di sospensione non superiore a tre mesi e la fissazione, nell'ordinanza di sospensione, dell'udienza per la prosecuzione del processo.
La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 7580 del 2013, "manipola" la disciplina *ex* art. 296 c.p.c., in quanto non viene necessariamente fissato un termine finale per la sospensione né l'udienza di prosecuzione del processo. Tuttavia, la Plenaria si chiede se tale "manipolazione" sia consentita alla luce dei principi costituzionali di ragionevole durata del processo, economia processuale e delle sentenze della Corte costituzionale nn. 207 del 2004, 202 del 2020, 218 del 2021. Difatti, è opportuno evidenziare che in linea di principio la sospensione del processo, estendendo i tempi processuali e causando un *vulnus* alla corretta ed efficiente gestione delle udienze, è un istituto di carattere eccezionale e non può essere soggetto a meccanismi di interpretazione analogica[21]. Tuttavia, l'art. 296 c.p.c., laddove prevede la sospensione per un termine non superiore a tre mesi, deve essere interpretato alla luce dell'art. 152, comma 2, c.p.c., secondo cui "*i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiari espressamente perentori*". Pertanto, il termine di tre mesi previsto dall'art. 296 c.p.c. deve ritenersi ordinatorio e non perentorio, consentendosi, in virtù di ragioni obiettive come l'attesa dell'esito di un incidente di costituzionalità, di una pregiudiziale europea, o di una rimessione all'Adunanza Plenaria, sia la fissazione di un termine più lungo sia l'assenza di qualsivoglia termine.
Di conseguenza, la sospensione impropria "in senso lato" può essere qualificata come sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (o dell'art. 296 c.p.c.), con conseguente obbligo per le parti di essere informate, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., della possibilità di esperirla in alternativa alla diretta rimessione della questione alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia dell'UE o all'Adunanza plenaria. Sull'alternativa, le parti devono concordare e di tale accordo dovrà essere dato atto

[21] Nella dottrina più recente, è accolta l'impostazione per cui "*L'art. 295 c.p.c. e`istituto eccezionale (operante quando la situazione dedotta in giudizio nel processo pregiudicante e`fatto costitutivo di quella dedotta nel processo pregiudicato), né il vigente codice di procedura civile ammette forme atecniche di sospensione*", R. TISCINI, *Procedimento unitario e coordinamento tra strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e liquidazione giudiziale*, in *Il Processo*, 2022, p. 785. Altresì, A.TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXII ed., Giuffrè Editore, Milano, 2015, 61. A tal riguardo, la Cassazione Sezione Penale, con la sentenza n. 14972 del 24 marzo 2005, ha dichiarato che "*la sospensione del processo è una misura eccezionale che il giudice può adottare solo quando la legge lo prevede esplicitamente*"; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione nel processo civile di cognizione*, Cacucci Editore, Bari, 1987, pp.112 e 484; ID., *Le sezioni unite cassano la sospensione facoltativa del processo civile*, in *Foro.* it., n. 1, 2004, pp. 1474 ss.; C.MANDRIOLI-A.CARRATTA, *Diritto processuale civile*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 362, nota 48; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Giappichelli, Torino, 2009, vol. II, pp. 180 ss. In senso conforme, Cipriani afferma che "*la tassatività, nell'implicare l'illegittimità del ricorso all'istituto della sospensione al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, esclude che sia illecito allungare la durata delle sospensioni previste per legge.*" F.CIPRIANI, voce *Sospensione del processo*, punto I), *Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.*, n.2, Treccani, vol. XXX, Roma, 1993,.2.

ISSN 2036-7821

nel verbale di udienza e nell'ordinanza di sospensione[22].

2.4 Aspetti critici.

Terminata l'analisi dei passaggi della pronuncia in questa sede maggiormente rilevanti, si intende adesso evidenziarne alcuni profili problematici, ipotizzando, ove possibile, alcune soluzioni alternative. La prima considerazione critica che è possibile formulare attiene ad un principio centrale nel ragionamento della Plenaria, già espresso dalla stessa nel 2014[23]. Ci si riferisce al riconoscimento dell'ammissibilità della sospensione sulla base del ragionamento per cui "*non si rinviene (...) nel sistema della giustizia amministrativa (arg. ex artt. 79 e 80 c.p.a.) una norma che vieti una tale ipotesi di sospensione*". In dottrina è puntualmente evidenziato come le prime perplessità in merito si ritrovino già nella citata ordinanza di rimessione alla Corte, ove si afferma che "*è piuttosto ciò che non è previsto dal legislatore che di regola non può essere consentito al giudice*"[24]. Altresì da condividere è l'argomento secondo cui la logica di stampo liberista insita nell'arresto dalla Plenaria del 2014, maggiormente conforme in un ambito di diritto sostanziale in cui sono presenti esigenze di mercato, non trova spazio, invece, in ambito processuale, nel quale la discrezionalità del potere decisionale del giudice richiede necessariamente una previsione legislativa alla base: difatti, l'art. 101, comma 2, Cost. riserva alla legge non solo la normativa sostanziale che i giudici devono applicare nel giudicare ma anche le modalita` dell'esercizio della funzione giurisdizionale e l'ampiezza dei poteri[25]. Nonostante ciò, e nonostante la Corte costituzionale abba stigmatizzato la prassi della sospensione in questione proprio perchè "*difforme da univoche indicazioni normative*"[26], la Plenaria ha mantenuto in tutte le pronunce giurisprudenziali sul tema la medesima argomentazione secondo cui, pur non essendovi all'interno dell'ordinamento un dato normativo espresso, la sospensione impropria "in senso lato" risulta compatibile con il sistema processuale[27]. La suddetta impostazione è stata recepita nel 2023 dalla

[22] Inoltre, si afferma che, in base a una valutazione prospettica sui tempi di decisione dell'incidente che ha causato la sospensione, l'ordinanza dovrà indicare il termine massimo di sospensione e fissare la nuova udienza, oppure non fissare alcun termine. In questo secondo caso, l'ordinanza dovrà espressamente informare le parti che esse hanno l'onere di presentare un'istanza di fissazione di udienza per la prosecuzione del processo ai sensi dell'art. 80, comma 1, c.p.a.

[23] Cons. St., Ad. Plen., 15 ottobre 2014 n. 28.

[24] Cons. St., sez. VI, 17 novembre 2023, n. 9876.

[25] S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, CEDAM, Padova, 1964, pp. 232 ss. In merito, anche S. FOIS, *Legalita` (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè Editore, Milano, 1973, pp. 683-684, in cui si legge che l'indipendenza funzionale di cui all'art. 101 Cost. trova significato solo entro i limiti di quanto stabilito dalla legge.

[26] Corte Cost., 17 settembre 2020 n. 202.

[27] Si vedano relativamente alla possibilita` di sospendere il giudizio amministrativo in ragione della pendenza di una questione di costituzionalita` di una norma rilevante, pur sollevata in altro giudizio, con obbligo di riassunzione *ex* art. 80 c.p.a. in seguito alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, Tar Lazio, Latina, sez. I, 30 maggio 2016, n. 343; Tar Basilicata, sez. I, 12 settembre 2016, n. 878; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 10

ISSN 2036-7821

stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, in tema di rapporto tra giudizio di impugnazione dell'informazione antimafia interdittiva e il controllo giudiziario di competenza del giudice penale, aveva invece affermato che l'ammissibilità della sospensione del processo amministrativo al di fuori delle ipotesi strettamente disciplinate dalla legge "*giungerebbe a snaturare la funzione tipica del processo, da «strumento di tutela» delle situazioni giuridiche soggettive ed attuazione della legge, a mero «strumento per l'attivazione di ulteriori mezzi di tutela»*" e provocherebbe un'alterazione della "*funzione della sospensione del processo. Da strumento preventivo rispetto al rischio di contrasti di giudicati, secondo una logica interna all'ordinamento processuale basata sulla sua unitarieta` e sul principio di non contraddizione, la sospensione del giudizio (...) porrebbe impropriamente a carico del processo (...) la realizzazione di obiettivi di politica legislativa, esorbitanti dai compiti del giudice, nella sua soggezione alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.)*"[28]. Si ritiene di condividere la posizione di chi afferma che in cio` risiede il punto maggiormente problematico della questione: l'alterazione degli strumenti processuali in via interpretativa, che finisce per snaturare il senso di una previsione del codice di procedura per perseguire un risultato "ultroneo" rispetto alla domanda di tutela e proprio della politica giurisdizionale, consistente, nella Plenaria del 2023, nell'unitarieta` dell'accertamento del fatto e, in quella del 2024, nel rapporto tra giudizi nell'ordinamento multilivello. Inoltre, è singolare che la pronuncia in commento non tenga conto dell'impostazione del suo precedente piu` recente, aggirando di fatto la regola della tassativita` delle ipotesi di sospensione del giudizio avallando una lettura ampia dell'art. 295 c.p.c[29] [30].

Si intende adesso analizzare un ulteriore aspetto problematico: la dottrina è concorde nell'affermare che la sospensione del processo *ex* art. 295 c.p.c. ha come presupposto necessario il collegamento tra giudizi di organi giurisdizionali differenti che hanno come oggetto la medesima situazione sostanziale; o meglio, ha come presupposto necessario l' "*esigenza di rimediare, ex ante, a possibili problemi derivanti dal coordinamento tra pronunce emanate da organi giurisdizionali diversi, quando la tutela della medesima fattispecie sia «frammentata», in quanto rimessa alla decisione di differenti tribunali in ragione di un limite imposto da norme processuali al potere decisorio del giudice*

---

marzo 2017, n. 484; sez. II, ord. 27 ottobre 2022, n. 2848; Tar Liguria, sez. I, 19 ottobre 2017, n. 786; Tar Abruzzo, sez. I, 2 luglio 2018, n. 213; 9 aprile 2019, n. 112; Tar Campania, Napoli, sez. IV, 4 novembre 2019, n. 5217; 10 ottobre 2018, n. 506; Tar Marche, sez. I, 17 aprile 2019, n. 252; Trga, Trento, sez. I, 19 febbraio 2021, n. 22.

[28] Cons. St., Ad. Plen, 13 febbraio 2023, n. 7 al punto 19.

[29] E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità* in *Diritto Processuale Amministrativo*, n.2, 2024, p. 395.

[30] Nella dottrina più recente, è accolta l'impostazione tradizionale: "*L'art. 295 c.p.c. e` istituto eccezionale (operante quando la situazione dedotta in giudizio nel processo pregiudicante e` fatto costitutivo di quella dedotta nel processo pregiudicato), né il vigente codice di procedura civile ammette forme atecniche di sospensione*", R. TISCINI, *Procedimento unitario e coordinamento tra strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e liquidazione giudiziale*, in *Il Processo*, 2022, p. 785.

ISSN 2036-7821

amministrativo"[31]. L'autore citato, Eduardo Parisi, chiarisce che la finalità della sospensione necessaria è la ricerca dell'"*unicità della verità processuale*", la quale richiede di essere realizzata solo nel caso in cui, tuttavia, la posizione giuridica sostanziale accertata dai differenti organi giurisdizionali sia la medesima[32] [33]. Nella fattispecie oggetto di analisi, si osserva che la situazione risulta essere differente. Nel caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e nel caso di proposizione della questione di costituzionalità, il problema di fondo è un dubbio interpretativo di una norma applicabile al caso di specie. Pertanto, non siamo di fronte all'esigenza *ex* art. 295 c.p.c. per come sopra richiamata, quanto in una situazione in cui il giudice, astenutosi dal decidere nel merito, chiede dei chiarimenti in merito all'interpretazione dei parametri di legittimità relativi alle norme applicabili alla questione sottopostagli[34]. Difatti, le sospensioni disciplinate dall'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 e agli articoli 19, paragrafo 3, lett. b) TUE e 267 TFUE consentono di ricostruire la legittimità delle norme rilevanti per la soluzione del caso oggetto del processo *a quo*[35]. Lo stesso vale per la sospensione prevista in attesa della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, funzionale a garantire che venga deliberato il principio di diritto necessario per la definizione del processo a valle.

Un ulteriore profilo controverso da analizzare consiste nell'argomentazione della Plenaria con cui si giustifica la necessità di sospendere il processo in ragione del valore vincolante delle pronunce degli organi ai quali si rimette la questione interpretativa. Alle stesse pronunce viene riconosciuta una "portata normativa". In dottrina, si afferma in merito che l'accezione "normativa" di cui sopra è limitata alle ipotesi di sentenza interpretativa (che sia di accoglimento o di rigetto) e di incostituzionalità/invalidità[36]. Inoltre, le sentenze in questione sono pronunce giurisdizionali, limitate in termini di "normatività" al caso di specie. Difatti, un eventuale nuovo rinvio pregiudiziale è possibile nel caso di difformità della fattispecie alla base o nel caso di un diverso dubbio interpretativo sulla normativa,

---

[31] E. PARISI, *Le sospensioni del processo amministrativo* in *Contributi di Diritto Amministrativo, Studi e Monografie,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p.144.

[32] *Ibidem*. A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in Giur.it, n,4, 1987, p. 417, evidenzia la funzione dell'art. 295 c.p.c. per collegare l'oggetto di due giudizi connessi, per cui "*al modo come sia definito l'uno di essi possa essere legata la giusta decisione dell'altro*".

[33] "*L'art. 295 c.p.c. subordina la sospensione del processo alla pendenza di una «controversia» pregiudicante («dalla cui risoluzione dipende l'esito della causa»), che nell'interpretazione prevalente significa una vera e propria causa, non una questione incidentale sulla validità (in senso lato) delle norme da applicare nella controversia pregiudicata. Perciò la dottrina prevalente esclude l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. alla pregiudiziale costituzionale (e lo stesso vale per quella euro-unitaria)*". M.MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 185.

[34] M. CAPPELLETTI, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 132 ss.

[35] Sul punto si veda altresì G. RESSANI, *La sospensione del processo*, in *Diritto processuale civile*, a cura di L. DITTRICH, Milano, 2019, p. 2427.

[36] E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità*, cit., p. 397.

ISSN 2036-7821

potendo in tal modo generarsi una catena di rinvii poco funzionale all'effettività della tutela giurisdizionale[37].

In dottrina si fa riferimento altresì ad un altro aspetto controverso relativo alla giurisprudenza costituzionale, eurounitaria e di legittimità relativa alla retroattività delle pronunce di incostituzionalità/invalidità solo con riferimento ai rapporti sorti prima dell'emanazione delle sentenze in questione, purchè chiaramente non si tratti di rapporti esauriti. Si prenda in considerazione le pronuncia 16 marzo 2006, C-234/04, in cui si legge che "*il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorita` di cosa giudicata a una decisione, anche quando cio` permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*"[38] (si veda, in senso conforme, altresì 1 giugno 1999, C-126/97). Inoltre, con sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00, la Corte ha affermato che "*il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce [alla certezza del diritto] e da cio` deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo*". Nella stessa direzione è la giurisprudenza di legittimità. A titolo di esempio, in dottrina si riportano le pronunce della Cassazione civile (sez. lav., 1 febbraio 1996, n. 891 e sez. III, 28 luglio 1997, n. 7057), secondo cui nel perimetro dei rapporti esauriti vanno ricompresi "*altri fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale, quali la prescrizione e la decadenza*" e la pronuncia della Cassazione civile (sez. trib., 25 luglio 2012, n. 13087) ove si afferma che "*In tema di rimborso delle imposte sui redditi, l'indebito tributario è soggetto ai termini di decadenza o prescrizione previsti dalle singole leggi di imposta, qualunque sia la ragione della non debenza (...) [. L]a scadenza del termine per richiedere il rimborso determina il consolidamento dei rapporti di dare e avere tra contribuente ed erario e l'esaurimento dello stesso rapporto tributario (cfr. Cassazione 9223/2011), con la conseguenza che il contenuto dello stesso non può più essere rimesso in discussione. Ne deriva che, anche le richieste di rimborso dei tributi incompatibili con la normativa comunitaria, devono essere presentate entro i termini di decadenza, termini che non contrastano con le disposizioni comunitarie*". Con riferimento alle pronunce di incostituzionalità, la giurisprudenza riconosce che "*[f]uori delle ipotesi, aventi carattere di eccezionalità, in cui essa travolge tutti gli effetti degli atti compiuti in base alla norma illegittima, la dichiarazione di incostituzionalità (avuto riguardo al precetto costituzionale violato, alla disciplina dettata dalla norma riconosciuta costituzionalmente illegittima e alla natura del rapporto disciplinato da quest'ultima) comporta la caducazione dei soli effetti non definitivi e, nei rapporti ancora in corso di*

[37] *Ibidem*.

[38] Si vedano anche CGUE, 27 marzo 1980, C-127-128/79; 13 febbraio 1996, C-197 e C-252/94, punto 47; 2 dicembre 1997, C-188/95, punti 36-37; 15 settembre 1998, C-231/96.

ISSN 2036-7821

svolgimento, anche degli effetti successivi alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale, restando quindi fermi quegli effetti anteriori che, pur essendo riconducibili allo stesso rapporto non ancora esaurito, abbiano definitivamente conseguito, in tutto o in parte, la loro funzione costitutiva, estintiva, modificativa o traslativa di situazioni giuridicamente rilevanti"[39]. Si evince, pertanto, che il principio di certezza del diritto impone l'individuazione del momento temporale prima del quale gli effetti della sentenza non retroagiscono. La giurisprudenza individua tale momento nella decadenza dell'azionabilità della posizione giuridica di diritto o interesse legittimo, fatte salve le norme vigenti che specificano termini prescrittivi e decadenziali. Di conseguenza, si può affermare che la sospensione impropria "in senso lato" prolunga i processi pendenti così da permettere un'eventuale disapplicazione della norma incostituzionale o contraria al diritto eurounitario[40]. Aspetto che risulta, ovviamente, non condivisibile in quanto si introdurrebbe surrettiziamente all'interno del processo un meccanismo rientrante nella disponibilità delle parti che consente alle stesse di mantenere abusivamente aperto un rapporto giuridico per le ragioni di cui sopra.
Si giunge adesso ad esaminare il passaggio centrale della sentenza. Ricordiamo che i giudici di Palazzo Spada giustificano l'ammissibilità della sospensione impropria "in senso lato" richiamando i principi di economia processuale e ragionevole durata del processo[41]. A questa affermazione, è possibile in primo luogo obiettare che i giudici amministrativi, in virtù dell'inquadramento della fattispecie sospensiva all'interno della disciplina *ex* 295 c.p.c., sono costretti ad arrestare il processo di fronte a qualsivoglia dubbio sulle norme rilevanti per l'oggetto della decisione, e ciò anche nel caso peggiore in cui il dubbio si risolva in una sentenza di inammissibilità o di rigetto. Se riconosciamo la validità dell'obiezione di cui sopra, il valore protetto

[39] Cass. Civ., sez. III, 11 aprile 1975, n. 1384. Si vedano in merito anche Trib. Roma 14 febbraio 1995, n. 1568, ove si afferma che "*L'efficacia retroattiva della sentenza dichiarativa dell'illegittimita` costituzionale di norma di legge non si estende ai rapporti esauriti, ossia a quei rapporti che, sorti precedentemente alla pronuncia della Corte costituzionale, abbiano dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate ed intangibili in virtu` del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitivita` di provvedimenti amministrativi non piu` impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza, ovvero del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale*"; Cons. St., sez. VI, 20 novembre 1995, n. 1312, secondo cui "*Il principio secondo il quale l'efficacia retroattiva delle pronunce della Corte costituzionale recanti dichiarazione de illegittimita` costituzionale incontra il limite della irrevocabilita` degli effetti prodotti dalla norma invalidata nell'ambito dei rapporti esauriti, e` applicabile alle sentenze cosi` dette additive*".

[40] E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità*, cit., p.400.

[41] "*La prassi di disporre la sospensione "propria", quando ricorrerebbero i presupposti della sospensione "impropria" – appagandosi dell'informazione che quest'ultima è già stata disposta in un diverso giudizio – è agli occhi del Consiglio di Stato doppiamente vantaggiosa, perché dà al giudice il beneficio di decidere la causa dopo che è stata definita la questione pregiudiziale, e, al tempo stesso, permette di conseguire un risparmio in termini di durata del processo e di impiego di risorse giudiziarie, evitando che gli uffici, le parti, la stessa Corte, siano costretti a un'attività replicativa di quella già svolta dopo il primo atto di promovimento*". M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p.180.

ISSN 2036-7821

dall'argomentazione della Plenaria risulta essere l'omogeneità di trattamento tra le due situazioni giuridiche che, non operando la sospensione impropria, sarebbero decise in maniera differente a breve distanza di tempo. A ciò, è tuttavia possibile obiettare riconoscendo come l'ordinamento tolleri la difformità di trattamento tra fattispecie giuridiche identiche decise in base alla medesima norma. Si osservi, infatti, che l'autorità della cosa giudicata è protetta anche con riferimento alle sentenze della Corte costituzionale e della Corte di giustizia[42]. Inoltre, una norma di legge è considerata in vigore fino alla sua dichiarazione di incostituzionalità o di contrarietà alla normativa eurounitaria, con conseguente validità ed efficacia dei provvedimenti amministrativi che hanno come fonte la medesima legge e che non sono stati tempestivamente impugnati. Difatti, gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma di legge non comportano l'invalidazione degli atti e provvedimenti amministrativi che non siano stati a questi fini impugnati o nei confronti dei quali il ricorso giurisdizionale sia stato dichiarato perento[43]. Infatti, "*il venir meno del presupposto normativo di un atto (nella specie declaratoria di incostituzionalità) non ne comporta la caducazione ipso iure, essendo comunque necessaria la sua rimozione con un provvedimento giurisdizionale o in via di autotutela*"[44]. Si aggiunge che è contemplata la possibilità che vi siano ricostruzioni differenti della medesima fattispecie. Ad esempio, non è presente l'istituto della pregiudiziale penale necessaria nel nostro ordinamento[45]. Infine, è da considerarsi che è consentita una difforme ricostruzione delle medesime posizioni giuridiche sostanziali da parte di giudici diversi. L'art. 8 c.p.a., consente infatti la conoscenza incidentale di questioni pregiudiziali che non siano quelle elencate dal comma secondo della norma stessa[46]. Quanto affermato permette di sostenere che il legislatore processuale favorisce i principi della certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici (aspetti rinvenibili nel valore del giudicato), il carattere vincolante delle norme positive e l'obbligo del giudice di fornire una risposta alla domanda processuale rispetto al principio di uniformità dell'applicazione della *regula iuris*, almeno nei casi in cui ciò non frammenti la pronuncia relativa alla medesima fattispecie oggetto di giudizio[47].

---

[42] S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 145.

[43] Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2001 n. 3237.

[44] Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2001 n. 1695.

[45] E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità* cit., p. 401.

[46] La giurisdizione al riguardo è in capo al giudice ordinario, come ribadito dalla Corte costituzionale (nella pronuncia 11 novembre 2011 n. 304), ove si afferma che per «*l'esigenza di assicurare [...] una sede e un modello processuale unitari [...]. La devoluzione dell'incidente di falso al giudice civile rappresenta una (unanimemente condivisa) opzione di sistema, non soltanto di risalente tradizione [...] ma anche volta a rispondere a persistenti valori ed esigenze di primario risalto [...] tra cui la necessaria tutela della fede pubblica*». Altresì, Cons. St., sez. V, 13 settembre 1999, n. 1052; Cass Civ., S.U., 22 giugno 2018, n.16957.

[47] E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità* cit., p. 401.

ISSN 2036-7821

Infatti, così come un giudice non è vincolato all'interpretazione giuridica espressa da un altro giudice di pari grado in un diverso procedimento, non esiste una norma che imponga la condivisione del dubbio di costituzionalità, di legittimità eurounitaria o di interpretazione della norma applicabile. Ogni giudice è libero, anzi tenuto, a adattare le previsioni normative alla fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione, potendo anche eventualmente superare i dubbi sorti in un contesto processuale diverso sulla validità di una determinata norma. Questo non implica che la correttezza della sentenza, anche in termini di omogeneità di trattamento, non costituisca un valore riconosciuto dall'ordinamento. Anzi, tale principio è tutelato dagli strumenti che il giudice ha a disposizione nell'esercizio della propria discrezionalità, al fine di garantire una decisione giusta, anche sotto il profilo di un inquadramento uniforme della fattispecie sostanziale. Tra questi strumenti, si annoverano, ad esempio, la sospensione facoltativa *ex* art. 337, comma 2 c.p.c., che consente di introdurre nel giudizio una verità processuale elaborata da un altro organo giudicante, sebbene senza l'autorità della cosa giudicata, o altri meccanismi indicati dall'Adunanza Plenaria, quali la sospensione su accordo delle parti *ex* art. 296 c.p.c. o la cancellazione della causa dal ruolo, pur se privi di una disciplina adeguata. Si osserva che questi rimangono i mezzi attraverso cui è possibile gestire la complessità della realtà giuridica sostanziale, avvicinando la verità processuale a quella del mondo reale[48] [49]. Tuttavia, si auspica che vengano adottate formule più uniformi di intervento nel processo *ad quem* da parte di chi, trovandosi in una posizione qualificata, in quanto portatore della stessa situazione giuridica fatta valere da altri nel giudizio *a quo*, possa apportare elementi utili per la valutazione della norma[50] [51] [52].

---

[48] *Ibidem*.

[49] Altresì, in dottrina, sorge il seguente interrogativo: "*perché non applicare la norma sul rinvio dell'udienza, anziché sforzarsi di "creare" un'ipotesi di sospensione che in fondo aggrava la posizione delle parti, costringendole a presentare l'istanza di riassunzione entro un termine di decadenza?*". M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p.200.

[50] G. TROPEA, *L'intervento volontario nel processo amministrativo di primo grado*, in *Diritto processuale amministrativo*, n. 1, 2023, pp. 39 ss.; M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove forme integrative*, in *Giur. cost*., 2020, n.2, p. 1013.

[51] In dottrina ci si esprime nel seguente modo sul punto: "*Appare piuttosto difficile, intanto, ragionare di effettiva apertura con riferimento alla formalizzazione in norma regolamentare ad hoc della giurisprudenza consolidata relativa all'intervento di terzi (tendenzialmente restrittiva, specie negli ultimi tempi, pur con qualche eccezione): negli ultimi due anni, infatti, la Corte ha ripetutamente ribadito il suo precedente indirizzo interpretativo anche nei piu` problematici casi di sospensione impropria pronunciata in giudizi analoghi a quello a quo (vi si e`soffermato il Prof. Romboli nella sua relazione); limitandosi a rilevare che questa prassi deve ritenersi illegittima, e che contro di essa e` necessario reagire con gli ordinari mezzi d'impugnazione (si veda, in particolare, l'ordinanza n. 202/2020). Eppure, l'inammissibilita` degli interventi dei terzi incolpevolmente pregiudicati dalla sospensione impropria (coloro che hanno fatto tutto quanto era in loro potere per sollecitare un'ulteriore rimessione alla Corte, senza ottenerla) continua ad apparire difficilmente giustificabile, oggi come ieri (D'Amico, 1998; Monaco, 2016; Pugiotto, 2019; Luciani, 2020); soprattutto perché, a ben vedere, e` piuttosto arduo reagire in modo utile e concreto alle ordinanze che dispongono la sospensione impropria: basti considerare come esse siano spesso considerate non solo legittime, ma anche non impugnabili, perché non aventi carattere decisorio (significativa, al riguardo, la giurisprudenza espressa dal Giudice Amministrativo). Il vulnus al diritto di difesa appare, in questi casi, troppo evidente per*

ISSN 2036-7821

Per concludere, si nota che la già evidenziata frammentarietà e lacunosità delle norme in tema di sospensione implica una forte difficoltà nel gestire le ipotesi maggiormente complesse, tra le quali, appunto, quella sottesa alla sospensione impropria "in senso lato". La ricostruzione offerta dalla Plenaria rappresenta, infatti, uno sforzo argomentativo giustificato da esigenze reali e concrete ma che, tuttavia, manca di una base normativa espressa all'interno dell'ordinamento processuale[53]. Difatti, non è presente nell'ordinamento processuale amministrativo, e anche in quello civile, una norma che disciplini in maniera puntuale la fattispecie in questione[54].

In proposito, i sopracitati arresti del Consiglio di Stato e della Corte costituzionale hanno enfatizzato il carattere tassativo delle ipotesi di sospensione del processo previste dalla legge e il divieto di novazione giurisprudenziale contenuto nell'art. 101, comma 2 Cost. Nonostante ciò, la Plenaria ha dovuto comunque risolvere il rischio maggiormente concreto, relativo alla possibilità che siano assunte a breve distanza decisioni contrastanti con orientamenti interpretativi della Corte costituzionale, della Corte di giustizia o dell'Adunanza Plenaria di segno differente[55]. I giudici di Palazzo Spada si dimostrano, infatti, maggiormente preoccupati per la pratica operatività processuale più che alla rigorosità sistematica e argomentano, appunto, nel senso dell'ammissibilità dell'istituto, in un'ottica evolutiva e

---

essere taciuto; e che cio` avvenga in un periodo di maggiore, dichiarata apertura nel giudizio, finisce inevitabilmente per aggravare tale vulnus". G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e opinione pubblica: nel giudizio, intorno al giudizio, oltre il giudizio (alcuni brevi* rilievi), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.1, 11 febbraio 2023, p. 117. In tema altresì, M. D'AMICO, *Sospensione del processo e questione di costituzionalita` pendente*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, n.2, pp. 75 ss. Per un eventuale partecipazione al contraddittorio dei soggetti che non fossero parti del giudizio *a quo* (o non ricorrenti o resistenti nel giudizio sulle leggi da ricorso) si veda V. ANGIOLINI, *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, in ID. (a cura di), *Il contradittorio nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 20, ove si afferma che "*La coerenza con il principio della «parita` delle armi» dovrebbe tuttavia imporre, in primo luogo, che il termine per costituirsi in giudizio, per tali «interventori», sia il medesimo che per le altre «parti»*".

[52] In dottrina, si è suggerito che la Corte potrebbe ammettere un'eventuale tipologia di intervento del terzo leso per effetto di una sospensione non accompagnata dal rinvio. R. BORRELLO, *L'intervento nel processo costituzionale di parti provenienti da giudizio «analogo» sospeso senza rimessione, tra esigenza di tutela dell'incidentalita` in senso esterno e garanzia del contraddittorio*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2003, pp. 1393 ss.

[53] Esempi in questo senso si ritrovano nelle seguenti pronunce: Cons. St., sez. IV, ord. n. 3926/2002; sez. V, ord. n. 5387/2011; Cons. St., Ad. Plen., ord. n. 28/2014; Tar Puglia, Lecce, sez. I, n. 3674/2015; Tar Liguria, sez. I, n. 786/2017; Tar Abruzzo, sez. I, n. 112/2019; Tar Marche, sez. I, n.252/2019.

[54] "*In cio` risiede l'interesse scientifico della sentenza in esame, che e` una mirabile espressione della complessita` del sistema processuale e delle difficolta` in cui gli organi giudicanti si trovano a decidere in assenza di disposizioni processuali adeguate*". E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità* cit., p. 402.

[55] "*Tuttavia non puo` non rilevarsi come, a prescindere dalla qualificazione della sospensione per pregiudizialita`, come sospensione "impropria" o come sospensione "necessaria" ex art. 295 c.p.c., il delineato meccanismo contribuisca a "prevenire" il contrasto tra giudicati interni e giudicato comunitario, consolidando il ruolo della Corte di giustizia quale interprete qualificato del diritto europeo*". C. DI SERI, *La certezza del diritto "costituzional-europeo" nei complessi rapporti tra giudicato interno e comunitario*, Tesi Dottorale, p. 22.

ISSN 2036-7821

maggiormente flessibile dello stesso[56]. Se ne apprezza, pertanto, la capacità di inquadrare l'istituto alla luce dei principi di effettività e tenuta del sistema normativo sostanziale, cercando di trovare una giusta ponderazione tra questi ultimi. Inoltre, è da considerare che a livello giurisprudenziale e dottrinale, è comune una tendenza oppositiva rispetto alla operatività e all'interpretazione in termini estensivi della figura della sospensione del processo, configurandosi in questo modo una difficoltà ulteriore per l'introduzione di "nuove" fattispecie all'interno dell'ordinamento. Le argomentazioni alla base di questa tesi risiedono nel principio di ragionevole durata del processo. Un esempio chiaro in questo senso lo si ritrova nella pronuncia del Tar Lazio, Roma, sez. II, 28 febbraio 2018, n. 2215, ove si afferma che "*nell'attuale sistema processuale, improntato al principio costituzionale della ragionevole durata del processo, deve reputarsi di norma esclusa, salvi i casi eccezionalmente previsti dalla legge, ogni possibilità di disporre la sospensione per ragioni di mera opportunità*". Il principio di ragionevole durata del processo, inoltre, non può ammettere che vengano impiegati particolari meccanismi processuali quando la legge riconosce al giudice un margine di discrezionalità tra strumenti alternativi funzionali al medesimo effetto, quali, in questo caso, la riunione dei giudizi. Difatti, si osserva, una riunione tra cause può essere realizzata dalla Corte costituzionale, dalla CGUE o dall'Adunanza Plenaria, al fine di ottenere una pronuncia su casi simili, sì da evitare il qui temuto prolungamento dei giudizi *a quo* che si avrebbe nel caso di possibili pronunce contrastanti o, semplicemente, perché un giudizio sull'interpretazione della norma dubbia dura più dell'altro. Si cita, come esempio in merito, quanto previsto dall'articolo 15 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, secondo cui "*il Presidente, d'ufficio o a richiesta di parte, può ordinare che due o più cause siano chiamate alla medesima udienza per essere, se del caso, congiuntamente discusse. Dopo la discussione la Corte delibera se e quali cause debbano essere riunite per un'unica pronunzia*". Pertanto, ritornando al ragionamento, l'ammissibilità del meccanismo di sospensione impropria "in senso lato" sarebbe da considerarsi un'artificiosa ricostruzione di una causa di sospensione, non rispondente a criteri di economia processuale e in contrasto con la tassatività delle ipotesi di sospensione[57].

[56] "*In una dinamica che sicuramente tornera`ad essere oggetto di ripensamento in ragione della sua centralita`rispetto al collegamento tra giudizi differenti, pare doversi sottolineare in conclusione come la pronuncia della Plenaria faccia emergere un conflitto potenzialmente dirompente tra caratterizzazione del processo in funzione del servizio reso alle parti, che porta a valorizzare la percezione di giustizia della pronuncia resa, e tenuta sistematica dell'ordinamento di diritto sostanziale, che richiede l'imposizione di limiti temporali all'esercizio di azioni. Equita`e certezza; utilita`pratica e sistema: questi sembrano essere gli attuali poli di attrazione che orientano l'andamento dell'interprete che voglia cimentarsi con la problematica qui analizzata e, piu`in generale, con la funzione e l'operativita`della giustizia amministrativa*". E. PARISI, *L'accoglimento della sospensione impropria in senso lato nel processo amministrativo, tra certezza del diritto ed equità* cit., p. 402.

[57] In senso contrario all'ammissibilità dell'istituto si legga altresì E. LAMARQUE, *Sono davvero inutili le categorie classiche del "diritto processuale costituzionale?* in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, n.3, 2021 p. 8: "*Faccio solo un esempio. Nel libro sostengo che cio`che forse piu`minaccia la buona tenuta, per il futuro, della relazione tra Corte e giudici, sulla quale si fonda l'intero nostro sistema di controllo di costituzionalita`, e`il dilagare della sospensione impropria (pp. 182 ss.). Con*

ISSN 2036-7821

Secondo questa visione, la sospensione impropria "in senso lato" contravverrebbe altresì con uno degli elementi essenziali dell'istituto, ossia con il suo carattere residuale. Difatti, in virtù dell'incisività dell'istituto sulla durata del processo, comportandone per l'appunto una dilatazione temporale, è necessario che, ove siano presenti meccanismi processuali meno gravosi, questi ultimi vengano preferiti; pertanto, solo nel caso in cui non ve ne siano e la sospensione del processo rappresenti un'*extrema ratio*, sarà possibile ricorrervi.

Un'ulteriore considerazione che merita di essere fatta è la seguente. L'ordinanza n. 28/2014 ha affermato che la sospensione impropria consente di evitare "*agli uffici, alle parti ed alla medesima Corte costituzionale dispendiosi adempimenti correlati alla rimessione della questione di costituzionalità" e di prevenire "il rischio di prolungare la durata del giudizio di costituzionalità (e di riflesso di quelli a quo)*"[58]. A quanto affermato nella pronuncia, in dottrina si obietta osservando che il principio di economia dei mezzi processuali va valutato con riferimento al giudizio amministrativo, e non a quello costituzionale, nel quale esistono degli strumenti funzionali ad evitare una situazione problematica[59]. In merito, M. D'Amico afferma che "*la preoccupazione di un eccessivo numero di ordinanze di rimessione concernenti questioni identiche non può incidere sul comportamento dei giudici. Sarà compito della Corte occuparsi del problema della distribuzione dei ricorsi, o della loro eventuale riunione, dinanzi ad essa*"[60] [61].La stessa

---

questo nome, come alcuni sanno, si indica quel fenomeno dalla duplice veste, soft e hard, che vede i giudici sospendere i propri giudizi in presenza di un dubbio di costituzionalita` rilevante e non manifestamente infondato senza sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, qualora la medesima questione sia stata gia` sollevata da altro giudice e si sia in attesa della risposta della Corte. Quando mi e` capitato di insegnare alla Scuola Superiore della Magistratura o di parlare di questo fenomeno con qualche magistrato o avvocato, ho sempre riscontrato che nessuno aveva mai spiegato loro che la sospensione impropria non dovrebbe mai essere praticata, e cio` non solo perché non e`prevista dalle norme processuali comuni e contraria alle poche norme positive sul sistema incidentale di controllo di costituzionalita`, ma anche perché gravemente dannosa, per i motivi che qui non intendo ripetere, al buon funzionamento del sistema.(…) Ma forse e` giunto il momento, per tutti noi costituzionalisti che abbiamo una responsabilita` istituzionale nella formazione dei giuristi, di impegnarci seriamente nella battaglia contro questa pratica". In senso conforme, si legga R. ROMBOLI, *Nota di richiami a Corte cost., ordd. nn. 111 e 202 del 2020*, in *Foro it.*, n.2, 2020, I, pp. 3278 ss., ove l'Autore giunge persino a chiedersi se, a fini di dissuasione dalla pratica della sospensione impropria, lesiva del diritto di difesa delle parti processuali che ne sono vittime, possa ipotizzarsi un'azione disciplinare nei confronti dei giudici che vi facciano ricorso.

[58] Cons. St., Ad. Plen., 15 ottobre 2014 n. 28.

[59] In senso conforme si veda M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 200, ove si puntualizza quanto segue: "*A questo proposito può essere utile ricordare che l'art. 18 delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale e l'art. 54 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia prevedono la possibilità di riunione delle cause. Le esigenze di economia processuale nascenti dall'eventualità di plurime rimessioni sono state quindi considerate dal legislatore, ma in modo alquanto diverso dalla sospensione senza promovimento, il cui effetto pratico è di creare un solco tra il giudizio in cui si aperto l'incidente processuale e altri, "semplicemente" sospesi in attesa del pronunciamento della Corte sulla questione pregiudiziale sollevata nella causa "pilota"*".

[60] M. D'AMICO, *Sospensione del giudizio e questione di costituzionalità pendente*, cit., p. 75; M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., pp. 185-200. "*Si potrebbe anzi soggiungere che le plurime rimessioni trovano riscontro nelle norme che permettono la trattazione*

ISSN 2036-7821

D'Amico, nel medesimo testo, afferma che "*tale sospensione risulta contra legem*", sulla base dell'argomentazione per cui l'impossibilità di sospendere il giudizio senza rimettere la questione alla Corte costituzionale è dovuta al fatto che non è possibile inquadrare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'alveo delle questioni pregiudiziali in senso tecnico, escludendo così la possibilità di applicare l'articolo 295 c.p.c.[62] Nel medesimo articolo, vengono altresì sottolineati ulteriori profili problematici che potrebbero derivare dal caso in cui la Corte costituzionale ritenesse inammissibile la questione di costituzionalità sollevata nell'altro giudizio, per ragioni inerenti ad esso. In questo caso, si osserva, la sospensione dell'altro processo sarebbe totalmente ingiustificata.

In conclusione, preme sottolineare che, successivamente alla pubblicazione dell'analizzata sentenza, vi sono varie pronunce che si conformano ai principi di diritto espressi dalla Plenaria. Tra queste, merita citare l'ordinanza del Consiglio di Stato (sez. VI, 24 febbraio 2025, n.1525) in cui si afferma quanto segue: "*Visto che le due remissioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, pur afferente ad altre controversie, rilevano ai fini della presente decisione, il Collegio ravvisa la necessità di disporre la sospensione impropria del presente giudizio fino alla definizione della suindicata questione da parte dell'Adunanza Plenaria ai sensi dell'art. 296 c.p.c., senza fissazione di nuova udienza (nei termini indicati dall'Adunanza Plenaria con sentenza 22 marzo 2024 n.4, con specifico riferimento al punto 16.4)*". Nello stesso senso si esprime la pronuncia del Tar Lazio, sez. III *quater*, 11 febbraio 2025, n. 3014, ove si riconosce come "*pur non sussistendo uno stringente nesso di pregiudizialità logico-giuridica (cd. sospensione propria), siano configurabili i presupposti per disporre la sospensione impropria (Cons. Stato, Ad. Plen., n. 4 del 2024) del presente giudizio, nel rispetto dell'economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del processo, tanto nelle more della pronuncia della Cassazione, onde decidere sulla stessa ammissibilità del presente giudizio*"[63].

---

congiunta. Al contrario, l'ibrido della sospensione "impropria" per pregiudizialità costituzionale o comunitaria si sviluppa in una zona d'ombra, di cui molto ancora rimane da conoscere".

[61] "*il problema è se la trattazione congiunta delle questioni o dei rinvii, contemplata dalla disciplina di entrambi i giudizi incidentali – e che appunto presuppone la proposizione di plurimi atti di promovimento – sia soltanto un inutile intrigo burocratico o non soddisfi, invece, l'esigenza di arricchire il procedimento incidentale degli apporti che derivano dai processi, quali e quanti siano, in cui si presenta la questione*". M. MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte*, cit., p. 185.

[62] In senso conforme, G. MONTELEONE, *Giudizio incidentale sulle leggi e giurisdizione*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 5, 49.

[63] Cfr. Tar Lazio, sez. III-*ter*, 28 giugno 2024, n. 13119, in cui si legge quanto segue "*Rilevato che in contenziosi analoghi - aventi ad oggetto i medesimi atti qui impugnati, concernenti il contributo straordinario di cui all'art. 1, commi 115-119, della l. n. 197 del 2022 - chiamati all'udienza pubblica del 21 novembre 2023, la Sezione ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità delle norme sopra richiamate per contrasto con gli artt. 3, 53 e 117 della Costituzione (cfr., tra le altre, ordinanze nn. 762, 772 e 773 del 16 gennaio 2024);*

Ritenuto pertanto opportuno che il presente giudizio, fissato per l'udienza pubblica del 18 giugno 2024 ed affidato a censure sostanzialmente sovrapponibili a quelle esaminate nelle citate ordinanze, sia sospeso, in virtù del combinato disposto di cui agli artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c." In dottrina si osserva altresì che "*L'ordinanza di sospensione ne esce quasi sempre*

ISSN 2036-7821

3. Conclusioni.

Il lavoro svolto si è concentrato sull'istituto della sospensione con una visione prospettica maggiormente focalizzata sulla sua concreta operatività: l'apporto giurisprudenziale in tema si dimostra fondamentale per un inquadramento della sospensione in chiave sistematica e analitico-normativa. Inizialmente, si è proceduto, alla luce dei principi di diritto espressi nel citato arresto della Plenaria, ad analizzare la questione dell'ammissibilità della sospensione impropria "in senso lato" all'interno del settore processuale amministrativo. Questo specifico lavoro ha consentito di scomporre l'istituto sospensivo soffermandoci su questioni interpretative precise, grazie alle quali è stato possibile arricchire l'analisi complessiva dell'istituto della sospensione. Si intende a questo punto trarre alcune osservazioni conclusive in merito al lavoro svolto. L'analisi delinea un istituto che soffre di una base normativa poco chiara e suscettibile di interpretazioni contrastanti, con effetti pregiudizievoli per l'operatività di alcuni principi fondamentali del nostro sistema processuale. Emerge con chiarezza il peso che l'apporto giurisprudenziale riveste in tema, essendo le varie Corti chiamate a fornire risposte interpretative, nel complesso chiare e ben argomentate. Tuttavia, come è emerso dall'analisi della sentenza oggetto del presente elaborato, quest' ultima, stante un dato normativo di partenza complesso e in molti casi carente, è facilmente oggetto di possibili critiche, anch'esse, si osserva, basate su argomentazioni corrette da un punto di vista logico-normativo e sistematico. Inoltre, preme sottolineare che gli interventi di natura giurisprudenziale mancano inevitabilmente di una visione di insieme che tenga conto di tutti gli interessi e le esigenze in gioco, in quanto relativi alla sola questione oggetto della pronuncia.

Un intervento legislativo, invece, sarebbe da considerarsi maggiormente funzionale al fine di apportare una maggiore coerenza sistematica. Del resto, data l'operatività dell'istituto sospensivo come strumento di raccordo tra settori giurisprudenziali diversi, è imprescindibile adottare un approccio multidisciplinare quando si interviene sul tema. Pertanto, alla luce della complessiva attività di analisi e studio effettuata sull'istituto della sospensione, può conclusivamente auspicarsi un intervento legislativo dotato di ampio respiro e di una visione di sistema che sia in grado di raccordare aspetti pratici e requisiti teorici, sì da fornire un impianto normativo chiaro e completo in materia.

---

motivata per relationem; in essa il giudice si limita a ravvisare l'identità delle norme per cui pende il procedimento incidentale parallelo; non c'è alcuna delibazione in termini di fondatezza (o di non manifesta infondatezza) della questione o del rinvio. M.MAGRI, *La strana figura della sospensione impropria del processo amministrativo: o "per intercettazione" di questioni già devolute alla Corte,* cit., p. 187.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Organizzazione, autonomia e funzionalizzazione dell'attivita' della pubblica amministrazione. Riflessioni a margine del T.U.S.P.P. e del Codice dei contratti pubblici

di **Esper Tedeschi**

(Dottore di ricerca in diritto pubblico presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Premessa. Dalla "Funzione Pubblica" alla "Amministrazione di risultato"; 2. Due ipotesi di esternalizzazione a confronto: il T.U.S.P.P. e il Codice dei contratti pubblici; 2.1. Il caso delle Società a partecipazione pubblica; 2.2. Il Codice dei contratti pubblici e il principio del risultato; 2.3. Tutela e promozione della concorrenza nel T.U.S.P.P. e nel Codice dei contratti pubblici. Cenni; 3. Auto-organizzazione amministrativa e autonomia contrattuale. 4. Conclusioni.

Abstract

The paper investigates the methods of the Public Administration's action in light of the evolution of the concepts of organization and party autonomy.
In the sign of a proclaimed transition from the "*Public Function*" to the "*Result-based Administration*", the persistent centrality of the "*functionalization*" of the P.A. activity is highlighted, as already identifiable in art. 97 of the Italian Constitution.
This leads to reflect that, despite the recognition of different instruments of action for the Public Administration according to the l. no. 241/1990, even the non-authoritative acts of the Public Administration – albeit subject to private law – are also "*functionalized*" for a specific public interest's pursuit. It follows, that the centrality of the notion of "legality" is, therefore, necessary to identify, in the specific case, the organizational choice eligibility to achieve the purpose indicated in the law.
The intertwining of activities governed by public law and under the Civil Code leads to the need for a careful comparison between the new Public Contracts Code (Legislative Decree no. 36/2023) and the Law on Public Companies (issued less than a decade earlier with Legislative Decree no. 175 of 2016), which inserts the new regulatory system of public participation in joint-stock companies, in the slow and progressive return to a regulatory State paradigm.
From this analysis emerges that, despite the differences in perspective, in both Texts emerges the centrality of the "functionalization" of the activity, regardless of the legal regime; this leads to the conclusion that it is the legal discipline of the "singular organizational power" that dominates the scene of the entire subject of the Public Contracts Code, not differently from what can be deduced from the general principles contained in the legislative decree n. 175/2016.

ISSN 2036-7821

1. Premessa. Dalla "Funzione Pubblica" alla "Amministrazione di risultato".

La commistione di strumenti di differente natura (autoritaria e consensuale), nell'esercizio dei poteri "pubblici", ha origini remote. Si conosceva negli Stati preunitari ed ha continuato ad essere praticata nello Stato unitario italiano, dapprima sulla base del codice civile del 1865 [1] e, a partire dalla emanazione del codice civile del 1942, in base all'art. 11 c.c., interpretato, quest'ultimo, nel senso del riconoscimento di una piena e generale attribuzione della capacità giuridica, equiparabile a quella riconosciuta alle persone giuridiche private, nonostante le precisazioni del Guardasigilli dell'epoca, che ne aveva espressamente affermato la natura meramente "analogica" e, comunque, condizionata alle leggi e agli usi di diritto pubblico.

Ai nostri giorni lo Stato – o, meglio, l'ordinamento giuridico – è cambiato e ciò è avvenuto già sul finire del primo cinquantennio del secolo scorso – con la fine del secondo conflitto mondiale – per essersi, interamente, "rifondato", per volontà popolare (a suffragio universale), in "Repubblica democratica".

Ne è conseguita la necessità – per gli interpreti (dottrina e giurisprudenza), ma anche per lo stesso legislatore (a partire, almeno, dalla seconda metà inoltrata del secolo scorso) – di riconsiderare la funzione della Pubblica Amministrazione, nella consapevolezza che, in forza dei principi generali e dei diritti fondamentali rinvenibili all'interno della Costituzione, sono profondamente cambiati – lentamente ma inesorabilmente – le relazioni fra amministratori e cittadini (ovvero, anche, parafrasando l'art. 2, Cost., globalmente, le persone – cittadini e non – intese come individui e nelle formazioni sociali ed economiche nelle quali si svolge la loro personalità, evitando, nella terminologia corrente, l'espressione "amministrati").

Nel tempo, anche la tipologia "ordinaria" dell'attività della P.A. è andata mutando, in quanto lo stesso legislatore ha ritenuto di dover intervenire, con legge ordinaria (la n. 241 del 1990), traducendo in norme positive (via via, nell'arco di circa un trentennio) la generalità dei principi desumibili dalla Costituzione, come anche integrati da principi euro-unitari, finché (sistematicamente), non soltanto ha ammesso (in tutte le ipotesi nelle quali non fosse legislativamente vietato), ma ha anche sostanzialmente mostrato di preferire, la soluzione "consensuale" rispetto al tradizionale conflitto autorità/libertà (art. 1, co. 1-*bis*, l. generale sul procedimento amministrativo) sul presupposto, tuttavia, che, indipendentemente dalla disciplina giuridica dell'attività, la P.A. agisse sempre in vista del perseguimento del pubblico interesse specifico (individuato sulla base dello "scopo" astrattamente prefigurato dalla legge, con riferimento al bene della vita da perseguire, in relazione al "caso

[1] L'art. 2 del c.c. del 1865, considerò "*come persone*" (per una sorta, di *fictio iuris*) "*i comuni, le provincie, gli istituti pubblici civili ed ecclesiastici*" e li ammise al godimento dei diritti civili secondo le leggi e gli usi considerati di diritto pubblico.

ISSN 2036-7821

concreto") con ciò gettando le basi di una "amministrazione di risultato".
L'anno della svolta è stato il 2015, allorché, con l. 11 febbraio 2005, n. 15, al co. 1 della l. n. 241 del 1990 (già più volte integrato rispetto al testo originario) sono stati aggiunti i commi 1-*bis* e 1-*ter* (con l'accorgimento di evidenziarne, "grammaticalmente" il collegamento al co. 1), così da declinare la "funzionalizzazione" dell'attività amministrativa, indipendentemente dal regime giuridico dell'"atto" (co. 1-*bis*) e della natura del "soggetto" eventualmente investito di pubbliche funzioni (co. 1-*ter*).
Un percorso progressivo, dunque, che deve essere inquadrato nella "storia" politico-sociale della Repubblica [2].
Con il senno di poi, ai nostri giorni può dirsi che gli ingredienti per pervenire ad una corretta nozione della "funzione pubblica" nel nuovo Stato repubblicano fossero già tutti presenti in quello che è divenuto, ora, il co. 2 dell'art. 97 della Costituzione, per essere, il percorso esegetico, riconoscibile nel precetto secondo cui "*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*", nel quale l'"*imparzialità*" doveva essere intesa (piuttosto che come "uguaglianza di trattamento") come "terziarietà" (ovvero "non titolarità") dell'Amministrazione pubblica (rispetto agli interessi assegnati alla sua cura) e, a sua volta, il "*buon andamento*" stava a indicare l'"efficacia" ovvero la capacità dell'Amministrazione di realizzare i suoi fini [3]. Fatto sta che – forse a causa di quella che da taluno è considerata una imperdonabile disattenzione dei Costituenti [4], per altri una responsabilità globale (della P.A., della classe politica e della stessa società civile) [5] – per troppo tempo, alle disposizioni della Costituzione in tema di P.A. è stato attribuito un valore meramente programmatico, anche là dove risultava evidente la natura immediatamente precettiva. Infatti, per approdare a differenti conclusioni, si è dovuto attendere la stagione delle grandi riforme, fra gli anni Sessanta e Settanta dello scorso secolo, e il lento progressivo adeguarsi del diritto positivo, anche all'Unione europea.
Ebbene, la l. n. 241 del 1990 – seppure non pienamente corrispondente all'ispirazione

[2] Non può non essere ricordato, in argomento, T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, fasc. 6, 1954, p. 482, il quale avvertiva che "*Le norme vengono poste in relazione alle esigenze della vita consociata e non in via di sviluppo logico da azioni prestabilite; la loro spiegazione si ritrova sul terreno della storia e non su quello dell'armonia logica*".

[3] U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla Pubblica Amministrazione*, in *Consituzionalismo.it*, fasc. 2/2018.

[4] In questo senso S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano,* in *L'amministrazione pubblica italiana*, S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, p. 15. L'A. ascrive, infatti, all'Assemblea costituente una colpevole disattenzione ai problemi della P.A., sostanzialmente "liquidati" con scarne disposizioni dell'art. 97 Cost. L'osservazione non pare priva di fondamento poiché il dibattito si concentrò, più che sugli aspetti organizzativi della P.A., sul momento costitutivo del rapporto di pubblico impiego, per la necessità di trovare un punto di incontro su contrastanti tesi relative alla sua regolamentazione.

[5] U. ALLEGRETTI, *La Costituzione interpretata dalla Pubblica Amministrazione*, cit.

ISSN 2036-7821

riformatrice del suo principale promotore [6] – è andata, via via, trasformandosi in legge generale dell'attività della P.A. e delle relazioni fondamentali fra amministratori e amministrati, mentre sempre più penetrante è divenuto, nell'ordinamento positivo, il peso giuridico del diritto euro-unitario, a sua volta imponendosi come fonte primaria, sulla base di una consapevole scelta di adesione all'ordinamento europeo.

Non bisogna pertanto stupirsi che soltanto in un momento avanzato della storia repubblicana la dottrina abbia preso posizione, con il chiarire che "*l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti* […] *i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)*" [7], espressamente riconoscendosi che "*con la legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) e con le leggi successive di riforma, l'attività dell'amministrazione pubblica è diventata essa medesima, oltre al provvedimento, oggetto di una ormai cospicua disciplina positiva, acquisendo rilevanza giuridica sempre più marcata: si pensi al cosiddetto controllo di gestione o di efficienza, al cosiddetto controllo strategico, alla responsabilità dirigenziale e alla responsabilità dell'amministrazione verso terzi, tutte "vicende" che trovano nell'attività in quanto tale la loro fattispecie. Una volta, peraltro, che l'attività è entrata nel campo visuale della speculazione teorica, conviene anche tentare di sceverare tra i principi e gli istituti finora indiscriminatamente riferiti al provvedimento, riportando all'attività quello che le è proprio e lasciando al provvedimento solo ciò che lo riguarda direttamente. Costruendo una teoria dell'attività amministrativa da collocare accanto alla teoria degli atti, e, in particolare, del provvedimento*".

Allo stato attuale, integrato l'art. 1, l. 241 del 1990 (con l. 11 febbraio 2005, n. 15, co. 1-*bis* e 1-*ter*), non sembra peregrina la tesi di taluni Autori secondo cui l'ordinamento giuridico nazionale avrebbe ormai composto sistematicamente, in una autonoma branca del diritto, l'intera materia relativa alla Pubblica Amministrazione, alla sua funzione e alle regole organizzative che ne governano l'assetto, ai suoi poteri e alla sua attività di natura provvedimentale e non, compresa l'attività amministrativa di soggetti privati rispondenti alla previsione del co. 1-*ter*, art. 1, l. n. 241 del 1990 [8].

---

[6] Cfr. G. DELLA CANANEA, *Mario Nigro riformatore: la legge sul procedimento amministrativo*, in *Nomos, Le Attualità del diritto*, n. 3/2023.

[7] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, pp.75 e ss.

[8] E. GUARNIERI, *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, Bologna, 2022, in particolare, p. 11, dove cita, a sostegno del suo pensiero, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, per dire che non tutto è "pubblico", né tutto è "privato", ma tutto converge in questo "ramo" del diritto che non appartiene, in via esclusiva, né al diritto pubblico né al diritto privato (o "comune" che dir si voglia) bensì, appunto al diritto amministrativo; cfr. anche S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 2019 e G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa*, Napoli, 2020. Per una rivalutazione della nozione di "operazione amministrativa" si veda

ISSN 2036-7821

La formula della "funzione pubblica" è, dunque, scritta ora nell'art. 1 della citata l. n. 241 del 1990. Da essa deve anche ricavarsi che gli atti non autoritativi della P.A., ancorché assoggettati alla disciplina privatistica, sono anch'essi "funzionalizzati" al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, con la conseguenza che – sebbene, nell'ordinamento civile non operi la regola "*nec ultra vires*" – allorché è la P.A. ad agire, ove si discosti dall'indirizzo programmatico indicato dall'atto di organizzazione singolare che l'ha legittimata ad agire, la "funzionalizzazione" (seppure irrilevante nelle relazioni intersoggettive) non lascia l'Amministrazione indenne dal controllo ed, eventualmente, dalla responsabilità "amministrativa" e/o "contabile" [9].

C'è qualcosa, però, che, sebbene possa desumersi dalla l. n. 241 del 1990, non è, ivi, apertamente enunciato, nella formula dell'art. 1 – neppure dopo le integrazioni successive alla riforma del 2005 – e, cioè, che, affinché la P.A. persegua "*i fini determinati dalla legge*" occorre anche che l'attività sia idonea a dare "concreta" attuazione allo "scopo", ovvero che sia perseguito e portato a compimento un risultato, e che esso sia proprio quello che, in relazione al caso concreto, è idoneo "allo scopo". Principio che, tuttavia, si ricava interpretando il co. 1 dell'art. 1, della legge sul procedimento amministrativo, alla luce dei principi generali e delle

---

A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, in *Ceridap*, n. 2 del 2024, dove l'A., fra l'altro, sembra voler aderire all'idea della centralità della "persona" non soltanto come destinataria dell'attività, ma anche in ragione delle "paternità" dell'attività, che non è della P.A. astrattamente considerata, ma è attività di pubblici funzionari, colti nella essenza di persone umane, inserite in una determinata posizione burocratica, nella struttura organizzativa dell'Ente (cfr. in particolare il richiamo effettuato alla nota 31 al pensiero, sul punto, di M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003).

[9] La formula legislativa supera la posizione descrittiva assunta da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 443, nell' affermare che "*la locuzione funzione amministrativa è un'espressione verbale, con cui si vogliono indicare l'insieme delle attività svolte dall'insieme degli apparati amministrativi dello Stato e degli altri enti pubblici e comunque delle altre figure soggettive del settore pubblico. Sotto tale profilo, non è improprio e neppure scorretto utilizzarla, a patto però di non porsi il problema di una sua definizione, perché questa non c'è*"; senza negare, però del tutto che la "funzione" potesse rinvenirsi in tutte le attività o nei frammenti di attività della Pubbliche Amministrazioni, ma da considerare con estrema cautela, "*in quanto a parte l'attività che è di regola funzione, ossia quella di carattere autoritativo, tutte le volte in cui tale carattere difetta occorre desumere dalle norme positive se vi è funzione in ordine all'intera attività o in ordine a una sua parte ovvero se la funzione manca del tutto*" (quest'ultima citazione, in. *Corso di diritto amministrativo*, III, 1. L'attività amministrativa, Milano, 1967, p.13). Invero, l'idea di "funzione pubblica" e di "funzionalizzazione" dell'attività della Pubblica amministrazione - che proviene dal disegno di legge dovuto al giurista V. Cerulli Irelli, stando alla relazione di F. Bassanini che lo ripresentò, con maggiore fortuna, nella legislatura successiva (in cui prese vita, con la l. n. 5 del 2005, l'attuale versione del co. 1 della l. n. 241 del 1990) - si riconosce nelle impostazioni più attuali di S. DETTORI, *Il dovere d'ufficio nella teoria giuridica della funzione amministrativa*, Milano, 2023, D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005, E. GIARDINO, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Torino, 2012, tutti Autori citati da A. ZITO, *La funzione amministrativa nella riflessione giuridica: una nozione meramente descrittiva o connotativa?*, cit., i quali, come sottolineato dallo stesso A., "*non a caso si confrontano tanto con lo studio di Scoca quanto con quello di Marongiu, pervenendo ad una sintesi non priva di accenti di originalità*".

ISSN 2036-7821

garanzie costituzionali, integrate dal principio di sussidiarietà, desunto dall'art. 118 del testo innovato del Titolo V, Cost.

La "legalità" è, dunque, nozione che implica l'individuazione del "caso concreto" (giuridicamente rilevante), sul quale convergono (o possono convergere) una pluralità di interessi (da quello affidato alla cura di una determinata P.A. a quelli eventualmente convergenti di soggetti privati, o anche, di differenti Amministrazioni, o intere comunità di cittadini), e l'idoneità della scelta organizzativa al perseguimento dello scopo indicato nella legge, che la stessa P.A è tenuta a portare a compimento mediante un'attività adeguata, autoritativa e/o disciplinata dal diritto privato, spesso combinate tra di loro in una alternanza fasica (l'"operazione amministrativa") nella quale non è insolito (ed anzi, è talvolta essenziale) che entrino in gioco elementi estranei al diritto amministrativo e tuttavia indispensabili alla corretta declinazione di "efficienza" ed "efficacia" dell'attività.

Autorevole dottrina già ha avuto modo di precisare (prima ancora delle modifiche alla l. n. 241 del 1990) che "*la rilevanza attribuita al risultato amministrativo costituisce l'innovazione più profonda del modo di concepire giuridicamente l'attività amministrativa; ed è tale da modificare il modo stesso di amministrare, il modo cioè in cui i funzionari intendono la loro azione*" [10]. Erano tempi (quelli a cui risale tale affermazione), nei quali, ormai, era chiaro a tutti gli interpreti, che la Costituzione italiana richiedesse alla Pubblica Amministrazione qualcosa di diverso del mero "vincolo di legge", di cui la stessa doveva rispondere nello Stato unitario. Si era nel pieno di un fermento riformatore (taluni dei più importanti giuristi si erano anche prestati alla politica, per apportarvi il loro bagaglio di conoscenza ed esperienza [11]) e la dottrina ritenne che fosse arrivato il momento per un passo ulteriore, nella elaborazione dottrinale della nozione di "funzione amministrativa", nel senso che non rispondesse ai bisogni della collettività una "Amministrazione" per atti, occorrendo, al contrario, un'Amministrazione la cui attività fosse indirizzata, concretamente, al conseguimento di un "risultato" [12].

---

[10] F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p.10

[11] Per ricordarne soltanto alcuni: M.S. Giannini e S. Cassese, entrambi, per un certo periodo. Ministri della funzione pubblica, V. Cerulli Irelli, primo firmatario del disegno di legge che, approvato in una successiva legislatura divenne la l. n. 5 del 2005 che aggiunse fra l'altro i commi 1-*bis* e 1-*ter*, l. n. 241 del 1990, lo stesso F. Bassanini, di cui presero il nome molte importanti riforme.

[12] La letteratura giuridica sull'argomento è nutritissima. Per ricordare taluni dei contributi più significativi: l'opera cospicua, di L. IANNOTTA, a partire da *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, pp. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, pp. 57 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, pp. 38 ss.; ID., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm*, I, 2005, pp. 1 ss. In posizione differenziata, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, pp. 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, pp. 63, ss. Nella *Raccolta degli atti del Convegno di Palermo, del 27-28 febbraio 2003*, di A M. IMMORDINO e A. POLICE (a cura di), A.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino 2004, si rinvengono i contributi di seguito elencati: A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, pp. 1 ss.; A.

ISSN 2036-7821

In assenza di una adeguata risposta della giurisprudenza, anche il dibattito sulla rilevanza giuridica del "risultato" è sembrato sopirsi. È stata accolta, quindi, alla stregua di un "cambio di paradigma", se non, addirittura come una "sfida", l'introduzione, nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), del "principio del risultato".

Un principio che, volto ad improntare l'intera disciplina di settore, è stato assunto quale parametro della "legalità", con l'obiettivo – per espresso enunciato della Relazione illustrativa – di "orientare" (ancor più che le Amministrazione e gli operatori interessati) il controllo giurisdizionale sulla "legalità".

Si tratta di una svolta tarda a venire, ma inevitabile, in un ordinamento in evoluzione, nel quale, la P.A. è governata da nuove regole (mal digerite) e alla quale, peraltro, l'ordinamento ha inteso tendere la mano – con il nuovo Codice dei contratti pubblici – nel segno della "*fiducia*" (oggetto di apposito "principio generale", secondo soltanto al principio del risultato, ma anche alla base del principio di auto-organizzazione).

Poco meno di un decennio prima, altra disciplina di settore – il Testo unico delle società a partecipazione pubblica, con il d.lgs. n. 175 del 2016 – è apparsa "dirompente", proprio per la "sfiducia", al contrario, riconosciuta dalla dottrina, nell'avere, il legislatore delegato, attribuito il potere organizzativo singolare agli organi di vertice delle Amministrazioni pubbliche.

I due testi disciplinano materie differenti, ma affini, per la circostanza di riguardare fenomeni rilevanti per il mercato e, dunque non estranee alle problematiche della libera concorrenza, nel mercato e per il mercato.

Non mancano ambiti in cui le due discipline di settore sembrano intrecciarsi [13]. Entrambi hanno ad oggetto scelte operative che presuppongono lo spostamento all'esterno di risorse economico-finanziario, seppure con effetti differenti (una spendita definitiva nel caso di contratto, una immobilizzazione a rischio limitato nella partecipazione societaria) in vista di un risultato che nel Codice dei contratti pubblici è immediatamente definito nei suoi contorni essenziali e non lo è invece – *ratione materiae* – nel T.U.S.P.P., il quale richiede piuttosto il periodico monitoraggio degli effetti della partecipazione, oltre che il riscontro puntuale e preventivo della

---

POLICE, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, pp. 101 ss.; A. ZITO, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, pp. 87 ss.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato,* pp. 15 e ss.; F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, pp.36 e ss.;. V. CERULI IRELLI, *Invalidità e risultato,* pp. 79 ss. A parte, sono ancora da citare: M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, pp.107 e ss.; G. CORSO, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA*, cit., pp. 127 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 101 e ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, pp. 3303 ss., R. LA BARBERA, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

[13] Cosi, ad esempio, per quanto riguarda l'affidamento diretto di lavori, servizi o forniture a società in *house*,

ISSN 2036-7821

rispondenza all'interesse pubblico specifico di operazioni di gestione non riconducibili a precedenti determinazioni organizzative.
Sul piano operativo, i due testi evidenziano l'intrecciarsi di attività disciplinate dal diritto pubblico ed altre che soggiacciono alla disciplina del Codice civile, tanto da richiedere, entrambi, la puntuale indicazione della disciplina giuridica applicabile, nell'uno e nell'altro caso.
Infine, la tipologia delle scelte operative richiede l'utilizzazione di segmenti procedimentali essenziali all'esercizio del potere organizzativo singolare, fra cui va annoverato il supporto di nozioni aziendali, tanto da prenderne in prestito la terminologia nel linguaggio corrente: "*make or buy*" indica, il dilemma se produrre internamente (*make*), o acquistare dall'esterno (*buy*) beni e servizi; e con l'espressione "esternalizzazione" è correntemente indicato lo strumento con il quale l'Amministrazione decide di destinare una certa quantità di risorse pubbliche per acquistare all'esterno, non diversamente da quanto è possibile che avvenga in un'azienda privata; così da ingenerare il sospetto che l'efficienza "pubblica" possa cedere il passo alla "efficienza" economica.
Il complesso di tali elementi suggerisce il confronto fra i due testi, anche al fine di appurare se le differenti impostazioni siano riconducibili alla "materia", e quanto, al contrario, il nuovo Codice dei contratti pubblici sia espressione di un "cambio di paradigma" di portata generale, idoneo ad incidere, in prospettiva, sulla disciplina giuridica della partecipazione societaria pubblica.

2. Due ipotesi di esternalizzazione a confronto: il T.U.S.P.P. e il Codice dei contratti pubblici.

I due strumenti di "esternalizzazione" rinvengono, oggi, la loro disciplina, rispettivamente, l'una, nel (nuovo) Codice dei contratti pubblici, emanato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, in attuazione della delega di cui all'art. 1 della l. 21 giugno 2022, n. 78 e l'altra, nel meno recente Testo Unico delle Società a Partecipazione Pubblica (T.U.S.P.P.), emanato con d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, in attuazione della delega di cui all'art. 18 della l. 7 agosto 2015, n. 124. I due corpi normativi divergenti, per taluni profili, sono accumunati, in ogni caso, dall'essere entrambi espressione del momento storico-politico al quale appartengono.

2.1. Il caso delle Società a partecipazione pubblica.

Il T.U.S.P.P. inserisce la nuova sistemazione normativa della partecipazione pubblica in società di capitali, nel lento e progressivo ritorno dello Stato al paradigma regolatorio, con l'obiettivo di far sì che la partecipazione societaria, volta alla produzione esternalizzata di beni e servizi (se proprio necessaria per il perseguimento di interessi pubblici specifici della P.A. partecipante) soddisfi

ISSN 2036-7821

l'esigenza di coniugare i canoni di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa con l'assetto privatistico dell'organizzazione societaria e la sua disciplina giuridica (derogabile nei soli limiti espressamente previsti dal testo unico), evitando che la "esternalizzazione" divenga un mezzo per eludere i vincoli di finanza pubblica, senza che sia perso di vista l'obiettivo immanente della "*tutela e promozione della concorrenza e del mercato*" [14]. Esso ha voluto essere espressione, tra l'altro, del percorso di riforme richieste al Paese - dall'Unione europea - per superare gli ingravescenti problemi di grandezza del deficit economico-finanziario, che lo Stato "salvatore" non soltanto non era stato in grado di superare e neanche di mitigare, ma aveva, anzi, aggravato [15].

L'impianto del T.U.S.P.P. ha, per tale aspetto, in certo qual modo, centrato l'obiettivo, dal momento che ha ricevuto, nel complesso, un giudizio favorevole nell'ambito *Country report* 26 febbraio 2016, SWD, che – inquadrando la misura nella complessa materia della riforma della Pubblica Amministrazione e mettendone in rilievo l'importanza per la ripresa dell'economia del Paese – ha concluso nel senso che la effettiva attuazione del T.U., rappresenta(va) "una sfida notevole". Ne dà atto il Consiglio di Stato, in sede consultiva [16], pur non restando pienamente convinto della sistemazione giuridica degli istituti.

Peraltro, il testo ha deluso parte della dottrina [17], tuttora non convinta dei risultati [18].

---

[14] Nella scheda di lettura della l. 7 agosto 2015 n. 124, a cura dell'Ufficio Studi della Camera dei deputati, è detto, in argomento, espressamente: "*allo scopo di non incorrere, ad esempio, nelle ipotesi di influenza dominante o di aiuto di Stato ai sensi del diritto europeo*".

[15] Per indicarne alcuni: l'indebitamento pubblico; l'alto tasso di disoccupazione; la disuguaglianza sociale; l'economia sommersa; gli squilibri della struttura della popolazione.

[16] Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 16 marzo 2016 Parere n. 968.

[17] Si ricorda, qui, fra le considerazioni difficilmente confutabili, l'avere ipotizzato, il T.U., un obbligo di dismissione delle partecipazioni "*che non tiene conto dalla situazione di mercato ma in modo astratto detta i tempi e le procedure per la sua attuazione*", rischiando di compromettere e disperdere un significativo patrimonio pubblico. In questi termini, A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *Archivio documenti Giustizia amministrativa*, 2017, p. 18 e, nello stesso scritto, p. 17 (in nota 26), ove considera che il T.U. ha limitato e reso più difficoltoso il procedimento di quotazione delle società a partecipazione pubblica. In altro scritto (*Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa: quale dimensione finanziaria per le Società a partecipazione pubblica?*, Relazione tenuta nell'ambito del Corso Monografico SPISA, 2017) il medesimo A. notava, fra gli errori "di prospettiva", anche il non avere considerato che "*le società pubbliche sono di diverso tipo perché servono a finalità estremamente diverse, ed anche ove perseguono in astratto le medesime finalità possono trovarsi (ed anzi senz'altro si trovano) in condizioni di mercato diverse, sia per il posizionamento del soggetto rispetto al mercato, sia per il posizionamento del soggetto nel mercato di riferimento*".

[18] G. NAPOLITANO, *Ritorno al Diritto privato? Ovvero dei sentieri interrotti dell'efficienza amministrativa*, in AA.VV., *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, I, Torino, 2021, p. 184, il cui pensiero è ripreso in un contributo a più mani, di M. BENEDETTI, F. IELO, M. MANOCCHIO, G. MOCAVINI, G. NAPOLITANO, M. C. PANGALLOZZI, M. SIMONCINI, G. VALENTI, *Il culto del diritto amministrativo frena la ricostruzione dell'amministrazione? Vincoli vs opportunità*, nel quale si sostiene, fra l'altro, che il sistema dei vincoli posti all'autonomia delle pubbliche amministrazioni costituirebbe un incentivo ad eluderne le regole, come sarebbe reso evidente dal crescente fenomeno del partenariato pubblico-privato mediante "fondazioni" – spesso "fondazioni di partecipazioni" – che esulano dall'ambito della disciplina delle partecipate. Tale aspetto, invero, è

ISSN 2036-7821

Malgrado l'indifferenza dell'Unione agli assetti proprietari, in tema di partecipazione societaria il T.U. ha introdotto numerosi vincoli; in particolare: ha individuato negli organi di vertice di ciascuna P.A. la titolarità del potere organizzativo singolare, con l'obiettivo di contenere al massimo la presenza pubblica sul mercato, tramite partecipazione societaria e l'impatto economico-finanziario conseguenziale; ne ha assoggettato le scelte al monitoraggio immediato dell'Autorità della concorrenza e del mercato (al fine di consentirle di esercitare, con immediatezza, i poteri di cui all'art. 21-*bis*, l. n. 287 del 1990) (art. 5, co. 3) sul provvedimento "discrezionale" di costituire nuove società partecipate (art.7, co. 2) (completo degli elementi essenziali indicati negli artt. 2328 e 2663 c.c., anche, di quelli accessori destinati, come i primi, a divenire elementi essenziali della costituenda società) (art. 7. co. 3), o di acquistare partecipazioni in società esistenti (anche se quotate, nel caso di acquisto dello *status* di socio) (art. 8); e vi ha anche assoggettato scelte prodromiche, relative ad operazioni inerenti alla "gestione" delle partecipazioni.

Come detto, si tratta di connotazioni che non sono sfuggite al *Country report* del 27 febbraio 2016, nel ricavarne una impressione favorevole alla scelta legislativa. Analogamente, non è sfuggito il fatto che T.U. abbia disancorato "capacità giuridica" e "autonomia contrattuale" dell'Amministrazione-ente, dalla discrezionalità organizzativa dell'Amministrazione medesima, mediante la chiara definizione di quanto è assoggettato al diritto pubblico e quanto appartiene, al contrario, alla disciplina privatistica nel fenomeno di "esternalizzazione" ivi disciplinato, nel quale l'Amministrazione non entra, in prima persona, sul mercato, ma avvalendosi delle strategie di *agency* e *governance* tipiche di strutture organizzative privatistiche, delle quali è pure chiarita la natura di "persone giuridiche di diritto privato", distinte dai "proprietari "o, comunque, dai "titolari di diritti societari" (pubblici o privati che siano) [19].

Per tale aspetto, il rapporto europeo ha evidenziato come il nuovo assetto risolva incertezze giuridiche che hanno dato luogo a defatiganti e dispendiosi conflitti giurisprudenziali e non poche perplessità circa il sistema dei controlli giudiziari e

segnalato anche da F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ – V. OCCORSIO, *Profili generali della fattispecie*, pp. 29 e ss. e F. FIMMANÒ, *L'abuso di eterodirezione della società pubblica*, pp. 33 e ss., entrambi i contributi in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ – R. CANTONE (a cura di), *Le Società Pubbliche. Fenomenologia di una fattispecie*, Tomo I, Napoli, 2020. In particolare, l'A. da ultimo citato incentra, a sua volta, le proprie considerazioni critiche sulla difficile convivenza, nel medesimo soggetto, della posizione di socio pubblico e soggetto titolare di pubbliche funzioni e le relative soluzioni normative.

[19] Un interessante *excursus*, sul punto in M. COPPOLA. *Sulla natura privatistica degli atti di nomina e revoca di amministrazioni e sindaci di società pubbliche*, in F. FIMMANÒ – A. CATRICALÀ – R. CANTONE (a cura di), *Le società pubbliche* cit., pp. 627 e ss., nonché, ivi citati, in nota, F. FIMMANÒ, *La società pubblica, anche se in* house, *è assoggettata alle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2013, 10, p. 1290; e Cass. Civ., Sez. I, sent. n. 21991 del 6 dicembre 2012, in *Fallimento*, 2013, 1273, con nota di L. BALESTRA, *Concordato di società a partecipazione pubblica e profili di inammissibilità della domanda*.

ISSN 2036-7821

amministrativo-contabili [20].

Nel T.U., nozioni quali "autonomia contrattuale", "libera iniziativa economica", e "capacità giuridica", riferite a "persone giuridiche pubbliche", *alias* a "Pubbliche Amministrazioni", piuttosto che a soggetti privati, esprimono, malgrado l'identico significato lessicale, "contenuti e portata" differenti, se non altro, in forza dell'indisponibilità degli interessi che sono alla base dell'azione dei pubblici poteri.

Ciò in quanto la "attività" della Pubblica Amministrazione, indipendentemente dalla forma adoperata, manca di una connotazione tipica della "attività" dei privati, ovvero "l'intento egoistico", motore non solo del volere, ma soprattutto della sua proiezione all'esterno, attraverso l'atto individuale, plurilaterale o "contratto", idoneo (entro certi limiti [21]) a produrre effetti giuridici (proprio quelli ai quali si indirizza la volontà dell'autore).

Nel T.U. è fortemente evidenziato il fenomeno della "funzionalizzazione" dell'attività, anche quella di natura privata, attraverso procedimenti propedeutici che scandiscono momenti significativi della "partecipazione", in vista del risultato programmato [22], secondo il meccanismo indicato nell'art. 1, co. 1 e co. 1-*bis*, l. n. 241 del 1990, per essere ivi posto, in termini positivi e con carattere di generalità, il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa, indipendentemente dal regime giuridico degli atti, ma con largo uso, da parte del legislatore, del potere di comprimere l'autonomia negoziale (non esclusa, ma anzi, espressamente fatta salva, dal co. 1 bis, nella l. n. 241 del 1990) [23].

Più fondata sembra, invece, l'obiezione secondo cui, l'avere investito del potere organizzativo singolare gli organi di vertice di ciascuna amministrazione, costituirebbe un *vulnus* del vigente statuto delle Amministrazioni pubbliche: una sorta di burocratizzazione, espressione di "diffidenza" nei confronti di dirigenti e funzionari [24]. Tuttavia, è discutibile l'idea che si sia trattato di un "inutile"

[20] Cfr. il *Country report* del 2016, citato nel testo.

[21] Il riconoscimento del diritto dei privati, da parte del diritto privato, non è senza limiti, da momento che vi si oppongono il divieto esplicito, l'ordine pubblico e il buon costume.

[22] V. al riguardo, l'intuizione di F.G. Scoca, Attività amministrativa, cit., p.10.

[23] La considerazione esposta nel testo avvalora l'idea che siano incorsi in un equivoco i primi commentatori (fra i tanti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica,* Milanofiori Assago, 2016, pp. 25 e ss.), nel rinvenire – nei numerosi limiti apposti dal T.U. alla partecipazione societaria pubblica – la volontà (secondo alcuni) di innovare l'art. 11 c.c., o (secondo altri) di volerne fornire una interpretazione autentica.

[24] B.G. MATTARELLA, *Presentazione*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, F. CERIONI (a cura di), Milano, 2017, pp. XIII e ss., mette in evidenza proprio tale aspetto, affermando che le esperienze "*spesso negative dell'azionariato pubblico e del frequente abuso del modello societario, spesso usato come strumento per aggirare regole e controlli pubblicistici sull'uso delle risorse pubbliche*" avrebbe condotto il legislatore ad adottare l'attuale T.U. che affronta, in maniera sistematica, il tema della "necessarietà" delle partecipazioni delle P.A. nelle società. A circa due anni dalla entrata in vigore del T.U., S. CASSESE, *Stato e mercato: così partecipate e multiutility sfuggono alle regole*, in *L'Economia del Corriere della sera*, 9 aprile 2018, p. 6, affermava che si rinviene nelle "*norme sulla motivazione dell'acquisizione della partecipazione, sulla sua gestione e alienazione, sulla gestione dell'impresa, sui compensi agli amministratori, sulle situazioni di crisi, sugli obblighi di trasparenza sugli uffici di controllo interno, sulla adozione di codici di condotta ,sulle responsabilità*

ISSN 2036-7821

aggravamento del processo di esternalizzazione; si è trattato, piuttosto, di una precauzione istituzionale del "legislatore consapevole", soltanto in parte dovuto al momento storico-politico nel quale il T.U. è stato emanato, segnato dalla necessità – al tempo particolarmente stringente – di rassicurare l'Unione Europea sulla volontà di mantenere e migliorare i risultati faticosamente conseguiti per uscire dalla crisi del "*debito sovrano*". Invero, la preoccupazione "maggiore" è stata che non si ripetessero i fenomeni distorsivi del passato, per di più nel vigente regime di "vincolo del bilancio", e assoggettamento al principio di cui al co. 1 dell'innovato art. 97 Cost., in relazione alla effettiva possibilità di effetti distorsivi derivanti dalla tipologia dei soggetti partecipati sul mercato.

2.2. Il Codice dei contratti pubblici e il principio del risultato.

Anche il nuovo Codice è, a suo modo, un prodotto del momento storico nel quale è stata emanata la delega, portata a compimento, con l'emanazione del decreto legislativo attuativo, varato dal Governo appena insediatosi, con pochi ritocchi, ma con l'obiettivo di presentarsi "con le carte in regola" all'Unione europea, ovvero dotato di uno strumento idoneo ad assicurare, con la massima snellezza possibile, l'attuazione del PNRR.

È proprio dal PNRR che bisogna partire per comprenderne l'impianto normativo, perché si tratta del programma voluto dall'Europa, con il "*Next Generation UE*", nel quale – sulla base di ingredienti del tutto "nuovi" per le politiche euro-unitarie (quali la coesione, la solidarietà, le misure intese a colmare i divari di genere, territoriali, generazionali) – è stato istituito un apposito Fondo per il finanziamento – a vario titolo – delle iniziative programmate in Piani nazionali (in cui rientra il nostro PNRR), della cui concreta attuazione gli Stati sono "tenuti" a rendere il conto periodicamente, secondo quanto fissato nel Reg. europeo 2021/241.

Il PNRR si pone, storicamente, come conseguenza indiretta – ma strettamente connessa – del *lockdown*, che fu conseguenza immediata (e devastante, su scala mondiale) del Covid-19, che ha, fra l'altro, drammaticamente, portato allo scoperto, l'errore di fondo di una esasperata delocalizzazione di interi settori delle catene di produzione, di un esagerato ricorso a forniture esterne di materiale energetico e di elementi essenziali alle stesse catene di produzione rimaste nel territorio nazionale; di una incontrollata dispersione delle "professionalità" e, dunque, delle competenze necessarie all'industria locale, della sostanziale sparizione di un indotto esperto e prezioso, con l'inevitabile declino della capacità di rigenerarsi in termini di produttività reale e del relativo reddito.

Poiché, tuttavia, avviene che a eventi negativi possano seguire reazioni volte a

di chi gestisce" una serie di disposizioni che non avrebbero altro effetto che quello di ricondurre le imprese in mano pubblica "nell'area dell'amministrazione burocratica", dalla quale erano state sottratte".

ISSN 2036-7821

neutralizzarli, è possibile sperare che – a parte la svolta delle politiche europee – la situazione determinatesi con il Covid 19 abbia risvegliato, quantomeno in ambito nazionale, l'esigenza di riconsiderare lo Stato "amministrativo", nell'ottica dei principi fondamentali dell'Amministrazione pubblica, come declinati nella Costituzione e positivizzati nella l. n. 241 del 1990 [25].

In buona sostanza, questa sembra la linea suggerita dal nuovo Codice dei contratti pubblici, ovvero quella che pare emergere dagli enunciati dei principi generali che introducono la disciplina di settore.

Come noto, per scelta del Governo in carica nel giugno del 2022 [26] – sostanzialmente confermata dal Capo del Governo successivamente insediatosi – la redazione dello schema del nuovo "Codice dei contratti pubblici" è stata affidata al Consiglio di Stato, che vi ha provveduto avvalendosi di apposita, articolata, Commissione, della cui composizione e del cui operato dà conto la Relazione illustrativa allegata allo schema definitivo. Il documento è stato presentato dal Governo alla Camera con una Relazione [27], che riproduce pedissequamente quella resa dal Consiglio di Stato all'atto del deposito dello schema di decreto legislativo, cosicché, la ricerca "della volontà del legislatore" può essere riferita, indifferentemente, all'uno come all'altro documento [28].

L'organo che ne ha curato la redazione, si è preoccupato di chiedere agli interpreti di non esprimere prematuri giudizi sul presumibile successo della riforma [29]. Tuttavia, in apertura del documento, un gruppo di disposizioni – quelle contenute nel Titolo I della Parte I del Libro I – si presta, già di per sé, a un giudizio di valore, in quanto "i principi generali" ivi espressi sembrano voler costituire il presupposto imprescindibile da cui deve muovere l'interpretazione dell'intero testo.

Nell'architettura della disciplina di settore, cui ineriscono tali principi generali, non del tutto (o, almeno, non tutti) originali – e, uno almeno, piuttosto problematico [30] – costituiscono una novità emblematica, già per la loro collocazione sistematica, ma

[25] Si veda sul punto, F. CORTESE, *Emergenza Covid-19: sulle sfide dell'ordinamento e sulle possibili articolazioni della legittimità amministrativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2020, p. 68.

[26] Facoltà espressamente accordata dalla legge di delega (art. 1, co. 4).

[27] Pervenuta alla Camera dei Deputati il 5 gennaio 2023.

[28] Emendamenti "prioritari" sollecitati dalle Regioni nel corso dei lavori della Conferenza unificata (puntualmente specificati nell'all. 1 del Parere della Conferenza Unificata del 26 gennaio 2023 – Rep. Att. n. 12/CU) non intaccano sostanzialmente l'impianto normativo, e in particolare, non investono il Titolo I della Parte I del Libro I del Codice, in cui hanno sede i "Principi generali".

[29] Avverte la Relazione che accompagna lo schema di decreto: "*tutte le riforme iniziano "dopo" la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e si realizzano soltanto se le norme sono effettivamente attuate "in concreto"», aggiungendovi l'avvertimento ulteriore che, nel caso dei contratti pubblici, ai fini della reale riforma «occorre avverare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali "non legislative", che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche*".

[30] Ci si riferisce al principio di autonomia contrattuale, di cui all'art. 8, co. 1.

ISSN 2036-7821

anche per l'apprezzabilità del metodo compilativo. A partire dal "principio del risultato", ossia il primo – ma anche il principale dei principi generali – al quale tutti gli altri si raccordano. Merita di essere segnalata, al riguardo, la concretezza descrittiva del "risultato", considerato nell'articolazione composita dei suoi elementi (la scelta organizzativa e il contratto) (art. 1, co. 1); l'esplicitazione della natura funzionale degli elementi che concorrono a delineare, nei suoi dati essenziali, "il risultato", siccome legittimamente perseguito (art. 1, co. 2 e 3); l'enunciazione della finalità, con riferimento all'ambito di applicazione (co. 4) [31].

Si tratta di elementi letterali di per sé qualificanti, dal momento che, da qualche tempo, è invalsa l'abitudine di menzionare l'obiettivo finale del "risultato", tuttavia senza offrire elementi idonei alla sua agevole individuazione. Così avviene nel T.U.S.P.P., dove gli elementi esplicativi del "risultato" (in più punti evocato) vanno ripescati nelle maglie dell'intero contesto, salvo quanto è reso maggiormente esplicito negli artt. 20, 21 e 24. Al contrario, nel Codice dei contratti pubblici la declinazione puntuale del principio del risultato conduce a una valorizzazione del principio di buon andamento, in termini di perseguimento delle finalità precipue assegnate alla P.A. e concorrendo all'attuazione del fondamentale principio di legalità [32].

---

[31] L. IANNOTTA, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità – Fonti normative ed ordinamenti*, Atti del Convegno in Macerata 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, desume dall'art. 1, co. 6, l. n. 59/1998 (c.d. legge Bassanini), nel testo integrato dalla l. n. 191/1998 (c.d. legge Bassanini-*ter*), il pregio di porre all'Amministrazione di "risultato" (delineato nella delega del 1998), il limite del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo e delle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità: "*diritti che - nella loro correlazione sia con l'economia quale entità in ultima analisi destinata a fornire beni e servizi sia con l'Amministrazione di risultato - si presentano come beni della vita, dovuti a tutti e a ciascuno*". L'art. 2, Cost., finirebbe dunque con l'integrare la nozione di "legalità" ponendo fra le fonti vincolanti "*norme basilari della Costituzione, materializzate e soggettivizzate nei diritti fondamentali e nelle persone singole o collettive che ne siano titolari, con conseguente obbligo di verifica della costituzionalità degli effetti delle decisioni sub specie di valutazione della giustizia-ingiustizia della sottrazione, distruzione, mancata attribuzione, ecc. a persone e/o a comunità, di beni fondamentali della vita e quindi anche di valutazione della costituzionalità delle norme applicate, anch'esse ricondotte, prioritariamente, sul piano dei beni e delle persone*".

[32] A tal riguardo, A. SANDULLI, *Imparzialità e buon andamento tra principio del risultato e rapporto politica-amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, pp. 1139 e ss., osserva che "*la declinazione del principio del risultato ai sensi dell'art. 1 del d.lg. n. 36/2023 fissa alcune coordinate che consentono di intendere tale principio quale risultato-legittimità. Dunque, il risultato di cui all'art. 1 non è il «risultato a tutti i costi», il «risultato purchessia», ma è il risultato che si ottiene a seguito di una operazione amministrativa contemplata dalla norma attributiva del potere*". In questi termini anche M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 2024, pp. 206 e ss. La ponderazione degli interessi nell'ambito della contrattualistica pubblica, nell'ottica del principio di "legittimità-risultato", nell'applicazione giurisprudenziale successiva al codice sembra arricchirsi anche del principio di proporzionalità (che trova pacificamente attuazione nella generalità dei procedimenti amministrativi, mentre meno scontata è la sua presenza in questa materia). Infatti, il Consiglio di Stato ha recentemente osservato che la qualificazione funzionale dei contratti pubblici operata in relazione all'evoluzione normativa della causa degli stessi si è nel tempo trasformata "*dalla concezione c.d. unipolare (limitata elle esigenze contabilistiche); a quella bipolare (che alla prima ha affiancato il perseguimento dell'interesse proconcorrenziale e alla libera circolazione); a quella, infine, multipolare, mediante la quale l'arricchimento funzionale della disciplina assegna al contratto anche il ruolo di strumento di politiche sociali ed ambientali (soprattutto per effetto del considerando 2 della Direttiva 2014/24/UE)*" (da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701). Questo perché "*Nell'attuale quadro*

ISSN 2036-7821

In più si rileva che (probabilmente anche per effetto delle aspettative riposte nella nuova normativa di settore) i principi generali di per sé – nel proporsi, *tout court*, come guida per l'interpretazione e per l'applicazione della generalità degli istituti dell'intero fenomeno operativo [33], senza disperdersi nei meandri di singole diposizioni normative – hanno risvegliato una sorta di tensione del "nuovo", paragonabile soltanto a quando, per la prima volta, sono state introdotte regole puntuali del procedimento amministrativo e, a venti anni di distanza, quando, con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, è stato "ordinato" il processo amministrativo, anche se, invero, si tratta per lo più di principi già insiti nell'ordinamento positivo o desumibili dalla interpretazione nomofilattica.

A chiusura dei principi generali, una clausola finale, fa rinvio – "*per quanto non espressamente previsto nel codice*" – alla legge 7 agosto 1990, n.241, per ciò che concerne le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti, e alle disposizioni del codice civile, quanto alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione (art. 12). Il che, con tutte le diversità del caso, si avvicina molto a formula finale apposta nell'art. 1, co. 3, del T.U.S.P.P.

Inoltre, una "novità" in assoluto del Codice dei contratti pubblici può rinvenirsi nella espressa intenzione del legislatore delegato di correggere fenomeni distorsivi interni alla "funzione pubblica nazionale" dalla c.d. "*burocrazia difensiva*", oltre che da "*timidezze*" interpretative della disciplina nazionale in rapporto a quella unionale, a loro volta provocate da una pretesa rilevanza esclusiva della tutela della concorrenza

---

normativo, soprattutto per effetto delle direttive di seconda e terza generazione, il contratto di appalto non è, infatti, soltanto un mezzo che consente all'amministrazione di procurarsi beni o di erogare servizi alla collettività, ma – per utilizzare categorie civilistiche - uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali, con conseguenti ricadute sulla causa del provvedimento di scelta del contraente" (Consiglio di Stato, sez. III, sentenza n. 11322/2023). La conseguenza – osserva ancora il Consiglio di Stato – è l'ampliamento dell'interesse pubblico primario "*che è sempre quello alla scelta del migliore offerente, ma non più tale solo sul piano dell'affidabilità e dell'economicità, bensì anche sul terreno della capacità di concorrere a concretamente tutelare gli ulteriori interessi pubblici nel frattempo normativamente assegnati alla cura dell'amministrazione (con la conseguenza di trasformare il contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica, sociale ed ambientale: in tal senso già la citata sentenza n. 8773/2022). Come chiarito dalla Sezione nella citata sentenza n. 11322/2023, la nozione di risultato "anche alla luce del significato ad essa attribuito dal sopravvenuto d. lgs. n. 36 del 2023, (…) non ha riguardo unicamente alla rapidità e alla economicità, ma anche alla qualità della prestazione"; (…) Se si considera tale, fondamentale quadro, la "migliore offerta" è dunque quella che presenta le migliori condizioni economiche ma solo a parità di requisiti qualitativi richiesti". Non trova dunque giuridico fondamento la tesi per cui la positivizzazione in materia contrattuale del principio del risultato avrebbe sancito il primato logico dell'approvvigionamento: non foss'altro perché tale principio è strettamente correlato a (e condizionato da) quello della fiducia, e dunque si differenza dalla logica del risultato "statico" di cui all'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 per rivolgersi invece alla effettività della tutela degli interessi di natura superindividuale la cui cura è affidata all'amministrazione, fra i quali quello della tutela ambientale assume un ruolo decisamente primario alla luce sia della richiamata Direttiva 2014/24/UE, che del riformato art. 9 della Costituzione*" (ancora Cons. Stato n. 4701/2024).

[33] È lo stesso Consiglio di Stato, nella citata Relazione, a precisare come ai principi sia stata assegnata la finalità di esprimere, con potente valenza *nomogenetica*, i fondamentali valori giuridici della specifica disciplina.

ISSN 2036-7821

in contrapposizione ad aspettative degli operatori, costituzionalmente prevalenti.
E, in tale prospettiva, sembra essenziale la previa considerazione dello stretto legame eziologico che corre fra la prioritaria esigenza di dare concreta attuazione al PNRR (e alle correlate direttive europee) e l'avvertita necessità (da parte dei compilatori) di superare (a tale fine) la situazione di generale e conclamato "malessere del diritto amministrativo" che (anche soltanto sulla base dell'esperienza di tutti gli osservatori, specializzati e non, sembra avere manifestato, in passato, gli effetti più dannosi proprio nel settore dei contratti pubblici [34].
La fonte normativa di tale collegamento logico/sistematico può essere rinvenuta, in primo luogo, nel d.l. 31 maggio 2021, n. 27, convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, il quale, all'art. 1, co. 2, testualmente statuisce che "*ai fini del presente decreto e della sua attuazione, assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nel Piano indicato al comma 1, nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e ambiente*". Non contiene un riferimento esplicito al PNRR, la delega conferita, con l. 21 giugno 2022, n. 78, al Governo, per l'adozione di "*uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*". Il collegamento è tuttavia, desumibile dall'art. 1, co. 1, oltre che dai criteri direttivi di cui al successivo co. 2, della legge delega [35].
Che il Codice dei contratti pubblici costituisca un vero e proprio "cambio di

[34] In questo senso, il contributo di V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6 del 2022, pp. 749 e ss., muove proprio dalla esigenza del recupero della discrezionalità, considerata la vera "sfida" del nuovo codice dei contratti, in funzione del "risultato", inteso quale principio fondamentale della nuova disciplina. Non a caso, S. CASSESE, *La nuova discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 2022, pp. 725 e ss. rinviene origine e causa dei guasti del sistema nell'indebita occupazione di spazi riservati al potere organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni, mediante la fioritura di leggi-provvedimento, auspicando un ritorno alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa, *alias* del procedimento amministrativo, inteso come luogo deputato al bilanciamento, in concreto, di tutti gli interessi coinvolti, ivi compresi, gli interessi pubblici implicati. È un motivo ricorrente quello di dover dare attuazione al PNRR, anche in relazione agli obblighi assunti nei riguardi dell'Unione europea, e la necessità impellente di recuperare la discrezionalità amministrativa. Cfr. sul punto M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, cit.

[35] Senza contare, come, il collegamento al PNRR – oltre che alla normativa euro-unitaria – compare nei contributi dottrinali di giuristi annoverabili fra i "redattori", del progetto di codificazione. Al riguardo, si ricorda la prolusione di L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, cit., nel punto in cui, toccando la parte del Codice riguardante i Principi, afferma "*Si è scelto di iniziare il testo con la codificazione di tre principi nuovi (specie i primi due), proprio per dare un segnale chiaro: risultato, fiducia, accesso al mercato. Risultato. Perché lo scopo primario del codice è realizzare contratti pubblici con la massima celerità e il miglior rapporto qualità/prezzo e non è perseguire altre policies, pure importanti, che rispetto ad esso sono funzionali e non finali. E perché il risultato, in tempi di PNRR, è parte della legittimità stessa dell'atto amministrativo*".

ISSN 2036-7821

paradigma" [36], è da accertare. Tutto sommato, per generale convincimento, la maggior parte dei principi sono tratti dal "sistema" costituzionale a diritto amministrativo; la novità assoluta è, però, di avere reso esplicito (per la materia contrattuale) il "risultato", in precedenza nascosto fra le maglie dei generali principi della attività della P.A., siccome positivizzati dalla l. n. 241 del 1990.

Apprezzabile è stata, quindi, la scelta di affidarne la redazione del testo normativo al Consiglio di Stato, il quale – sia pure nella articolazione e autonomia delle funzioni (quella giurisdizionale e quella consultiva) – è anche luogo ideale di osmosi delle esperienze e delle conoscenze giuridiche; e ciò non soltanto per il flusso continuo di conoscenza ed esperienza nell'ambito dell'Istituto, ma anche per la composita e articolata provenienza dei suoi componenti e la conclamata, tradizionale, apertura al dibattito dottrinale. Ciò, indipendentemente dalle eventuali criticità che dovessero emergere in relazione alle singole disposizioni, è di per sé rassicurante sul piano della rispondenza dei "principi" all'esigenza di fornire un quadro ordinato – per forma e per contenuto e, per di più, sufficientemente esaustivo – alle Amministrazioni e agli utenti, ma anche (e soprattutto) al giudice nell'espletamento della funzione nomofilattica.

Si tratta infatti di formule normative che, nei principi generali, sembrano voler tenere conto delle problematiche che si sono poste, in sede di controllo giurisdizionale, in ordine al potenziale conflitto fra esercizio, in concreto, del potere organizzativo singolare, in tema di esternalizzazione contrattuale e le aspettative legittimamente insorte in ordine alla conclusione del contratto, eventualmente incise; ed anche di quale sia la chiave di lettura – nella materia contrattuale – del rapporto che intercorre fra la generica indicazione di scopo, derivante dalla legge, e l'obiettivo concreto perseguito, con il contratto; e, infine, su come debba essere intesa, *in subiecta materia*, la tutela della concorrenza.

Tutti elementi che investono direttamente e immediatamente la funzione nomofilattica la quale "*appartiene a tutta la Cassazione ed a tutto il Consiglio di Stato, solo prevedendosi la competenza delle Sezioni Unite e dell'Adunanza Plenaria per la composizione dei conflitti giurisprudenziali (così dovendosi distinguere la nomofilachia e la nomofilachia compositiva). Ciò si dimentica ed è invece importante ricordarlo perché i giudici delle Sezioni semplici sono – sia pure nell'ambito di un sistema a precedente non vincolante - i primi ed i principali responsabili del corretto esercizio della funzione nomofilattica nel dovere tenere conto dei precedenti, sia della propria che delle altre Sezioni, dovere che è esercitabile convenientemente solo in presenza di un contenzioso dimensionato in modo appropriato*" [37].

---

[36] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA e L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, n. 21, 2023.

[37] G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023. E infatti, il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale – facendo buon uso della sua funzione "nomofilattica", affidata anche alle singole Sezioni – aveva già affermato – in relazione a una

ISSN 2036-7821

2.3. Tutela e promozione della concorrenza nel T.U.S.P.P. e nel Codice dei contratti pubblici. Cenni.

I due testi normativi presi a confronto si discostano notevolmente e, anzi, si muovono su binari differenti, soprattutto per ciò che riguarda la "tutela della concorrenza".

Nel T.U.S.P.P., "*tutela*" e "*promozione*" sono definiti alla stregua di criterio prioritario di applicazione e vincolante interpretazione delle scelte intraprese (art. 1, co 2); ne è corollario il singolare potere di intervento immediato dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che, tuttavia, non per questo è "vessatorio", giacché può essere visto, anche, in funzione "collaborativo-preventiva", posto che i poteri di detta Autorità (ovvero, quelli di cui all'art. 21-*bis*, della l. n. 287 del 1990) sono bilanciati dalla facoltà della P.A. di ritornare sulle proprie decisioni, conformandosi, nei temini previsti dalla legge, al parere dell'Autorità medesima (senza che il meccanismo procedimentale attuativo della disposizione da ultimo citate, escluda a priori, una fase interlocutoria).

Nel Codice dei contratti pubblici la "*concorrenza tra gli operatori*" è considerata elemento funzionale al "*conseguimento del miglior risultato possibile*" (art. 1, co. 2), che deve essere favorito, in quanto "*obiettivo*", nel principio di "accesso al mercato", a sua volta, tuttavia, assoggettato al rispetto del principio della concorrenza, il quale non è antagonista al risultato bensì può essere funzionale a quest'ultimo [38].

La differente impostazione dei due testi è notevole, ma è appena il caso di rilevare che – sebbene possano in ogni caso sopravvenire elementi distorsivi – l'impiego di risorse pubbliche tramite le due modalità di esternalizzazione (mediante contratto ovvero mediante la partecipazione societaria) hanno, per loro natura, un indice di pericolosità differente, rispetto agli equilibri richiesti dall'U.E.

È nella logica delle cose, pertanto, che Codice dei contratti pubblici e T.U.S.P.P. si muovano su direttrici differenti. Le società a partecipazione pubblica (anch'esse tenute alla osservanza della disciplina europea in tema di concorrenza "per il mercato" [39]) sono, in via principale e diretta, astrette dalla normativa europea e dalla

---

vicenda antecedente al d.lgs. n. 36/2023 – che l'utilizzazione, da parte della legge di gara, del parametro del risultato esplicita e conferma, il carattere immanente, al sistema, della c.d. amministrazione di risultato (che la dottrina aveva ricondotto al principio di buon andamento dell'attività amministrativa anche prima dell'espressa affermazione contenuta nell'art. 1 del citato d.lgs. n. 36 del 2023), con specifico riferimento alla disciplina dei contratti pubblici (Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866).

[38] Così L. CARBONE, *Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo "Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?"*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[39] A questa tematica ebbe a dedicare ampio spazio la Relazione della Comm. Spec., n. 968 del 2016, incaricata di rendere il parere sul disegno di decreto legislativo del T.U. (ne *I Rilievi Generali*, § 2, *Il contesto europeo).*

ISSN 2036-7821

relativa regolazione in tema di concorrenza "nel mercato" [40].
Le due discipline non sono, dunque, comparabili, come del resto dimostra la scelta comunitaria di "dedicarvi" direttive apposite.
Le società a partecipazione pubblica costituiscono un terreno di per sé scivoloso, in quanto è nella stessa tipologia di intervento "nel mercato" delle risorse pubbliche, il pericolo che si determini una "*influenza dominante*" e la lesione è suscettibile di riconoscimento già attraverso i dettagliati elementi di valutazione, richiesti dall' art. 5, co. 1, T.U., quale che sia l'oggetto precipuo della decisione amministrativa. Sennonché distorsioni possono verificassi anche nei settori lasciati all'auto-organizzazione delle P.A. dall'art. 7, co. 1 del Codice dei contratti pubblici, da cui la clausola generale all'art. 4, in forza del quale "*le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli arti coli 1, 2 e 3*".

3. Auto-organizzazione amministrativa e autonomia contrattuale.

Nell'ambito dei principi generali del Codice dei contratti pubblici, due, in particolare, sollecitano il confronto con il T.U.S.P.P., a parte quanto già considerato: quello di "*auto-organizzazione amministrativa*" (art. 7, d.lgs. n. 36 del 2023), e quello di "*autonomia contrattuale*" (art. 8, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023).
Entrambi i testi disciplinano forme tipiche di intervento pubblico nell'economia mediante l'analogo strumento di spostamento all'esterno di una determinata entità di risorse economico- finanziarie dell'Ente pubblico, che richiedono il dinamico alternarsi di decisioni amministrative e attività di differente natura.
E, in entrambi i testi, emerge la centralità della "funzionalizzazione" dell'attività, indipendentemente dal regime giuridico, a norma di quanto definito nell'art. 1, l. n. 241 del 1990.
In altri termini, è la disciplina giuridica del "potere organizzativo singolare" che domina la scena dell'intera materia del Codice dei contratti pubblici, non diversamente da quanto è desumibile dai principi generali contenuti nel T.U.S.P.P.,

[40] La Dir. 2006/111/CE della Commissione del 16 novembre 2006 costituisce la base normativa "fondamentale" in ambito europeo, per la definizione di impresa pubblica, in relazione al concetto di "*influenza dominante*": in questo senso, il carattere pubblico dell'impresa dipende dalla sussistenza di specifici indici proprietari, finanziari o regolamentari che appaiono funzionali a garantire un condizionamento da parte del socio pubblico. In particolare, il considerando n. 8 della direttiva citata riporta che: "*Peraltro, in materia di imprese pubbliche, detta trasparenza deve permettere di distinguere chiaramente fra il ruolo dello Stato in quanto potere pubblico ed in quanto proprietario*". Sulla nozione d'impresa pubblica in ambito europeo cfr. E. FERRARI, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche. Natura delle attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni della Riv. serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 124; E. MOAVERO MILANESI, *L'attuazione dell'articolo 90 CEE, paragrafo 3, e la direttiva della Commissione CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese*, in *Riv. dir. ind.*, 1981, pp. 302 e ss. Sulla sostanziale disattenzione del codice agli effetti della partecipazione "sul mercato", A. POLICE, *Gestione delle partecipazioni, obblighi di dismissione e crisi d'impresa: quale dimensione finanziaria per le Società a partecipazione pubblica?*, Relazione tenuta nell'ambito del Corso Monografico SPISA, 2017.

ISSN 2036-7821

dai quali si evince la funzionalizzazione dell'intera "operazione" che conduce al conseguimento del risultato, indipendentemente dalla disciplina giuridica di ciascun segmento e dall'opzione esercitata per effetto dell'auto-organizzazione riconosciuta espressamente dall'art. 7, co. 1 del Codice dei contratti pubblici, o dal principio di autonomia contrattuale enfatizzato nell'art. 8, co. 1, dello stesso Codice.

L' "*auto-organizzazione amministrativa*" (di cui all'art. 7) è "principio" espressamente riferito alle decisioni organizzative menzionate nella disposizione (dal potere di organizzare autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, a quello di esternalizzazione – mediante contratto – o la cooperazione).

Superati i dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario suscitati dell'opzione fortemente restrittiva contenuta nell'art. 192, co. 2, d.lg. n. 50 del 2016 [41] – risolto con esito negativo dalla Corte di Giustizia, con ordinanza del 6 febbraio 2020, in Cause riunite da C-89/19 a C/ 91/19 [42] – il legislatore nazionale, con il principio in esame (che si ispira al principio della libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche sancito dall'art. 2, dir. 2014/23/UE), ha inteso superare il clima di diffidenza che nel 2016 ha ispirato la disciplina di settore, non differentemente da quanto si è verificato in tema di partecipazione societaria. E dunque, piuttosto che riproporre i previgenti limiti, ha preferito muoversi nel segno della "fiducia", nei confronti della Pubblica Amministrazione, fermi restando i vincoli derivanti da principi contenuti negli artt. 1, 2, e 3 del Codice (espressamente richiamati, con clausola generale, nell'art. 4 dello stesso Codice), con l'intento di "*accentuare e incoraggiare*" lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle P.A., anche al fine di arginare il fenomeno della c.d. "*burocrazia difensiva*".

L'obiettivo della perimetrazione non è dunque restrittivo, ed anzi, al contrario, è quello di allineare la disciplina interna all'ordinamento dell'Unione europea, in linea con quanto previsto in altri Stati dell'Unione [43], senza perdere di vista, tuttavia, la

[41] La norma citata, ora abrogata dal nuovo Codice dei contratti, collocava gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto, consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché imponendo comunque all'amministrazione che intendesse operare un affidamento in regime di delegazione interorganica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento.

[42] L'ordinanza della Corte risolveva, contestualmente, con il medesimo esito negativo, la questione riguardante il dubbio di compatibilità comunitaria dell'articolo 4, del decreto legislativo n. 175/2016, (in relazione all'art. 12, par. 3, della Direttiva 2014/24) nella parte in cui la norma citata è volta impedire "a un'amministrazione pubblica di acquisire in un organismo pluripartecipato da altre amministrazioni una quota di partecipazione (comunque inidonea a garantire controllo o potere di veto) laddove tale amministrazione intende comunque acquisire in futuro una posizione di controllo congiunto e quindi la possibilità di procedere ad affidamenti diretti in favore dell'Organismo pluripartecipato".

[43] La Relazione illustrativa cita, al riguardo, l'art. 1 del *Code della commande publique*, il quale, nell'ordinamento francese, sancisce, analogamente, che *"Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique"*.

ISSN 2036-7821

natura meramente potenziale della equiparazione delle scelte attuative.

Se, quindi, il primo comma è quello che evidenzia "il cambio di prospettiva" dell'ordinamento interno nel contesto europeo, la scelta autonoma delle Amministrazioni pubbliche è variamente condizionata dalle indicazioni contenute nei commi successivi al primo.

Il co. 2 espressamente prevede e disciplina il potere delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti di "*affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*" del Codice, evidenziando l'elemento "positivo" dell'obbligo di motivazione a livelli differenziati, a seconda che si tratti di servizi all'utenza [44] o di servizi strumentali alla Pubblica Amministrazione [45]. Seguono (nel comma 3) il coordinamento con il d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 (attuativo della delega di cui all'art. 8 della l. n. 118 del 2022), in tema di affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale e (nel comma 4) l'indicazione delle condizioni perché la cooperazione fra stazioni appaltanti o enti concedenti non sia assoggettata alla disciplina del medesimo Codice.

Prescindendo da tale collegamento contenutistico, il principio enfatizzato in rubrica con l'espressione "auto-organizzazione" costituisce applicazione puntuale dell'altro principio, quello della "fiducia", enunciato all'art. 2 e si pone come elemento "di rottura" con un modo inconsulto di "fare amministrazione" [46], ossia quale puntuale applicazione, nella materia disciplinata dal Codice, del principio fissato nell'art. 97, co. 3, Cost., che espressamente dispone che "*nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari*"; a quanto è dato percepire, in ciò valorizzando la figura "soggettiva" del funzionario, come protagonista della "Amministrazione di risultato", con le proprie competenze ed anche con le proprie responsabilità secondo una linea di tendenza già presente nella l. n. 241 del 1990.

Con tale significato, l'affermazione del principio di auto-organizzazione ha in sé

[44] Nei servizi all'utenza devono essere evidenziati, i vantaggi per la collettività, in termini di qualità e universalità del servizio, oltre che di risparmio del tempo e del razionale impiego (con riguardo, non solo alla entità della spesa ma anche della sua efficienza), dovendosi riconoscere, in ciò, un evidente accostamento della nozione giuridica di "efficienza" con la corrispondente espressione nella gestione aziendale.

[45] Per i servizi strumentali alla Pubblica amministrazione, la motivazione è più snella: poggia, infatti, su parametri predeterminati e oggettivi di raffronto sul modello dell'art. 10 del d.lgs. n. 77 del 2021, tenendo presente il rapporto qualità/prezzo (con riferimento ai parametri di Consip S.p.A., salvo il riferimento ad altri parametri, tenendo conto della tipologia delle prestazioni o, anche, in mancanza, degli standard di mercato).

[46] La disposizione – enuncia la Relazione – "*si ricollega ai principi della fiducia e del risultato, che orienta la scelta dell'Amministrazione anche nella scelta tra mercato e autoproduzione, così recuperando, in coerenza anche con alcune indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale (cfr. sentenza n. 131/2020): l' "amministrazione del fare", per troppo tempo sacrificata in base a visioni nazionali prive di fondamento unionale, a favore di un'amministrazione che si limita, con l'obbligo di esternalizzazione, a "far fare agli altri""*.

ISSN 2036-7821

elementi di novità del sistema [47], connotando di eccezionalità la scelta legislativa, nel T.U.S.P.P., di attribuire all'organo di vertice il potere organizzativo singolare di indirizzarsi nel senso della partecipazione societaria, assoggettato, fra l'altro, a un vincolo procedimentale che lascia presupporre anche un penetrante controllo, stante l'articolata motivazione richiesta dall'art. 5, co. 1, del medesimo T.U.

Il T.U.S.P.P. si muove, del resto, nella diversa ottica della "diffidenza" legislativa per l'istituto della partecipazione societaria, che si manifesta – fra l'altro – in termini di "diffidenza" nei confronti dell'Amministrazione pubblica [48]. E, in questo senso, è stato interpretato anche il sistema c.d. a "*doppio stadio*" o a "*doppio livello*" già introdotto, nella materia, nei regimi anteriori alla emanazione del T.U., che vede intervenire l'Autorità di vertice in procedimenti prodromici successivi all'acquisizione della posizione di socio o partecipante ad altro titolo, a società di capitale.

Ma se poi si analizza il fenomeno prescindendo dall'organo nel quale il T.U. ha incardinato il potere organizzativo singolare, ci si avvede che, in entrambi i Testi, è sempre dall'esercizio del potere organizzativo singolare che parte – in varie fasi (quelle principale e quelle prodromiche) – l'indirizzo che, sostanzialmente, condiziona, in concreto, "l'autonomia contrattuale", in tal modo dando attuazione, anche nel differente settore disciplinato dal Codice, a una sorta di "doppia fase" (non dissimile da quella che ha fatto tanto scalpore, al tempo della entrata in vigore del T.U.), attraverso la quale prende corpo il raccordo fra "potere organizzativo singolare e funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico specifico" (e, dunque, ai canoni che lo governano, a norma dell'art. 1, co. 1 della l. n. 241 del 1990), e la fase contrattuale (quella che ricade, in linea generale, nel co. 1-*bis*, della legge citata), dando luogo (attraverso una sorta di "soggettivazione") alla conversione dell'interesse pubblico in "motivo" della volontà contrattuale (ordinariamente inidoneo a reagire sul rapporto contrattuale, o sulle altre relazioni bilaterali derivanti dalle scelte organizzative indicate nel co. 1, art. 7, T.U.S.P.P.).

Il che sta anche a indicare come, in definitiva, la funzione pubblica è sempre

---

[47] V. DEI GIUDICI, *Il PNRR, i contratti pubblici e la discrezionalità*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6 del 2022, pp. 749 e ss., muove proprio dalla esigenza del recupero della discrezionalità, considerata la vera "sfida" del nuovo codice dei contratti, in funzione del "risultato", inteso quale principio fondamentale della nuova disciplina. Non a caso, nel medesimo fascicolo e nella stessa *Sezione* ("*Opinioni*") della rivista giuridica citata, in primissima linea campeggia (alle pp. 725 e ss.), uno scritto di S. CASSESE , *La nuova discrezionalità*, dove, l'Autore, con la consueta schiettezza, rinviene origine e causa dei guasti del sistema nell'indebita occupazione di spazi riservati al potere organizzativo delle Pubbliche Amministrazioni, mediante la fioritura di leggi-provvedimento, auspicando un ritorno alla valorizzazione della discrezionalità amministrativa, alias del procedimento amministrativo, inteso come luogo deputato al bilanciamento, in concreto, di tutti gli interessi coinvolti, ivi compresi, gli interessi pubblici comunque implicati.

[48] A. POLICE e S. LUCATTINI, *Art. 4 – Finalità perseguibili mediante l'acquisizione e la gestione di partecipazioni pubbliche* cit., p. 174, B.G. MATTARELLA, *Presentazione*, in *Le società pubbliche nel Testo Unico*, F. CERIONI (a cura di), Milano, 2017, pp. XIII e ss.

ISSN 2036-7821

presupposto e vincolo della P.A. (e dei suoi funzionari), ancorché non rilevi (salvo disciplina speciale) nella disciplina giuridica della relazione intersoggettiva (art. 1-*bis* della l. 241, che interviene per rinvio esterno ai sensi dell'art. 12 del Codice dei contratti pubblici) [49].

Quanto al principio di "*autonomia contrattuale*" (art. 8, co. 1), la sua introduzione nel Codice dei contratti pubblici è stata considerata, di per sé, sintomatica di una svolta che non ha mancato di suscitare qualche critica, per essere apparso, a taluno, "impropriamente" enfatico, ovvero, una sorta di esaltazione della vicenda contrattuale, che sarebbe, poi, contraddetta, nell'ambito delle dinamiche contrattuali, dal contenuto della "decisione di contrarre", che deve comprendere "*gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*" (art. 17, co. 1) [50]. Se ne ricaverebbe l'impressione che, esaltando l'autonomia contrattuale, il legislatore abbia inteso mascherare la pervasività della "funzionalizzazione", pronta a fare capolino, nella materia contrattuale, molto più di quanto lascerebbe intendere il co. 1 dell'art. 8 [51].

La critica parrebbe ingenerosa, alla luce di quanto già è desumibile dal comma 1-*bis*, dell'art.1 della l. n. 241 del 1990, in coordinata lettura con il co. 1 del medesimo articolo [52] .

Come si è già avuto modo di accennare, l'anzidetto contesto normativo sembrerebbe aver voluto risolvere, già da tempo, in via "legislativa", il dicotomico conflitto pubblico/privato" [53], incidendo sulla funzione stessa del "diritto privato", nel senso

---

[49] In ciò, dunque, superando la visione meramente descrittiva di e M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, p. 443, nella parte in cui, pur ammettendo che il collegamento funzionale possa rinvenirsi anche in quella parte dell'attività della P.A. che, per la sua natura, è assoggettata alle regole del diritto privato, afferma che la rilevanza "giuridica" della funzionalità non può essere desunta direttamente e immediatamente dalla natura pubblica del soggetto, ma deve essere ricercata nella singola fattispecie e nel diritto positivo, ovvero nella norma che vi annette "rilevanza giuridica".

[50] In questo senso, di G. CLEMENTE DI SAN LUCA e L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2023.

[51] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA E L. DE FUSCO, *op. ult. cit.*, pp. 25 e ss.

[52] Anche se il significato della nuova disposizione non era apparso, immediatamente, chiaro, la riflessione sull'originario disegno di Cerulli Irelli (decaduto per fine legislatura) e la relazione di Bassanini che lo aveva ripresentato nella legislatura successiva, convinsero la generalità degli interpreti che la riforma del 2005 fosse nel senso della preferenza legislativa per la soluzione consensuale del conflitto autorità/libertà. Se ne convinsero anche giuristi maggiormente retrivi ad ammettere la stessa configurabilità di un'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, come C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano 1982, pp. 143 e ss.), il quale, dopo l'innovazione del 2005 alla l. n. 241 del 1990, finisce con l'affermare che "*ammettere che un atto (e il potere con esso esercitato) abbia forma privata (senza inquinamenti) non significa rinunciare ad applicare i principi di imparzialità e di buon andamento (e dunque a violare la Costituzione) ma spostare l'incidenza su piani e profili differenti e talora più appropriati.* [...] *Capisco il disagio* [...] *ma credo che sia una soluzione necessitata se vogliamo provare a ricavare una qualche utilità, se non altro in termini di insegnamenti derivanti diversi, con estensioni diverse, ecc.; e se non danno i risultati voluti si può cambiare e ritornare a schemi precedenti*" (ID., *Pubblico, privato e statuto costituzionale dell'Amministrazione (alcune note)*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2, 2012 p. 476).

[53] Sembra naturale, in argomento, ricordare N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 14, e, ancora, dello stesso A., *La grande dicotomia*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1974,

ISSN 2036-7821

che esso non costituirebbe più, soltanto, la disciplina giuridica del "diritto dei privati" e dei corpi morali dagli stessi costituiti ("analogicamente" applicabile alle persone giuridiche pubbliche, sempre che vi consentano le norme e gli usi di diritto pubblico, a norma dell'art. 11 c.c.), per essere divenuto (su tale base) – in linea generale – il "diritto comune" a privati e Pubblica Amministrazione ogni qual volta quest'ultima – facendo uso dei poteri organizzativi singolari in conformità al disposto dell'art. 1, co.1. della citata legge n. 241 del 1990 – decida di proiettarsi in "relazioni" di tipologia civilistica per il perseguimento di pubblici interessi specifici assegnati alle sue cure, piuttosto che ricorrere ad atti autoritativi. Sistematicamente, le due disposizioni della l. n. 241 del 1990 (entrambe di "diritto pubblico"), assolvono il duplice compito di chiarire la "funzionalizzazione" dell'attività amministrativa, in ogni sua manifestazione (con ciò, implicitamente, connotandola, rispetto alla attività dei "soggetti privati" per l'incompatibilità dell'intento "egoistico") e nel contempo di definire, nell'ordinamento civile, l'attività "non autoritativa", siccome – nelle linee generali (e salvo normativa speciale) – interamente assoggetta al diritto privato.
In questo senso, l'inserimento del principio di "autonomia contrattuale" fra quelli "fondamentali" introdotti dal "nuovo" Codice dei contratti pubblici andrebbe interpretato nel senso di ribadire il principio di cui al co. 1-*bis* dell'art. 1, l. 241/90, con l'obiettivo di chiarirne la portata generale, completando spazi interpretativi lasciati irrisolti da una formula normativa effettivamente non del tutto esplicita.
Null'altro, d'altra parte, parrebbe esprimere la formula normativa secondo la quale "*nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge*". Né parrebbe, di per sé, connotata di particolare enfasi quanto affermato sul punto dalla Relazione della Commissione speciale del Consiglio di Stato (quantomeno nei primi due periodi della Relazione); vi si legge, infatti, che il principio in parola sarebbe volto a chiarire (alla P.A. e alla generalità degli utenti ed interpetri del Codice in esame) che all'autonomia contrattuale della P.A. trova applicazione (*salvo che la legge disponga diversamente*) l'art 1322 c.c. (il quale è rubricato, appunto, "*Autonomia contrattuale*") e non "*il principio di tipicità del provvedimento amministrativo* [che] *non si estende ai contratti*", confermando in tal modo una "regola" già da tempo acquisita alla stregua di "diritto-vivente" e ampiamente condivisa dalla dottrina [54], anche se per qualche

pp. 2187 ss., ora in *Stato, governo, società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, 2006, p. 3 ss., là dove definisce la grande dicotomia diritto pubblico diritto privato, nel senso di "*«criterio di periodizzamento» ovvero come «indicatore di una tendenza di sviluppo»: il che avviene quando si parla di tendenza alla privatizzazione, e, per converso alla pubblicizzazione, o addirittura di un momento prevalentemente privatistico e per converso di un momento prevalentemente pubblicistico del diritto*". Con riferimento allo sviluppo di tale dualismo, nel diritto commerciale, cfr. anche C. ANGELICI, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, I, Torino, 2004, p. 103 ss.

[54] Fra i tanti, F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, vol. II, 2004, p. 170., F. MESSINEO, *Contratto*

ISSN 2036-7821

tempo ritenuta non applicabile a contratti ad evidenza pubblica.

Sennonché, l'enfasi – non riconoscibile nel testo del co. 1 dell'art. 8 – "esplode" nel terzo periodo della Relazione [55]. Tanto la deliberazione organizzativa di esternalizzazione mediante contratto, quanto le determinazioni prodromiche, pongono, nel nuovo Codice dei contratti pubblici, numerose indicazioni sostanzialmente limitative dell'autonomia contrattuale e, d'altra parte, è la stessa l. n. 241 del 1990 ad avvertire, in termini positivi, che l'attività della P.A. è sempre "funzionalizzata" al perseguimento dell'interesse pubblico specifico e ne è, dunque, "condizionata" (indipendentemente dalla forma contrattuale).

Che tale condizionamento sia una connotazione "ordinaria" dell'attività della P.A. (che potremmo definire, per tale profilo, "bifasica", se non "polifasica" [56]) emerge, nella l. n. 241 del 1990, dalla (già evidenziata) articolazione dei primi tre commi dell'art. 1 che, invece di essere numerati progressivamente, sono coesi, tramite gli avverbi numerali *bis* e *ter*, non casualmente, bensì per indicarne il collegamento grammaticale e logico alla norma principale (co. 1), nel senso che indipendentemente dal regime giuridico che governa l'attività, è nel provvedimento organizzativo singolare "principale" (e, occorrendo, in quelli prodromici richiesti della "operazione amministrativa") che trova attuazione il collegamento funzionale allo "scopo" indicato dalla legge, così come è la titolarità della funzione pubblica (indipendentemente dalla natura privata del soggetto che ne è occasionalmente titolare) a imporre l'assoggettamento (co. 1-*ter*) ai principi fissati dal co. 1. La regola anzidetta trova conferma in casi specifici disciplinati dalla stessa legge, all'interno della quale il co. 4-*bis*, art. 11, definisce la regola (di portata generale) della previa

---

innominato (atipico), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, pp. 95 e ss.; G. OSTI, *Contratto* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 499; A. CLARIZIA, *Contratti innominati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 4 e ss. S. COGLIANI, *Alcune riflessioni in tema di appalto e vendita di cosa futura*, in *Riv. Trim. app.*, 1990, pp. 1065 e ss.; R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 3. Il tema è stato anche affrontato dal Consiglio di Stato, *funditus*, in sede di attività consultiva (Sez. III, par. 19 dicembre 1989, n. 1838, e Ad. Gen., par. 17 febbraio 2000, n. 2) concludendo nel senso che non vi sono limiti incidenti sulle tipologie contrattuali e, in linea generale, sugli strumenti di diritto privato utilizzabili dalle amministrazioni per il conseguimento dei fini pubblici. In giurisprudenza, fra le tante. Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.

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

[56] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, p. 577, a proposito della evidenza pubblica parla di procedura di conclusione negozia accompagnata da una serie di procedimenti amministrativi di controllo. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 1185; V.A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti tra atti di autonomia*

privata e procedimenti amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1983., p. 293; E. CASETTA., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 573; F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, Torino, 2017, p. 95.

ISSN 2036-7821

deliberazione organizzativa del medesimo organo competente per l'adozione del provvedimento.

Ma trova conferma anche nello stesso Codice dei contratti pubblici, dove è un provvedimento "organizzativo" ad autorizzare l'esternalizzazione contrattuale e a fissare le regole procedimentali. Quanto detto trova ulteriore dimostrazione nella legge di delega, nella quale si rinviene un solo criterio che espressamente si occupa di capacità contrattuale, unicamente per comprimerla (art. 1. co. 2, lett. "l"), nel divieto di prestazioni intellettuali gratuite (ossia il principio che, nella stessa rubrica dell'art. 8, si contrappone – come principio distinto – alla "autonomia contrattuale", con le regole di motivazione sulla eccezionalità della deroga, indicate nel comma 2 dello stesso articolo). E sempre nella delega si rinvengono tutta una serie di principi e criteri nel senso della prodromica esigenza di provvedimenti, in tutte le fasi della procedura, intesi a indirizzare l'attività contrattuale e a definirne obiettivi e limiti. Al contrario, non ve ne è uno solo che evidenzi la volontà del legislatore delegato a che fosse posto, nel nuovo Codice, un principio di "autonomia contrattuale" nel senso indicato nel terzo periodo della Relazione, con la conseguenza anche di ingenerare il sospetto di una non piena aderenza alla legge delega.

A parte ciò, l'enunciazione di cui al co. 1, art. 8, Codice, sembra ricadere nella comune esperienza per cui la "autonomia contrattuale" delle P.A. non è mai totalmente esente da "vincoli" che provengono dal diritto pubblico. Ciò in quanto, nel sistema a diritto amministrativo, connotazione essenziale della P.A. (genericamente considerata) e dei suoi funzionari (in particolare) non è la titolarità di diritti soggettivi (se non quelli derivanti, ordinariamente, dal rapporto di impiego o altra tipologia), bensì di "poteri" più o meno discrezionali, sulla base di un'investitura generalmente compatibile alla posizione burocratica rivestita nell'assetto organizzativo della struttura di appartenenza. Al contrario la titolarità (in concreto) della "capacità contrattuale" (in quanto declinazione della "capacità giuridica" di essere titolare di diritti e di obblighi) non deriva automaticamente dalla investitura proveniente dal rapporto di pubblico impiego e dalla posizione burocratica rivestita, bensì dalla scelta organizzativa effettuata in concreto, sulla base di un singolare processo di "soggettivazione", ora autorizzato in linea generale con legge ordinaria (art. 1, co. 1-*bis*, l. n. 241 del 1990 ma sempre in vista del conseguimento di un risultato discrezionalmente programmato in quanto ritenuto idoneo allo "scopo" astrattamente definito dalla legge).

Per meglio precisare quanto sin qui argomentato, altro è affermare che – in assenza di espressi limiti legislativi – l'attività contrattuale della Pubblica amministrazione è interamente assoggettata alla disciplina privatistica, altro è assumere una titolarità "endogena" di capacità contrattuale, svincolata dai limiti insiti nella

ISSN 2036-7821

"funzionalizzazione" [57], con ciò anche superando l'obiettivo insito nel collegamento sistematico voluto dalla versione attuale della l. n. 241 del 1990.

È del resto noto che – proprio nella materia contrattuale – l'attività della P.A. deve fare riferimento a una disciplina pubblica specifica (la legge sulla contabilità generale dello Stato contenuta nel r. d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato", e relativo regolamento di esecuzione di cui al r. d. 23 maggio 1924 n. 827, con gli aggiornamenti sopravvenuti nel tempo; la normativa in materia di procedimento amministrativo di cui all'art. 1, co. 1., l. n. 241 del 1990; il diritto di accesso ai documenti; nonché in tema di evidenza pubblica, la relativa normativa di settore).

Ne consegue che l'enunciato dell'art. 8, co. 1, del Codice deve ritenersi corretto e "sincero" solo nei limiti in cui vi si rinvenga l'integrazione del co. 1-*bis* dell'art. 1, l. 241 del 1990, nel senso che, all'attività della P.A. che opera con modalità non autoritaria, il c.c. si applica nella sua interezza e, dunque, anche nella parte in cui definisce la "capacità contrattuale" (ovvero, l'art. 1322). Il che è, pure, il solo significato coerente con i limiti derivanti dalla delega – sebbene, ivi, non si rinvenga un puntuale riscontro volitivo del delegante – in quanto è "utile" nel senso di evitare errori nell'ambito di talune delle scelte organizzative indicate nell'art. 7 del Codice.

Per il resto, deve essere confermata l'immanenza di vincoli "sempre" derivanti, all'autonomia contrattuale della P.A., dall'esercizio del potere organizzativo singolare che ne autorizza la proiezione del diritto "comune", fissandone obiettivi e limiti.

L'idea di una generale e "sconfinata" autonomia contrattuale della P.A. (prima ancora che per le ragioni sopra illustrate) sembra porsi anche in contrasto con quanto è desumile dalla Costituzione, in cui, l'esercizio dell'autonomia contrattuale soggiace ai vincoli di solidarietà di cui all'art. 41, co. 2 e quello della programmazione economico-finanziaria e finalistica (art. 41, co. 3 e art, 97, co. 1 e 2) oltre che a quello di sussidiarietà (art. 118) [58].

---

[57] Incidentale è anche l'affermazione contenuta nella sentenza della Corte suprema di cassazione a SS.UU (la n. 11656 del 2008) che secondo, quanto affermato nel primo periodo della Relazione, avrebbe riconosciuto una generale capacità contrattuale in capo alla P.A. Invero, in quella sede di regolamento della giurisdizione, si trattava – secondo quanto espressamente enunciato dalla Corte – di accertare se il contratto oggetto del contendere fosse un appalto o una vendita di casa futura, al fine di regolare la giurisdizione fra g.a. (in sede di giurisdizione esclusiva) e g.o.

[58] Si segnala, in particolare, A. POLICE, *Corte dei conti e Società pubbliche. Riflessioni critiche a margine di una recente riforma*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, secondo cui l'art. 41, co. 1, nell'affermare che "*l'iniziativa economica privata è libera*", "predica (*la libertà di impresa) come libertà di impresa pubblica e libertà di impresa privata*". Cfr. anche A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964, p. 86, e ID., *Introduzione al Convegno*, in G. CARLI, G. GUARINO, G. FERRI, U. AGNELLI (a cura di), *Libertà economiche e libertà politiche. Riforma dell'impresa e riforma dello Stato*. Cfr. poi L. EINAUDI che – nella seduta del 13 maggio 1947 (di cui in atti dell'A.C., II, 39337-38) – nell'illustrare il significato della norma da lui redatta, ha osservato che "*il comma 1 del testo costituzionale è una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato; esso assurge a diritto fondamentale, del privato*".

ISSN 2036-7821

Del terzo periodo della Relazione può, in ogni caso, essere condivisa l'affermazione secondo cui nel T.U.S.P.P. deve essere riconosciuta una aprioristica contrazione della "autonomia contrattuale", perpetrata, "per legge", ad ampio spettro: dalla tipologia (società a responsabilità limitata), al vincolo di scopo e di attività e procedimentale (accompagnata da una notevole contrazione dei poteri organizzati singolari, oltretutto concentrati in organo di vertice degli "uffici pubblici") [59].

Taluni di questi limiti (in particolare, quello relativo alle attività) parrebbero anche incongrui, così come definiti "per legge", soprattutto in periodi come quello attuale, in cui sembrano deficitari gli investimenti sulla produzione, rispetto alle potenzialità dell'intervento pubblico in tempi di crisi. Così come non pare apprezzabile, concettualmente, che nell'utilizzare lo strumento della società di capitale, se ne sacrifichino talune delle connotazioni "aziendalistiche", che sebbene non "essenziali", costituiscono motore dell'economia (v. lo scopo di lucro), in base alla pretesa incompatibilità con l'interesse pubblico specifico. Ad esso, infatti, non sembra ripugnare affatto che gli utili di impresa vengano convertiti in investimenti pubblici (ad esempio, per risanare la sofferente edilizia scolastica, rimettendo in circolazione l'utile tramite il "contratto"). Lo strumento societario in sé, ove non sia meramente speculativo, contiene – nella vigente disciplina – (privata e pubblica), elementi idonei a garantire "crescita e benessere sociale", se correttamente gestiti [60]. Senza contare che, anche secondo i principi euro-unitari, la presenza nel mercato, con scopo conforme a quello degli operatori privati, sembra risponda più adeguatamente agli obiettivi di tutela della concorrenza [61].

Anche sull'affermazione secondo cui i limiti della capacità contrattuale, rinvenibili

---

Anche M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, pp. 177 e ss., all'interno del cap. 6, (p. 178) (sebbene lui fosse strenuo assertore della titolarità della piena capacità giuridica, in capo alle Persone giuridiche pubbliche) afferma che l'art. 41, comma 1, impiega un'espressione non giuridica, come quella di iniziativa economica privata, in modo improprio; "*Il comma 1 del testo costituzionale*" aggiunge l'A. "*è una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato, esso assurge a diritto fondamentale, del privato*".

[59] Sul punto, sia consentito rinviare ad E. TEDESCHI, *Il "vincolo di scopo" nelle società a partecipazione pubblica. Riflessioni sui limiti funzionali delle società a partecipazione pubblica e sulla capacità giuridica della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2025.

[60] F. GOISIS, *Il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica: economicità e necessaria redditività dell'investimento pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2019, p 38, ripercorrendo una tematica molto cara all'A. (v. anche *La natura delle Società a partecipazione pubblica: norme nuove e questioni antiche*, in *Alla ricerca del filo di Arianna*, Incontri, 2014, in cui l'Autore cita ampi stralci di Cass. Civ. 12 aprile 2005, n. 7536 in contrapposizione al preteso tramonto della causa lucrativa).

[61] Il criterio della "redditività dell'intervento" si rinviene già nella Comunicazione relativa all'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato alla partecipazione delle Autorità pubbliche nei capitali delle imprese, in Boll. CE, 9/1984, al par. 93, in cui si sostiene che qualsiasi forma di partecipazione pubblica (anche totalitaria) deve conformarsi al criterio "dell'investitore privato, operante in normali condizioni di mercato", e si ripete nella generalità dei documenti comunitari (ad esempio. 92/318/CEE: Decisione della Commissione, del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna all'«Industrias Mediterráneas de la Piel SA» (Imepiel), in Gazzetta ufficiale n. L 172 del 27/06/1992, 0076-0085) oltre che essere alla base delle pronunce della Corte di Giustizia (fra le più recenti, Corte giust., grande sezione, 6 marzo 2018, in causa C 579/16 P, punto 67).

ISSN 2036-7821

nel T.U., costituiscano limiti "eccezionali", si potrebbe essere d'accordo, solo, però, se si muove dalla generale opzione dell'ordinamento per la composizione consensuale dei conflitti, resa manifesta dall'art. 1, co. 1-*bis*, della l. n. 241 del 1990, che non esclude né la funzionalizzazione né l'esistenza dei limiti della capacità contrattuale, sopra evidenziati.

4. Conclusioni.

Pur con le differenze che sono emerse nel corso di questa analisi, T.U.S.P.P. e Codice dei contratti sembrano muoversi secondo il medesimo tracciato logico-sistematico per ciò che attiene la puntuale distinzione fra quanto appartiene al diritto pubblico e quanto, viceversa, ricade nella disciplina civilistica. Sono, dunque, entrambi espressione omogenea di quella singolare commistione di elementi, che caratterizza il vigente "diritto amministrativo" (in parte di diritto pubblico e in parte di diritto privato), seguendo entrambi – con le connotazioni proprie della tipologia di esternalizzazione oggetto della specifica disciplina di settore – la schematizzazione procedimentale suggerita dal co. 1, art. 1, l. n. 241 del 1990.

In entrambi i testi normativi, il punto di partenza è la deliberazione organizzativa singolare, nella quale, il "programma operativo" si dipana interamente nella sua complessità, fissando anche (attraverso il provvedimento autoritativo "funzionalizzato") obiettivi e limiti della "soggettivazione" che legittima (il medesimo titolare del potere discrezionale) a proiettarsi nel diritto "comune", con attività (anch'essa "funzionalizzata") disciplinata dal diritto privato, non escluso, in entrambi i casi, che – ai fini del conseguimento del risultato – si richiedano provvedimenti autoritativi prodromici e necessari a definire fasi puntuali dell'intera operazione.

Un meccanismo complesso in cui il "provvedimento" non soltanto non perde il suo ruolo fondamentale (quello di essere espressione del "potere organizzativo singolare" della P.A.), ma lo vede rafforzato nel porsi come luogo ideale della "programmazione", alla quale si raccorda l'attività (autoritativa e/o intersoggettiva) individuata come "necessaria" al conseguimento del "risultato", ed al quale si raccordano, altresì, tutte le altre attività "*inter*" o ""*endo*" procedimentali, ed ulteriori apporti prodromici, ovvero quanto necessario a dare attuazione ai principi declinati nel co. 1 dell'art.1 l. n. 241 del 1990, al fine del conseguimento del "risultato".

In ragione di tale complessità, per entrambi gli atti legislativi si è posto (ed è stato risolto con apposita norma di chiusura) il problema della collocazione sistematica degli istituti nella disciplina pubblicistica e in quella privatistica, affinché fossero chiare le posizioni soggettive con le corrispondenti garanzie di tutela (ponendosi il problema della "giurisdizione" soltanto in tema di partecipazione societaria, considerata, nella materia contrattuale, la giurisdizione esclusiva attribuita al giudice

ISSN 2036-7821

amministrativo).

Che poi le singolarità della partecipazione societarie, da un lato, e del "contratto", dall'altro, richiedano il dipanarsi differenziato delle fasi procedimentali, è correlato alla diversità della materia. Al riguardo, è appena il caso di precisare che l'auto-organizzazione, posta come criterio autonomo nell'art. 7 co. 1 del Codice dei contratti pubblici, inerisce al potere di scelta fra le differenti soluzioni attuative contemplate nella medesima disposizione (tutte estranee al fenomeno della partecipazione in società di capitale oggetto del T.U.). Essa non ha nulla a che vedere con il potere di volta in volta espletato con il provvedimento organizzativo singolare da cui muove, in concreto, la singola scelta operativa, tipicamente "autonoma" in entrambe le ipotesi, in quanto espressione di discrezionalità (salvo i limiti derivanti dalla legge, relativamente considerata).

Occorre piuttosto evidenziare che soltanto il Codice dei contratti (e non anche il T.U.S.P.P.) consente di mettere a fuoco una particolare connotazione "evolutiva" della P.A. nel vigente assetto organizzativo "funzionale", ovvero l'emersione della figura del "funzionario", non già soltanto come "agente" di una Pubblica Amministrazione oggettivamente considerata, bensì come "persona fisica", titolare dell'autonomia organizzativa e del relativo potere organizzativo singolare, sulla base della relazione di "servizio" che lo lega all'Ente e che lo caratterizza con le sue "capacità e attitudini" e la sua "responsabilità", indipendentemente dalla natura giuridica dell'attività posta in essere. Ciò è quanto sembra emergere dalla "fiducia" che il legislatore ha inteso esprimere non soltanto nell'art. 2, del Codice, ma, anche, con maggior forza, nell'art. 7, co. 1, alla luce delle considerazioni svolte nella Relazione del Consiglio di Stato.

A parte ciò, i due testi si muovono su binari differenti e con effetti non paragonabili, sia rispetto al mercato, sia rispetto alle finanze pubbliche, il che vale a spiegare, in radice, la differente dimensione di autonomia organizzativa singolare, fortemente limitata dalla stessa legge nella disciplina della partecipazione societaria e, al contrario, definita piena (e, dunque, ampiamente discrezionale), nel Codice dei contratti pubblici nell'ambito dell'autonomia organizzativa di cui all'art. 7, co. 1.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La rinegoziazione del contratto e le sopravvenienze nel nuovo Codice dei contratti pubblici: tra diritto amministrativo e diritto civile

di Gianluca Briganti

(Avvocato "Specialista" in Diritto Amministrativo, Dottore di Ricerca (*Ph.D.*) in Diritto Pubblico dell'Economia, l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza")

e Cristian Testa

(Avvocato)

Sommario

1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, la pandemia da Covid-19 e le "sopravvenienze": una premessa. – 2. Le coordinate generali del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. – 3. Il confronto con l'ordinamento tedesco e francese: i suggerimenti della *soft law*. – 4. I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 5. La novità legislativa: l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. – 6. La valorizzazione della causa "in concreto" ad opera dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici – 7. Riflessioni conclusive.

Abstract

Unforeseen events and contingencies are inevitable aspects of our lives; they represent unplanned situations that, in an instant, can overturn established plans, goals, and routines. Among the most significant unforeseen events of recent decades, COVID-19 has profoundly impacted global society. The pandemic has challenged contract law and, consequently, the phase of execution in the context of public contracts. The new 2023 Public Procurement Code, by introducing the principle of preserving contractual balance, may open the possibility of extending this principle beyond the narrow scope of public contracts and thus into general civil law, enhancing the principle of good faith in negotiations.

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

ISSN 2036-7821

1. Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, la pandemia da Covid-19 e le "sopravvenienze": una premessa.

Gli imprevisti e le sopravvenienze sono aspetti inevitabili della nostra vita personale e professionale. Rappresentano delle situazioni non pianificate che, in un attimo, possono ribaltare piani, obiettivi e *routine* consolidate.

La vita, nel suo fluire, ci insegna che non tutto può essere controllato. È proprio nell'imprevedibilità che si cela la vera essenza dell'esperienza umana: l'apprendimento, la crescita e la scoperta di sé.

Le sopravvenienze, dunque, non sono semplici ostacoli, ma compagni di viaggio che ci spingono a riflessioni più profonde e ad un apprezzamento della bellezza dell'incertezza. In questo senso, rappresentano non solo una sfida, ma anche un'opportunità per aprirsi a nuove "riflessioni".

Il vasto e complesso tema delle sopravvenienze pone il giurista dinanzi al "umanamente imprevedibile"[1] e lo stimola alla continua ricerca di risposte e soluzioni in grado di restituire alle relazioni l'equilibrio sconvolto[2].

Tra gli imprevisti di portata più vasta degli ultimi decenni, il Covid-19 è stato un evento che ha inciso profondamente sulla società globale, generando delle conseguenze totalmente imprevedibili e modificando il nostro modo di vivere, lavorare e di operare nei mercati[3].

La sopravvenienza è una circostanza che arriva successivamente rispetto a una condizione esistente, influenzandola in modo significativo.

La pandemia ha generato numerose sopravvenienze, portando alla luce problemi latenti nel nostro ordinamento giuridico[4]. Tali problemi, infatti, sebbene abbiano riacquistato centralità solo con la recente situazione emergenziale, erano già

*Il lavoro è frutto di comuni riflessioni di entrambi gli Autori. Tuttavia, nello specifico, i paragrafi 1, 2, 4 sono da attribuirsi a Gianluca Briganti; i paragrafi 3, 5, 6 sono da attribuirsi a Cristian Testa. Il paragrafo 7 è da attribuirsi ad entrambi gli Autori.

[1]Espressione utilizzata da R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1996, cit. p. 460.

[2]A. A. CARRABBA, G. SALITO, *Adeguamento del contratto tra principi del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus*, in *Contratto impresa Europa*, 2021, cit. p. 375 ss.

[3]Con riferimento agli effetti della pandemia sui mercati finanziari, si evidenzia come essa abbia avuto un effetto devastante sui mercati finanziari globali, portando con sé una crisi senza precedenti che ha scosso ogni aspetto dell'economia mondiale. A partire dal primo trimestre del 2020, i mercati hanno dovuto affrontare forti perdite, volatilità estreme e un'incertezza prolungata, che ha influenzato sia i prezzi delle azioni sia quelli delle obbligazioni e delle materie prime. Il Covid-19 ha messo in evidenza la vulnerabilità del sistema finanziario globale, ma ha anche stimolato una serie di interventi straordinari da parte di governi e banche centrali per contrastare gli effetti della crisi. Nonostante le difficoltà, i mercati finanziari hanno mostrato una ripresa sorprendente già nel 2021, sostenuti dalla distribuzione dei vaccini e dal miglioramento delle prospettive economiche globali. Le azioni hanno recuperato rapidamente le perdite e, in alcuni casi, hanno raggiunto nuovi massimi storici, alimentate dalla liquidità immessa dalle banche centrali e dall'ottimismo degli investitori.

[4]Sul punto, *ex multis*, N. ZORZI GALGANO, *Impatto del Covid-19 sul sistema del codice: impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità?*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, p. 53 ss.

ISSN 2036-7821

timidamente apparsi già nelle fonti romane[5].

Lo "*shock* esogeno"[6] provocato dalla pandemia da Covid-19 ha determinato delle importanti conseguenze sul piano giuridico[7], economico[8] e sociale.

Nello specifico, la pandemia ha avuto un impatto senza precedenti sui rapporti contrattuali e nell'ambito del sistema dei contratti pubblici.

Sul versante civilistico, l'emergenza sanitaria ha messo a dura prova i principi tradizionali del diritto contrattuale, in particolare quello della conservazione dell'equilibrio tra le prestazioni pattuite[9]; invece, nell'ambito dei contratti pubblici, si è registrata l'introduzione di numerose deroghe alla normativa prevista dal previgente Codice dei contratti pubblici (il D. lgs. 18 aprile 2016 n. 50)[10].

La pandemia, dunque, ha generato effetti economici diffusi ed imprevedibili, quali interruzioni delle catene di approvvigionamento, chiusure forzate di attività, calo della domanda e difficoltà finanziarie generalizzate, incidendo in modo significativo

---

[5]Sul tema G. PUGLIESE, F. SITZIA, L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2012, p. 366 ss.; P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, p. 78 ss., il quale evidenzia che, comunque, nel diritto romano, in via generale, era prevista la possibilità di revocare le donazioni tra coniugi in caso di "sopravvenienza" di figli.

[6]Uno "*shock* esogeno" è un evento o un cambiamento improvviso che avviene al di fuori di un sistema economico o sociale e che ha un impatto significativo su di esso. Il termine "esogeno" indica che la causa dello shock è esterna al sistema considerato e non è generata dalle dinamiche interne. In economia, gli *shock* esogeni possono essere di diversa natura.

[7]Per un'analisi dell'impatto del Covid-19 sul sistema costituzionale italiano si veda, *ex multis*, B. CARAVITA DI TORITTO, *L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *Federalismi.it*, 2020.

[8]Per un'analisi di politica economica si veda l'interessante approfondimento di E. MARELLI, M. SIGNORELLI, *Politica economica: le politiche dopo la grande recessione e lo shock pandemico*, Torino, 2022. Per una visione d'insieme degli effetti della pandemia nel diritto e l'economia si veda, *ex multis*, I. D'AMBROSIO, P. PALUMBO (a cura di), *Diritto, economia e società dopo la pandemia*, Napoli, 2021. Infine, per una riflessione che racchiude una pluralità di voci accademiche (di economisti, sociologi, giuristi, statistici e psicologi), secondo una prospettiva mutuata dal variegato mondo delle scienze sociali, si veda M. GRONDONA, *Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica. Riflessioni dal mondo delle scienze sociali,* Perugia, 2020.

[9]Sul tema si veda, in generale, G. SPARANO, *Effetti della pandemia sui contratti. Tesi dell'unitarietà*, in *Giustiziacivile.com*, 3, 2020; R. FRANCO, *Emergenza. Diritto delle obbligazioni. Umanità*, ivi, in *Giustiziacivile.com*, 2, 2020; A. M. BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto "cura Italia"*, in *Contratti*, 2020, p. 213 ss.; F. MACARIO, *Covid-19 e sopravvenienze contrattuali: un'occasione per riflettere sulla disciplina generale?*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 3, 2020, p. 80 ss.; A. SEMPRINI, *Inadempimenti "emergenziali": colpa del debitore, inesigibilità della prestazione, e nuovo art. 3, comma 6-bis, d.l. n. 6/2020*, in *Studi urbinati*, 2020, p. 769 ss.; L. REGAZZONI, *I contratti di durata e la pandemia: dalla correzione (cogente) all'integrazione (dispositiva)*, in *Rivista trimestrale di diritto civile*, 4, 2021, p. 1219 ss.; A. GENTILI, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 2020; M. FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2021, p. 1 ss.; V. DI CATALDO, *Pandemia, imprese e contratti di durata*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2020, p. 689 ss.

[10]Nello specifico, sulla legislazione emergenziale in materia di contratti pubblici, si veda *ex multis* R. DE NICTOLIS, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, Bologna, 2021; P. ROSSI, *Gli appalti pubblici pre e post covid: luci ed ombre del consolidamento del modello derogatorio*, in *Amministrazione in cammino*, 2020; G. GRECO, *Coronavirus e appalti (a proposito dell'art. 125 c.p.a.)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3, 2020, p. 517 ss.; A. VARLARO SINISI, *L'impatto dell'emergenza Covid-19 sulle procedure e sull'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 3, 2020, p. 317 ss..

ISSN 2036-7821

sia sui contratti stipulati tra soggetti privati[11], che nei contratti tra Pubblica amministrazione ed operatori economici[12].
Di fronte a queste circostanze straordinarie, molti rapporti contrattuali, programmati per durare nel tempo, si sono trovati ad essere "squilibrati", con una parte costretta a sopportare obblighi e costi sproporzionati rispetto alla situazione originaria.
Dunque, è in questo ambito che il "principio di conservazione contrattuale" ha trovato una nuova linfa nell'ambito degli studi afferenti al diritto civile e al diritto amministrativo e, in particolare, al settore dei contratti pubblici.

2. Le coordinate generali del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.
Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale trova particolare rilevanza, generalmente, nell'ambito della gestione delle "sopravvenienze" nei contratti programmati per durare nel tempo.
Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale che, come si vedrà nel prosieguo, viene positivizzato nell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici (il D. lgs. 31 marzo 2023 n. 36), non ha, ad oggi, alcuna esplicita definizione nell'ambito del Codice civile.
In via generale, tale principio, che ha trovato spazio, principalmente, nelle riflessioni elaborate dalla più attenta dottrina[13], si fonda sull'idea che i contratti devono mantenere un "equilibrio" giuridico ed economico tra le prestazioni delle parti per tutta la loro durata. Infatti, quando due parti stipulano un accordo condividono una comune volontà di regolare i loro interessi in maniera equa, basandosi sulle condizioni esistenti al momento della stipulazione.
Nello iato temporale che intercorre tra "formazione" ed "esecuzione" del contratto possono verificarsi degli eventi esterni, straordinari o imprevedibili in grado di mutare il contesto giuridico ed economico in cui il negozio si è formato e, quindi, incidere negativamente sull'equilibrio originario del negozio stesso[14].
Tali eventi, come anticipato, vengono tradizionalmente definiti come "sopravvenienze".

[11]Come, ad esempio, contratti di durata o ad esecuzione continuata quali: l'appalto, la locazione o la somministrazione, dove il cambiamento delle circostanze economiche o normative può incidere in maniera rilevante sulle prestazioni delle parti.

[12]Tra tutti, i contratti di concessione. Sul tema si veda, *ex multis*, F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in *Il diritto dell'economia*, 3, 2020, p. 13 ss.; A. BOTTO, *L'impatto del coronavirus sulle concessioni relative alle mostre di beni culturali*, in *Federalismi.it*, 2020.

[13]Sul tema F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 2002; P. G. MARASCO, *La rinegoziazione del contratto. Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova 2006. Si evidenzia, infine, la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020, dove si tratta ampiamente del principio *de quo* e della rinegoziazione nell'ambito dei contratti di diritto comune.

[14]M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2022, cit. p. 1531.

ISSN 2036-7821

Sul piano classificatorio, in via generale, è possibile distinguere tre tipi di sopravvenienze: le sopravvenienze che rendono impossibile l'esecuzione del contratto; le sopravvenienze che rendono le prestazioni, almeno in via ipotetica, ancora possibili, ma che sconvolgono l'originario equilibrio contrattuale alterando significativamente il rapporto sinallagmatico; le sopravvenienze che, invece, vanificano meramente la causa in concreto del contratto[15].

All'interno di tale classificazione, con riferimento al tipo di variazione comportata, attenta dottrina ha distinto tra: sopravvenienze che producono la sola alterazione del prezzo di mercato delle prestazioni (variazioni "quantitative"), il cui contenuto non viene modificato; sopravvenienze che incidono sul contenuto delle prestazioni (variazioni "qualitative")[16].

La conservazione dell'equilibrio contrattuale risponde, dunque, all'esigenza di tutelare la "giustizia contrattuale"[17], prevenendo che circostanze sopravvenute possano rendere la prestazione di una parte eccessivamente gravosa o, al contrario, sproporzionatamente favorevole rispetto al momento della conclusione del contratto.

In tal senso, essa riflette l'esigenza di armonizzare due valori cardine del diritto contrattuale: la "libertà contrattuale", che riconosce alle parti la facoltà di autodeterminarsi nelle loro pattuizioni, e la "buona fede contrattuale"[18], che impone di agire con lealtà e correttezza nel rispetto dei reciproci interessi.

Nell'ambito del diritto civile, dunque, il principio mira a prevenire situazioni in cui una parte subisca un pregiudizio eccessivo a causa di circostanze sopravvenute che rendano la prestazione onerosa o impossibile[19].

Tuttavia, secondo i tradizionali principi del diritto civile, la disciplina del contratto è ispirata ai principi del "*pacta sunt servanda*"[20] e dell'insindacabilità dell'equilibrio contrattuale.

Il principio del *pacta sunt servanda*, uno dei cardini del diritto contrattuale, stabilisce

---

[15]Sul tema si veda l'interessante ricostruzione di M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto civile*, Roma, 2022, cit. p. 1531.

[16]R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit. p. 1561.

[17]Sulla polisemia della nozione di "giustizia contrattuale" si veda E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 5, 2016, p. 1262 ss.

[18] La produzione scientifica sulla "buona fede" è estremamente vasta. Tuttavia, per un'interessante ricostruzione si veda, *ex multis*, C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 1983, p. 209 ss. In giurisprudenza si veda *ex multis* Cass. Civ., sez. III, 27 aprile 2011, n. 9404; Cass. Civ., sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182.

[19]Nell'ambito dell'emergenza sanitaria, infatti, l'esecuzione di determinate prestazioni è inibita dal pericolo del contagio, in quanto l'adempimento richiederebbe al debitore uno sforzo che va oltre quello cui egli è tenuto in forza dell'ordinaria diligenza ex art. 1176 c.c. Sul tema si veda, *ex multis*, C. SCOGNAMIGLIO, *Sopravvenienze negative, rimedi demolitivi e rimedi conservativi,* in L. CALCAGNO, F. DI MARZIO, S. LEMBO, S. LEUZZI (a cura di), *Quaderni della SSM: Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, 2022, p. 17 ss.

[20] Nella sua traduzione letterale dal latino, significa "i patti devono essere rispettati" e si fonda sull'idea che ogni accordo liberamente negoziato tra le parti costituisca una norma di comportamento vincolante.

ISSN 2036-7821

che i contratti validamente stipulati devono essere rispettati e vincolano le parti al loro contenuto.

Nel diritto civile, il *pacta sunt servanda* trova il suo fondamento normativo nell'art. 1372 del Codice civile italiano, che sotto la rubrica "effetti del contratto" statuisce: «*Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge. Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*».

Questo principio esprime l'idea che, una volta raggiunto un accordo e formato un contratto, le obbligazioni derivanti da esso devono essere adempiute, indipendentemente dalle circostanze (*rectius* sopravvenienze) che potrebbero rendere la prestazione più difficile o meno conveniente per una delle parti. In tal modo, il principio del *pacta sunt servanda* garantisce la certezza dei rapporti giuridici e promuove la fiducia nelle transazioni commerciali.

In tali casi, il diritto comune prevede rimedi sostanzialmente demolitori (o caducatori), come, ad esempio, la risoluzione del contratto e, conseguentemente, lo scioglimento dello stesso.

Storicamente, è considerata eccezionale la disposizione di cui all''art. 1623 c.c. che, in tema di affitto, riconosce la possibilità per le parti di rivedere il canone quando una disposizione di legge o un provvedimento dell'autorità abbia modificato notevolmente i termini del rapporto. È, altresì, ritenuta considerata eccezionale la disposizione di cui all'art. 1664 c.c., che disciplina l'istituto della revisione del prezzo nei contratti d'appalto, stabilendo le condizioni in cui è possibile modificare il prezzo pattuito per l'esecuzione dell'opera o del servizio a causa di circostanze impreviste e sopravvenute[21].

La scelta del rimedio manutentivo, rispetto alla risoluzione, è giustificata valorizzando la particolare natura degli interessi coinvolti in questo contratto, e cioè quello del committente a non ricercare un nuovo appaltatore e quello dell'appaltatore alla conservazione dell'investimento già effettuato con l'inizio dei lavori, considerata la difficoltà nel ricollocare sul mercato una prestazione già predisposta sulle esigenze di quel committente[22].

Il rimedio manutentivo, dunque, risulterebbe applicabile al solo contratto d'appalto o, come prospettato in alcune posizioni dottrinali[23], a contratti con prestazioni simili

[21] Sul tema G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 777 ss.

[22] R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit. p. 1562, il quale evidenzia come «*La scelta di sottrarre alla disciplina generale dell'eccessiva onerosità (art. 1467 c.c.) la fattispecie del contratto di appalto, per addossare al committente il sopravvenuto aumento dei costi dei materiali o della manodopera, discende dal fatto che l'appalto ha ad oggetto una prestazione di carattere individuale, modellata sulle particolari esigenze del committente e, perciò, di regola difficilmente ricollocabile nel mercato*».

[23] M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa e diritto privato*, 2003, p. 495.

ISSN 2036-7821

all'appalto dove non è possibile la ricollocazione sul mercato dove ricorrerebbe, dunque, un'identità di *ratio* che giustifica l'applicazione analogica dell'art. 1664 c.c.
Dunque, la tesi tradizionale dominante è sempre stata quella che ritiene l'unico rimedio generale quello "demolitivo" della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta a discapito della previsione di ulteriori rimedi di natura meramente "manutentiva". Rimane ferma, però, la possibilità che le parti, nell'esercizio della loro autonomia, possano modificare il sistema dei rimedi e stabilire che, in caso di sopravvenienze *ex* art. 1467 c.c., spetti al debitore un diritto alla revisione o, in alternativa, alla rinegoziazione.
Sul tema, prendendo atto degli effetti generati dal Covid-19 in materia di contratti, la Suprema Corte di Cassazione, in una relazione resa nel 2020[24], si è orientata verso la possibilità di mitigare la centralità del principio *pacta sunt servanda* in favore del contrapposto principio *rebus sic stantibus*[25], riconoscendo il rilievo delle sopravvenienze scaturite da eventi successivi alla formazione del vincolo contrattuale nei casi in cui abbiano inciso sull'originario equilibrio tra le rispettive obbligazioni[26].
La rivoluzionaria ricostruzione della Suprema Corte, a cui sembra ispirarsi anche il nuovo Codice dei contratti pubblici, fonda il dovere di rinegoziare al principio di buona fede e correttezza di cui all'art. 1375 del Codice civile. Sul tema, la Corte afferma come «*In virtù della valutazione economico-giuridica del criterio della bona fides e degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase esecutiva del contratto, l'adeguamento del contenuto di quest'ultimo connesso all'obbligo di rinegoziare non contraddice l'autonomia privata, in quanto adempie alla funzione di portare a compimento il risultato negoziale prefigurato ab initio dalle parti, allineando il regolamento pattizio a circostanze che sono mutate*».
Dunque, se la legge stessa impone alle parti di comportarsi secondo buona fede durante l'esecuzione del contratto e l'art. 1374 del Codice civile considera la "legge" tra le fonti che integrano il contratto, allora la clausola di buona fede, grazie all'art. 1374 c.c., svolgerebbe una funzione integrativa delle obbligazioni contrattuali tale da far scaturire, addirittura, un obbligo di "rinegoziazione"[27].
In sintesi, la Suprema Corte sottolinea che l'importanza attribuita dalla legge alla

[24]Corte di Cassazione, relazione n. 56 dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo, 8 luglio 2020.
[25]Questo principio si applica implicando che le obbligazioni contrattuali vincolano le parti solo "fintanto che le cose rimangono come stanno." Se si verificano cambiamenti radicali nelle circostanze che erano alla base del contratto, l'equilibrio può essere ripristinato mediante l'adattamento delle condizioni o la risoluzione del contratto. Sul tema si veda A. S. M. ROSETI, *Il COVID-19 riaccende l'eterno conflitto tra il principio pacta sunt servanda e il principio rebus sic stantibus*, in *Diritto del risparmio*, 2021, p. 1 ss.
[26]Sul punto S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 243.
[27]S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 243.

ISSN 2036-7821

buona fede, sia nell'interpretazione che nell'esecuzione del contratto, implica delle regole di comportamento per il destinatario della richiesta di rinegoziazione. Queste regole lo obbligano ad agire in modo da favorire il raggiungimento di un accordo che adatti il contratto al nuovo contesto, ristabilendo l'equilibrio originario.
Tuttavia, la Suprema Corte di Cassazione chiarisce che l'obbligo di rinegoziazione non implica necessariamente che la parte debba accettare una modifica del contratto. La revisione del contratto deve comunque essere valutata in base all'utilità e alla convenienza. Gli obblighi sono considerati adempiuti anche se la proposta di modifica viene rifiutata, purché la parte abbia partecipato alla rinegoziazione in modo serio e corretto[28].
In conclusione, la relazione del Massimario della Cassazione del 2020 e, come si vedrà nel prosieguo, l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, sembrerebbero aver posto le basi per una rilettura del principio di buona fede contrattuale, promuovendo una visione della rinegoziazione come strumento per garantire la sostenibilità dei rapporti contrattuali anche di fronte a eventi eccezionali, pur mantenendo un delicato equilibrio tra autonomia contrattuale e giustizia sostanziale nel diritto civile italiano.

3. Il confronto con l'ordinamento tedesco e francese: i suggerimenti della soft law.

Il diritto alla rinegoziazione del contratto, previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici, è un fenomeno non del tutto sconosciuto nel diritto privato europeo.
Il riferimento, in particolare, è alla disciplina dell'ordinamento tedesco e francese, nonché agli apparati normativi della *soft law*[29] predisposta da alcuni istituti accademici, tra i quali i c.d. Principi Unidroit, PECL (*Principles of European Contract Law*) e DCFR (*Draft Common Frame of Reference*).
Nell'ordinamento tedesco, il BGB prevede una disposizione generale di autotutela per la rinegoziazione del contratto. L'art. 313 del BGB stabilisce che: se le circostanze che costituiscono la base del contratto sono cambiate in modo rilevante dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questo cambiamento, può essere richiesto l'adeguamento del medesimo[30].

---

[28] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 243.

[29] Sin da subito si può notare come la nozione di *soft law* abbia un carattere polivalente; tale termine, infatti, proviene da una profonda elaborazione dottrinale frutto della complessa realtà ordinamentale odierna. Come evidenziato da E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, cit. p. 1, *L'espressione in parola non allude ad un concetto stabile e ben sedimentato, a partire dal quale sia possibile svolgere un percorso di studio e di riflessione, in via per così dire immediata. Al contrario, nell'uso corrente, essa mostra di avere un significato a volte molto vago, altre autonomamente interpretato, senza che sembri rintracciabile un centro di gravità attorno al quale le accezioni del termine convergano in modo coerente».*

[30] Sul punto F. AZZARRI, *Corona-Krise e diritto tedesco delle obbligazioni e dei contratti: le sopravvenienze della pandemia*

ISSN 2036-7821

In maniera quasi del tutto speculare, nell'ordinamento francese, l'art. 1195 del Code civil stabilisce che: se un cambiamento imprevedibile delle circostanze al momento della conclusione del contratto rende la prestazione eccessivamente onerosa, per una parte che non aveva accettato di assumersi il rischio, quest'ultima può chiedere al suo contraente una rinegoziazione del contratto. In caso di rifiuto o di fallimento della rinegoziazione, le parti potranno convenire di risolvere il contratto, alla data e alle condizioni da esse determinate, oppure chiedere, di comune accordo con giudice, di procedere al suo adeguamento. È previsto, altresì, che in mancanza di accordo, entro un termine ragionevole, il giudice può, su istanza di una parte, modificare il contratto o risolverlo.

Diversamente, è rilevante sottolineare che nella disciplina generale dei contratti italiana non è presente un simile diritto alla rinegoziazione.

Il diritto alla rinegoziazione, come già affermato nei paragrafi precedenti, è limitato soltanto al caso specifico del contratto di appalto o di affitto, quali casi eccezionali e non suscettibili, in via generale, di interpretazione analogica.

La tematica delle sopravvenienze e del diritto alla rinegoziazione dei contratti ha investito, altresì, la c.d. *soft law* (o, con una terminologia d'oltralpe, *droit mou* o *droit souple*).

Tra le fonti di *soft law* meritano una particolare menzione i c.d. Principi Unidroit[31]. Tali principi qualificano il concetto di *hardship* come quell'evento non previsto e incalcolabile, al di fuori della signoria dei contraenti e alla ordinaria alea del contratto.

Gli eventi sopravvenuti, considerati da tali principi, sono, dunque, quelli che determinano l'aumento dei costi della prestazione di una parte del contratto oppure la diminuzione del valore della controprestazione[32].

---

tra BGB e legislazione speciale, in *Jus civile*, 2021, p. 302 ss.; E. NAVARRETTA, *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia Covid-19*, Pisa, 2021, p. 145 ss.

[31] I Principi Unidroit sono un insieme di regole e linee guida che mirano a regolare i contratti commerciali internazionali. Pubblicati dall'Istituto Internazionale per l'Unificazione del Diritto Privato (UNIDROIT), un'organizzazione intergovernativa con sede a Roma, questi principi non sono giuridicamente vincolanti come una legge nazionale o un trattato, ma sono spesso utilizzati come fonte autorevole di diritto e come modello per redigere contratti transnazionali. I Principi UNIDROIT si basano su principi di giustizia, equità e buona fede, con l'obiettivo di facilitare il commercio internazionale eliminando ostacoli derivanti dalle differenze tra i vari sistemi giuridici nazionali.

[32] Principi Unidroit, art. 6.2.2 (Definizione di *hardship*) «*Ricorre l'ipotesi di hardship quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata*»; Art. 6.2.3 (Effetti dell'*hardship*) «*(1) In caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un*

ISSN 2036-7821

Secondo questa disciplina, ai sensi dell'art. art. 6.2.3. Unidroit, è consentito alla parte svantaggiata di domandare alla controparte la rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato raggiungimento del nuovo accordo entro un termine ragionevole, di agire in giudizio per domandare la risoluzione del contratto, per determinare i modi e i tempi della stessa, oppure di modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Analogamente, sempre nell'ambito della *soft law*, gli artt. 6:111. e ss. dei c.d. Principi Lando del diritto europeo dei contratti (PECL) stabiliscono che, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto. Tale diritto alla rinegoziazione sorge nel momento in cui il mutamento di circostanze si verifica dopo la conclusione del contratto, oppure il medesimo mutamento non era una possibilità suscettibile, ragionevolmente, di essere prevista al momento della conclusione del contratto.

Infine, l'art. III-3:104 DCFR si allinea a quanto previsto dai Principi Unidroit e PECL; è, infatti, posto solo in capo alla parte svantaggiata l'obbligo di tentare una rinegoziazione e, in mancanza di una trattativa, la violazione del canone di correttezza legittima la stessa parte a è legittimata adire il giudice per l'adeguamento o lo scioglimento del contratto[33].

4. I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La materia dei contratti pubblici è una delle più rilevanti nell'ambito dello studio del diritto amministrativo e del diritto dell'economia[34] (essa, infatti, enuclea regole di diritto pubblico e regole di diritto privato).

Come evidenziato in dottrina, l'espressione "contratto pubblico" è da sempre un ossimoro. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato[35].

---

termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di hardship, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio».

[33]Sul tema, S. P. PIERRINO, *La rinegoziazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Luiss Law Review*, 2024.

[34] Come evidenziato da F. BILANCIA, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, cit. p. 8, il diritto dell'economia è un fenomeno in costante evoluzione, in grado, spesso, di anticipare gli sviluppi del diritto pubblico. Infatti, frequentemente, emerge come i mutamenti degli assetti giuridici, estremamente rilevanti per il contesto economico, siano in grado di anticipare ampiamente le trasformazioni istituzionali degli assetti ordinamentali.

[35]Come brillantemente evidenziato da F. CARINGELLA, *Manuale dei contratti pubblici. Principi e applicazioni*, Roma, 2019, cit. p. 1 «*La locuzione "contratto pubblico" è da sempre un ossimoro, una contraddizione misteriosa, la conciliazione di poli antitetici. Si mettono insieme il concetto privatistico per antonomasia – "il contratto", espressione di autonomia negoziale, di auto-regolamento, di libertà individuale – e un aggettivo ("pubblico") che evoca la negazione del diritto privato,*

Sul versante legislativo, in meno di un ventennio, lo sviluppo dell'economia e il crescente ruolo dell'Unione Europea hanno favorito l'emanazione di "tre distinti codici" dei contratti pubblici che, purtroppo, non sono ancora riusciti nell'intento di superare la complessità della materia che è stata oggetto di una "cattiva legislazione" concretizzatasi in un dedalo multiforme di normazione primaria, normazione secondaria e, finanche, linee guida[36].

Tale opera di rinnovamento è culminata con l'emanazione del Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36[37] (il "terzo" e "nuovo" Codice dei Contratti pubblici) in attuazione dell'articolo 1 della Legge delega 21 giugno 2022, n. 78[38].

Questa volta, però, la genesi del nuovo Codice dei contratti pubblici non è mossa dall'esigenza di adeguare la normativa nazionale alle Direttive dell'Unione Europea (come il precedente Codice del 2016 che recepiva le Direttive), ma perché il Legislatore ha avvertito l'esigenza - a quadro normativo dell'Unione Europea invariato - di rinnovare la precedente normativa eccessivamente "rigida" e

---

il public power unilaterale, l'imperatività, l'autoritarietà, i muscoli con i quali le pubbliche amministrazioni sono capaci di imporsi sui privati senza bisogno di cercare il loro consenso e di procurarsi il loro beneplacito. Eppure, la discrasia è solo apparente. Bisogna muovere dal rilievo che la pubblica amministrazione è una e doppia e gode di due capacità. È l'antica e sempre attuale lezione della doppia personalità dei soggetti pubblici. Ogni pubblica amministrazione è, nel nostro disegno pluralistico, un'autorità che può usare strumenti autoritativi del diritto pubblico, ma anche un soggetto di diritto comune, un cittadino dell'ordinamento generale che, al pari di ogni altro settore del diritto, può adoperare gli strumenti del diritto privato avvalendosi dell'universale capacità giuridica e di agire. Questa seconda eventualità si verifica, per l'appunto, quando una pubblica amministrazione stipula un contratto, dismette i comodi panni del potere autoritativo e decide di agire iure privatorum». Sul tema, infine, S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2024, cit. p. 1, «*Siamo abituati, da tempo immemorabile, a dividere la vicenda degli appalti e più in generale dei contratti pubblici in due parti, quasi fossero le due metà di una medesima mela. Una prima fase, detta dell'evidenza pubblica, preordinata alla formazione del contratto e alla scelta del contraente privato; e una seconda fase in cui il contratto, oramai stipulato, generalmente ad esecuzione prolungata, è eseguito dall'amministrazione committente e dall'appaltatore privato, adempiendo alle diverse prestazioni in esso dedotte. Per tradizione inveterata, ben prima che in tempi più recenti il Legislatore dettasse norme specifiche sul riparto di giurisdizione, siamo stati indotti a credere che la prima fase avesse natura pubblicistica e fosse per questo devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo; e la seconda fase fosse retta dal diritto privato e, di conseguenza, devoluta alla cognizione del giudice civile*».

[36]Sul tema, in chiave critica sulla iper-regolazione nell'ambito dei contratti pubblici, S. VALAGUZZA, *Governare per contratto*, Napoli, 2018, cit. p. 94, secondo cui «*nonostante si abbia la consapevolezza, grazie ad esperienze straniere, degli effetti positivi di una regolazione leggera e basata sul suggerimento anziché´ sull'obbligatorietà , lo spirito paternalistico pervade la legislazione, nell'illusione che tramite un sistema onnisciente di norme disciplinanti sia possibile organizzare al meglio ogni aspetto dell'attività delle stazioni appaltanti pubbliche. Una normativa completa ed esaustiva è percepita come la risposta più adeguata alle esigenze di trasparenza e controllo dell'azione amministrativa*».

[37]Recante "*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*".

[38]Il comma 1 dell'art. 1 statuiva che: «*Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici, anche al fine di adeguarla al diritto europeo e ai princìpi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché al fine di evitare l'avvio di procedure di infrazione da parte della Commissione europea e di giungere alla risoluzione delle procedure avviate*».

ISSN 2036-7821

"formalistica"[39].

Il nuovo Codice – entrato in vigore il 1° luglio 2023[40] - intende inaugurare una "nuova stagione" per la disciplina dei contratti pubblici che, per la prima volta, ancor prima di prevedere norme di dettaglio, ambisce a valorizzare i "principi" ispiratori della materia, tra cui il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Il nuovo impianto codicistico, dunque, prevede dei principi per guidare l'Amministrazione nell'effettivo affidamento del contratto alle condizioni più favorevoli per la collettività perseguendo l'interesse pubblico[41].

Tra gli obiettivi principali del nuovo Codice, vi è la valorizzazione di un'Amministrazione di "risultato"[42] e del "risultato finale" della procedura di gara; l'intento è quello di provare a superare il "pregiudizio del sospetto" che aveva influenzato l'opera legislativa previgente[43] e, soprattutto, di concepire una nuova visione della concorrenza come "mezzo" e non quale mero "risultato"[44].

---

[39] Sul "malcontento" generale del vecchio Codice A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Introduzione*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, cit. p. 36, «*Il Codice 36/2023 affonda le sue radici genetiche nella elevata insoddisfazione di tutti gli operatori, pubblici e privati, nei confronti dell'esperienza del Codice n. 50/2016, figlio di un momento storico che per molti aspetti ricordava quello post Tangentopoli che aveva portato all'emanazione delle Legge Merloni […] questo approccio non poteva che generare insoddisfazione e così è avvenuto: da un lato, infatti, non si è riusciti a ridurre i fenomeni corruttivi, ed anzi la patologia del sistema ha trovato linfa vitale nell'irrigidimento dello stesso; dall'altro, invece, la vocazione rigida e dirigistica della regolazione, in connubio con una coerente lettura della disciplina della responsabilità, ha condotto a creare un sistema con ampie sacche di inefficienza*».

[40]Con riferimento alla disciplina transitoria, S. COCCHI, *Pillole del nuovo codice degli appalti*, in *Azienditalia*, 2023, cit. p. 688, «*Il testo del codice appena licenziato si applicherà a tutti i nuovi procedimenti a partire dal 1° aprile 2023, data dell'entrata in vigore; tuttavia, dal 1° luglio 2023 è prevista l'abrogazione del precedente codice (D.Lgs. n. 50/2016) e l'applicazione delle nuove norme non solo alle nuove procedure ma anche a tutti i procedimenti già in corso. Per quest'ultimi, continuerà ad applicarsi il codice del 2016 nei seguenti casi: a) procedure e contratti con bandi già pubblicati; b) procedure in cui siano già stati inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) procedure in cui siano già state stipulate convenzioni urbanistiche per opere di urbanizzazione a scomputo; d) accordi bonari riguardanti procedure con bandi già pubblicati. Si rappresenta inoltre che, dal 1° luglio 2023, i richiami al previgente codice, contenuti nelle norme vigenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici ovvero ai principi da esso desumibili.*».

[41]L'obiettivo, come evidenziato da una parte della dottrina, è quello di rispettare la "regola del caso". M. R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici: primi tentativi di parametrazione del sindacato*, in *Federalismi*, 2023, cit. p. 222. Sul ricorso alla espressione "regola del caso" si veda M. R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, p. 131 ss.

[42]Dal punto di vista giurisprudenziale, sull'Amministrazione di risultato si segnala Cons. Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5398. Tra la vasta produzione scientifica sull'Amministrazione di risultato, si segnala S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»?, in Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 941 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno Palermo 28-28 febbraio 2003*, Torino, 2004; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, Roma, 2002; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, p. 79 ss.

[43]Sul tema, R. CARANTA, *I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giurisprudenza italiana*, 2023, cit. p. 1952, ha infatti di recente affermato che «*Il problema è storicamente un altro. Il problema è che l'amministrazione di risultato non si è mai inverata*».

[44]Sulla nuova concezione di "concorrenza" rispetto al principio di risultato, si veda E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in *Diritto Amministrativo*, 4, 2023, cit. p. 836, «*Va quindi in questo senso la previsione di apertura del codice, secondo cui le stazioni appaltanti e gli enti*

ISSN 2036-7821

Nell'ambito della nuova opera di codificazione, tra i principi più rilevanti, è possibile menzionare: il principio di risultato[45], il principio della fiducia[46], il principio di accesso al mercato, i principi di buona fede[47] e tutela dell'affidamento, i principi di auto-organizzazione amministrativa, di conservazione dell'equilibrio contrattuale e, infine, di autonomia contrattuale[48].

Si evidenzia, però, che non tutti i principi abbiano il medesimo ruolo nel nuovo

---

concedenti «perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione». Le istanze legalitarie — preservate dalla disposizione modale che àncora il perseguimento del risultato al « rispetto » del principio di « legalità » (art. 1, c. 1) — ed il principio di concorrenza — ripristinato nella sua esatta configurazione di mezzo rispetto al fine (art. 1, c. 2) — non devono costituire un freno per l'esercizio della discrezionalità amministrativa: altrimenti a dirsi, si tratta di limiti in negativo da non violare, piuttosto che limiti in positivo da perseguire, come se legalità e concorrenza fossero esse stesse la ragione ed il parametro della efficacia ed effettività dell'azione negoziale delle pubbliche amministrazioni. Insomma, come rilevato dal Consiglio di Stato in sede di relazione allo schema del codice, «legalità e concorrenza da sole non bastano», giacché il risultato rimane «la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività».

[45]Sul "principio del risultato" nell'ambito dei contratti pubblici G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2023, cit. p. 18, «*Fra tutti campeggia il principio del risultato ad evidenziare questo intento. Di quale risultato si parla nel codice? Direi dell'interesse ad un buon contratto, essendo evidente che la concorrenza è un mezzo non un fine. Il codice ristabilisce (ovvero ha l'ambizione di ristabilire) un equilibrio liberale dopo anni di eccessi neoliberisti (richiamati dal pensiero di Torodov citato in epigrafe). Un equilibrio fondato sull'interesse generale, sull'interesse dell'amministrazione, come espressione dello Stato comunità. Si tratta del 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. Una regola di efficacia già insita nel sistema della legge n. 241 del 1990*». S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in G. CORSO, M. IMMORDINO (a cura di), *Scritti in onore di Filippo Salvia*, Napoli, 2022, p. 517 ss. Sul risultato quale elemento qualificante dell'azione amministrativa L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1988, p. 299 ss.; B. G. MATTARELLA, S. CASTROVINCI ZENNA, *Principio del risultato*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 3 ss.

[46]Tra le prime interpretazioni giurisprudenziali del "principio della fiducia" si segnala TAR, Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478 il quale ha affermato che «*Il principio della fiducia amplia i poteri valutativi della Stazione Appaltante e la sua discrezionalità, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Questo principio non può però tradursi in un impedimento alla possibilità per il Giudice Amministrativo di sindacare le scelte discrezionali dell'Amministrazione caratterizzate da macroscopici vizi di illegittimità. Tale principio non può infatti legittimare le scelte dell'Amministrazione che tradiscono l'interesse pubblico sotteso alla procedura di gara*».

[47]In una prospettiva rimediale, sul rapporto tra trasparenza e buona fede nel nuovo Codice, si veda F. G. RUSSO, *I rimedi giurisdizionali nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici tra la trasparenza e la buona fede*, in *giustiziamministrativa.it*, 2023, p. 1 ss.; G. TULUMELLO, *Affidamento, buona fede, e fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici: la verifica delle categorie, e la disciplina dei rimedi (verso un "diritto amministrativo praticato")*, in *giustiziamministrativa.it*, 2023, p. 1 ss.; G. TULUMELLO, *Il diritto dei contratti pubblici fra regole di validità e regole di responsabilità: affidamento, buona fede*, in *giustiziamministrativa.it*, 2023, p. 1 ss.

[48]Il nuovo Codice dedica un titolo apposito ai "principi": il Titolo I – I principi generali. Esso consta di dodici articoli, che contengono i seguenti principi: Articolo 1. Principio del risultato. Articolo 2. Principio della fiducia. Articolo 3. Principio dell'accesso al mercato. Articolo 4. Criterio interpretativo e applicativo. Articolo 5. Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Articolo 6. Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale. Rapporti con egli enti del Terzo settore. Articolo 7. Principio di auto-organizzazione amministrativa. Articolo 8. Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito. Articolo 9. Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale. Articolo 10. Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione. Articolo 11. Principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti. Articolo 12. Rinvio esterno.

ISSN 2036-7821

impianto codicistico.

Nell'ambito del nuovo Codice esistono principi che si distinguono dagli altri per la loro valenza trasversale e generale; tra questi: il principio del risultato (art. 1), il principio della fiducia (art. 2) e il principio di accesso al mercato (art. 3). Infatti, l'art. 4 ("criterio interpretativo e applicativo") statuisce che le «*disposizioni del Codice si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3*».

I principi del nuovo Codice possono essere classificati in: principi di spiccata matrice civilistica (il principio di autonomia contrattuale e il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale); principi di matrice pubblicistica (il principio di accesso al mercato, il principio di solidarietà, il principio di sussidiarietà orizzontale e il principio di auto-organizzazione amministrativa); principi propri del settore dei contratti pubblici (il principio di tassatività delle cause di esclusione)[49].

Definitivamente, nell'ambito di questo nuovo sistema dei contratti pubblici, i principi[50] rendono intellegibile il disegno armonico, organico e unitario sotteso al

[49]V. LOPILATO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2024, cit. p. 1107 ss.

[50]Tra i primi commentatori, F. SAITTA, *I principi generali nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia Insieme*, 2023, cit. p. 1, individua tre "principi cardine": il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato. L'Autore evidenzia «*Com'è stato notato da acuta dottrina, con riguardo alla formulazione dei principi, sin dai primi anni di questo secolo si è registrata un'inversione di tendenza nel rapporto tra Legislatore, da un lato, e giurisprudenza e (seppure con un apporto limitato rispetto al passato) dottrina. Taluno ha ritenuto «un atto di orgoglio» l'enunciazione, da parte del Legislatore, dei principi, che in fondo «costituiscono il tentativo di positivizzare quel che [per lungo tempo] si era considerato appannaggio del diritto naturale»; tal altro, l'ha definito, invece, «un atto di umiltà» compiuto dal «vecchio sovrano esautorato – in parte – dalla stessa dinamica storica» come «eloquente atto di abdicazione da parte del Legislatore alla propria – fino a ieri orgogliosa - autosufficienza». Si può convenire con l'una o con l'altra affermazione, così com'è del tutto legittimo chiedersi se con quest'opera di positivizzazione davvero «si riequilibra in modo irreversibile il rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale». Ai fini della presente indagine, tuttavia, è più utile notare come l'opera legislativa di catalogazione dei principi sia avvenuta su due piani: uno generale, come nella legge sul procedimento amministrativo o nel codice del processo amministrativo, ed uno settoriale, come nei codici dell'ambiente, dell'amministrazione digitale e, appunto, dei contratti pubblici. Ed osservare, subito dopo, come sia inevitabile che i principi "catalogati" dalla normativa settoriale entrino in contatto con altri principi generali dell'azione amministrativa, costringendo spesso il giudice a stabilire l'esito di tale confronto, che finisce evidentemente per condizionare o integrare l'applicazione degli stessi principi di settore. Per restare alla materia dei contratti pubblici, basti pensare a come il principio di certezza del diritto, considerato una sorta di "superprincipio" e comunque un principio generale del diritto dell'Unione, sia stato talora ritenuto cedevole dai giudici europei e come financo il principio di concorrenza, per lungo tempo vero e proprio totem del diritto europeo degli appalti, abbia subito – come dirò meglio a breve – un deciso ridimensionamento a causa dell'emersione di altri valori».* Differentemente, per un commento (in gran parte) critico, L. R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2022, cit. p. 7, «*Tuttavia, come si è altre volte provato a chiarire, i principi che dovrebbero ordinare la materia sono (non occasionalmente) potenzialmente in conflitto tra loro e la legge non ne provvedeva una gerarchizzazione, con il risultato che l'applicazione amministrativa e la stessa giurisprudenza divengono insufficientemente prevedibili e facilmente nascondono, sotto l'evocazione generica di principi non adeguatamente dedotti, operazioni interpretative sostanzialmente immotivate, equitative, soggettive. Vi sono, quindi, ragioni specifiche per sostenere il bisogno di una legislazione per principi ed un loro ordine gerarchico fissato dalle norme. In secondo luogo, la disciplina italiana dei contratti pubblici è sorta, fin dal compiersi dell'unità nazionale, e si è sviluppata nella direzione della moltiplicazione- e frequente modificazione - di un reticolo minuzioso di regole; lo stile del prontuario, contabilistico, ha spesso caratterizzato la nostra legislazione in materia di opere pubbliche - che ha sempre costituito la base teorica e pratica della disciplina delle altre forme contrattuali. Si è spesso trattato di disposizioni dirette ad una minuziosa, se non maniacale, disciplina del dettaglio, diretto, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione ed il controllo della spesa; tuttavia, questi due obiettivi sono*

ISSN 2036-7821

codice rispetto alla frammentarietà delle sue parti e consentono, al tempo stesso, una migliore comprensione di queste, connettendole al tutto[51].

5. La novità legislativa: l'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale.

Negli ultimi anni, la pandemia da Covid-19 ed il conflitto russo-ucraino hanno favorito il dibattito sulla gestione delle sopravvenienze anche nell'ambito del diritto amministrativo.

In tale contesto, la fase di esecuzione dei contratti pubblici è stata oggetto di particolare interesse al fine di individuare gli strumenti ai quali ricorrere per fronteggiare la sopravvenuta alterazione del sinallagma contrattuale, ponendo la questione dell'alternativa tra demolizione, manutenzione o conservazione del rapporto obbligatorio[52].

Nell'ambito della discussione su tale questione, come anticipato, il nuovo Codice dei contratti pubblici introduce, nella parte relativa ai principi e, più specificatamente, ai principi di matrice "civilistica", una norma di particolare interesse: l'art. 9 rubricato "Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale"; una norma che, almeno *prima facie*, è collegata alle disposizioni sulla revisione dei prezzi (art. 60 del nuovo Codice), sulle varianti (art. 120 del nuovo Codice) e, infine, al fondamentale principio del risultato (art. 1 del nuovo Codice)[53].

L'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici, con una norma di portata "innovativa", prevede che la parte "svantaggiata" del contratto, che non ha assunto il relativo "rischio" in maniera volontaria, ha diritto alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali, secondo buona fede, in caso di «*circostanze straordinarie e*

---

potenzialmente in contrasto tra loro, giacché la rigida disciplina dettata allo scopo di conseguire l'imparzialità massima, o astratta e formale, conduce frequentemente alla protrazione dei termini, alla rigidità di progetti e regole contrattuali, con l'esplodere, di tempo in tempo, di necessità pratiche ineludibili di revisione di entrambi, con fatale effetto sui prezzi finali.».

[51] Riprendendo l'affermazione di Cons. Stato, A. P., 7 maggio 2013, n. 13, «*Come è infatti noto, l'aspetto rilevante di un codice, anche nel senso ristretto della nuova codificazione moderna secondo codici di settore, è la sua aspirazione ad essere un "sistema"; il sistema consente di spostare l'attenzione anche su principi, che rendono possibile la comprensione delle singole parti connettendole al tutto e che, finalmente, rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà delle parti. I principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme*».

[52] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 241.

[53] Come evidenziato da S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 241, «*Proprio gli artt. 9, 60 e 120 evidenziano il mutamento dell'atteggiamento del legislatore nei confronti del principio di (tendenziale) immodificabilità oggettiva del contratto, già depotenziato dalla normativa emergenziale per sopperire dapprima alle ricadute economiche della pandemia e, successivamente, all'aumento dei prezzi determinato dalle sanzioni e dal contesto bellico*».

ISSN 2036-7821

imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto». È precisato, altresì, che la rinegoziazione «*si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento* […] *senza alterarne la sostanza economica*». Infine, è stato previsto il diritto alla riduzione proporzionale del prezzo nelle ipotesi in cui le predette circostanze sopravvenute rendano la prestazione - in parte o temporaneamente - inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti[54].

La collocazione della norma nell'ambito dei principi è estremamente peculiare; ciò segna una chiara volontà del legislatore di farne un "principio guida" nell'ambito dell'intera disciplina dei contratti pubblici.

Vi è dunque una decisa inversione di tendenza rispetto alla normativa previgente, che prevedeva un rimedio di riequilibrio e rinegoziazione circoscritto alle sole concessioni (art. 165, comma 6, del D. lgs. 50 del 2016).

La norma è figlia dell'esigenza di rivisitazione dell'equilibrio contrattuale alla luce delle sopravvenienze e/o di eventi imprevedibili ("*shock* esogeni") al momento della stipulazione (c.d. *hardship*[55]).

In questo modo, il legislatore sembra voler superare e/o integrare la disciplina di cui all'art. 1467 c.c. - sull' eccessiva onerosità sopravvenuta - secondo la quale la parte creditrice che subisce la sopravvenienza, in mancanza di un'offerta della controparte di riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali, può ottenere soltanto la risoluzione del contratto.

Dunque, animato dalla *ratio* di tutelare l'interesse pubblico di conservare gli assetti contrattuali già in essere, il nuovo Codice introduce un rivoluzionario strumento che ambisce a garantire l'efficacia del contratto (con la rinegoziazione del contenuto contrattuale) e la manutenzione del medesimo, anziché lasciare spazio ad un mero rimedio di tipo demolitorio (la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta).

Come premesso, si comprende la fondamentale rilevanza della norma in parola nella

---

[54] Come evidenziato Relazione allo 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", cit. p. 24 «*La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. La disposizione deve, pertanto, essere interpretata restrittivamente e richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale*».

[55] Nel contesto contrattuale, l'*hardship* (letteralmente "difficoltà") riconosciuto da diversi sistemi giuridici (*frustration of purpose, Wegfall der Geschäftsgrundlage, imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta), è una situazione che si verifica quando eventi straordinari e imprevedibili alterano significativamente l'equilibrio economico di un contratto. Questo concetto è riconosciuto soprattutto nei contratti internazionali e in alcuni ordinamenti, con la funzione di tutelare la parte svantaggiata da un mutamento delle circostanze che rende l'esecuzione del contratto eccessivamente onerosa o gravosa rispetto a quanto previsto originariamente. Un tentativo - non andato a buon fine - di inserire disposizioni in materia di *hardship* nel Codice civile era stato fatto con il Disegno di legge n. 1151 del 2019.

ISSN 2036-7821

fase della gestione della fase esecutiva dei contratti pubblici, anche in relazione al previsto *favor* per l'inserimento di clausole di rinegoziazione nel contratto «*specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze*» (art. 9, co. 4 del nuovo Codice).

È bene evidenziare, altresì, che l'attribuzione del diritto alla rinegoziazione è strettamente collegato alla realizzazione di un evento "straordinario e imprevedibile" (circostanza che accomuna la norma in commento all'art. 1467 c.c.).

Si rammenta, inoltre, che mentre il presupposto della straordinarietà è di natura oggettiva, poiché attiene ad una valutazione della incidenza statistica degli avvenimenti, il requisito dell'imprevedibilità afferisce principalmente alla sfera soggettiva, perché attinente alla c.d. "fenomenologia della conoscenza"[56]. Inoltre, si evidenzia come la sopravvenienza debba essere estranea alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e, infine, al rischio di mercato[57]. Infatti, il diritto alla rinegoziazione è escluso per gli avvenimenti legati al susseguirsi dei cicli economici - secondo l'*id quod plerumque accidit* - e, cioè, i periodi di crisi economica fisiologici dell'economia[58].

In via generale, pertanto, la nozione di alea normale si collega al rischio dell'insorgere di eventi pregiudizievoli che ciascuna parte decide di sostenere, anche implicitamente, allorquando stipula un contratto; invece, l'effetto della sopravvenienza è caratterizzato per l'alterazione in maniera rilevante l'equilibrio originario dell'accordo. Infatti, secondo tale logica, occorre garantire la permanenza dell'equilibrio tra le prestazioni oggetto del contratto.

In mancanza di una significativa oscillazione del sinallagma, si sarebbe in presenza di situazioni, sicuramente negative, ma che connotano, intrinsecamente, ogni negozio, non essendo sproporzionato il sacrificio che la parte incisa dall'evento avverso è chiamata a sopportare[59].

In conformità con il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale, l'art. 60 del nuovo Codice dei contratti pubblici introduce l'obbligo delle stazioni appaltanti di inserire, nei documenti di gara, clausole di revisione dei prezzi che devono essere applicate al ricorrere di «*particolari condizioni di natura oggettiva*» che determinino una variazione dell'importo complessivo del costo dell'opera, della fornitura o del servizio «*in relazione alle prestazioni da eseguire in maniera prevalente*». In particolare, il

[56] Sul punto, Cass. Civ., sez. II, 23 febbrario 2001, n. 2661. In dottrina G. INFANTINI, *Il perimetro dell'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in L.CALCAGNO, F.DI MARZIO, S.LEMBO (a cura di), *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, Quaderno 13, Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022, p. 76 ss.

[57] Sul punto S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 246.

[58] M. ZACCHEO, *Concessioni pubbliche e sopravvenienze*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2021, p. 19

[59] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 2023, 24, cit. p. 246.

ISSN 2036-7821

predetto disposto normativo stabilisce un meccanismo revisionale automatico operante in presenza di circostanze che determinino una variazione dell'importo del contratto oltre la soglia del 5% (determinata sulla base di specifici indici ISTAT).
Tale norma pone inevitabilmente la questione del riparto di giurisdizione delle controversie che possono sorgere in *sedes materiae*.
Il dato normativo, in via generale, sembra prediligere la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto non verrebbe in essere la spendita di un potere pubblico alla luce del quale, dunque, si configurerebbe un interesse legittimo. Il mero accertamento della variazione percentuale dell'importo dedotto in contratto risulta un'attività esente da discrezionalità in capo alla stazione appaltante, che farebbe propendere per la giurisdizione del Giudice ordinario.
Diversamente, secondo un certo orientamento, sarebbe prevista la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per la decisione delle controversie in merito al diritto alla rinegoziazione del contratto e alla facoltà di procedere alla revisione dei prezzi, allorquando sia in discussione la valutazione dell'interesse pubblico da parte della P.A. (ad esempio, quando è dibattuto l'*an* della revisione), in particolare, quando la stazione appaltante abbia contrapposto alla richiesta di rivisitazione dei prezzi del privato un sistema di calcolo diverso[60].
Dunque, ai sensi del già menzionato art. 60 del nuovo Codice, conformemente con la prassi che si è sviluppata nell'ambito del diritto internazionale, l'inserimento delle clausole di revisione prezzi nei documenti di gara è un passaggio, oggi, obbligatorio.
In caso di mancata previsione di tali clausole, secondo il medesimo orientamento, dovrebbe trovare applicazione il meccanismo di integrazione *ex* lege del contratto *ex* art. 1339 c.c., essendo l'art. 60 del nuovo Codice una norma imperativa.
Infine, nel nuovo Codice, il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale trova, altresì, applicazione in relazione alla possibilità di modifica dei contratti in corso di esecuzione, senza il necessario obbligo di rinnovo della gara, ai sensi dell'art. 120 del nuovo Codice[61].
In ossequio alla filosofia generale del nuovo Codice, tale norma valorizza il principio del risultato amministrativo e propone una concezione "strumentale" della concorrenza.
Le modifiche del contratto sono ammesse quando:

a. Le stesse sono previste in clausole «*chiare, precise e inequivocabili*»;
b. Sopravviene la necessità di acquisire prestazioni supplementari e un cambiamento del contraente risulterebbe impraticabile per ragioni obiettive o fonte

[60] Tale orientamento è attribuibile, generalmente, a R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2024, p. 866 ss.
[61] Sul punto, D. BOLOGNINO, H. BONURA, E. GRIGLIO, A. STORTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Prima lettura organica del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*, Piacenza, 2023, p. 52 ss.

ISSN 2036-7821

per la stazione appaltante di notevoli disagi;

c. In caso di varianti in corso d'opera.

La disposizione, in conclusione, precisa anche che sono "sempre ammesse" modifiche non sostanziali. Tali modifiche sono quelle che non cambiano l'equilibrio economico originario e che non alterano la concorrenza, cioè quelle che condizioni che, se fossero state previste nella procedura d'appalto iniziale, non avrebbero consentito di ammettere candidati differenti da quelli individuati dall'inizio oppure di accettare un'offerta diversa da quella preventivamente accettata, ovvero di attrarre partecipanti ulteriori alla procedura di evidenza pubblica.

Dunque, lo scopo della riconduzione all'equilibrio contrattuale originario e il già menzionato limite della non alterazione della sostanza economica del negozio hanno l'obiettivo di scongiurare che il rimedio della rinegoziazione possa essere usato al solo fine di eludere la *par condicio competitorum*[62] che, seppur rivista nel nuovo Codice, mantiene sempre una posizione centrale nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

6. La valorizzazione della causa "in concreto" ad opera dell'art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

La norma di cui all' art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici non solo cristallizza il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e l'obbligo di rinegoziazione, ma sembrerebbe consacrare in maniera esplicita, anche nel diritto amministrativo, la c.d. teoria della "causa in concreto"[63].

La disposizione, infatti, suggerisce un particolare collegamento tra i casi in cui la

[62] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 246

[63] L'applicazione della teoria della causa in concreto non è sconosciuta al diritto amministrativo. Sul punto Consiglio di Stato, A.P., 3 luglio 2017 n. 3, sentenza annotata da A. A., MORAMARCO, *Nota a Consiglio di Stato n. 3/2017*, in *Guida al Diritto, Il Sole 24 Ore*, 2017, cit. p. 87, «*La cessione del ramo d'azienda non comporta automaticamente la perdita della qualificazione, occorrendo procedere a una valutazione in concreto dell'atto di cessione, da condursi sulla base degli scopi perseguiti dalle parti e dell'oggetto del trasferimento. Ad affermarlo è l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha fornito in tal modo l'interpretazione dell'articolo 76, comma 11°, del Dpr 207/2010. Per il Supremo consesso dei giudici amministrativi, inoltre, in ipotesi di cessione di un ramo d'azienda, l'accertamento positivo effettuato dalla Soa, su richiesta o in sede di verifica periodica, in ordine al mantenimento dei requisiti di qualificazione da parte dell'impresa cedente, comporta la conservazione dell'attestazione da parte della stessa senza soluzione di continuità*». Sul punto ancora Consiglio di Stato, A.P., 3 luglio 2017 n. 3, secondo al quale «*Pertanto deve escludersi che ogni trasferimento di ramo aziendale comporti comunque l'automatica decadenza dalla titolarità delle attestazioni SOA anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenerne il rilascio, come poi accertato in sede di verifica triennale. A tale tesi aderisce Cons. Stato, sez. III, 9 gennaio 2017, n. 30, secondo cui «occorre escludere in linea di principio a danno del cedente qualsiasi automatismo decadenziale conseguente alla cessione d'azienda, intendendosi con ciò affermare che occorre aver riguardo alla causa in concreto del negozio di cessione e al sottostante regolamento di interessi voluto dalle parti, in tutta la sua ampiezza, complessità e particolarità, per determinare se la cessione dei beni aziendali comporti, o meno, la perdita dei requisiti di cui alle attestazioni SOA in capo alla cedente» (idem, sez. V, n. 5706 del 17 dicembre 2015)*». Sul tema, si veda *ex multis* R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 95 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 100 ss.; F. D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 5 ss.

ISSN 2036-7821

prestazione dedotta nel contratto pubblico è diventata inutile o inutilizzabile ed il rimedio della riduzione del prezzo previsto dalla norma sulla impossibilità parziale (di cui all'art. 1464 c.c.). Infatti, viene previsto che, se le circostanze sopravvenute straordinarie e imprevedibili rendono la prestazione, in parte o temporaneamente, inutile o inutilizzabile per uno dei contraenti, il contraente ha diritto ad una riduzione proporzionale del corrispettivo, secondo le regole dell'impossibilità parziale.

L'analisi della norma necessita di una doverosa premessa.

Come noto, in materia contrattuale, la giurisprudenza civile, oramai, ha abbandonato la teoria della causa in astratto, secondo la quale il contratto ha una causa valida ed esistente allorquando sia conforme al tipo astrattamente previsto, secondo l'originaria ottica "dirigistica" del codice del 1942[64].

Si ritiene che lo scrutinio della validità della causa debba essere fatto "in concreto", intendendo il requisito contrattuale *de quo* quale sintesi degli interessi individuali sottesi allo scambio[65].

Dunque, il mancato raggiungimento o la frustrazione degli interessi sintetizzati nella causa, determina la caducazione del requisito causale e, quindi, la nullità dello stesso, *ex* art. 1325 c.c.[66]

In un'altra prospettiva, il principio della causa in concreto, è stato valorizzato dalla giurisprudenza quale "regola di diritto effettivo", secondo la quale è stata prevista la risoluzione del contratto allorquando si realizzano impedimenti sopravvenuti non imputabili a colpa del creditore, che rendono impossibile la fruizione della prestazione.

È bene precisare che si discorre di casi in cui l'adempimento della prestazione, da parte del debitore, è ancora possibile oggettivamente, ma circostanze sopravvenute, non imputabili al creditore, rendono la prestazione inidonea a realizzare l'interesse dello stesso e, dunque, la rendono praticamente inutile[67].

Risulta di evidente importanza distinguere gli interessi oggettivizzati nel contratto, che integrano la causa in concreto, dagli interessi-motivi, che rimangono ininfluenti, alla luce del principio di tendenziale irrilevanza dei motivi.

Il principio della estinzione del vincolo contrattuale, in caso di infruibilità della prestazione derivante da fattori sopravvenuti non imputabili al creditore, in un

---

[64]La teoria della causa "in astratto" è accolta dall'impianto originario del Codice civile, secondo gli insegnamenti di Emilio Betti.

[65] La prima sentenza che adotta l'espressione causa "in concreto" è Cass. Civ., sez. III, 8 maggio 2006 n. 10490 in cui la causa è stata qualificata come «*scopo pratico del negozio è la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*».

[66] Cass. Civ., sez. V, 21 ottobre 2005, n. 20938; Cass., sez. Tributaria, 14 novembre 2005, n. 22932.

[67]Si fa riferimento in particolare agli arresti sulla irrealizzabilità della c.d. "causa turistica". Si è distinto infatti tra l'interesse che risulta anche tacitamente obiettivato nel contratto e che ne connota la causa in concreto (lo "scopo vacanziero") ed i meri motivi irrilevanti, perché appartenenti al c.d. foro interno.

ISSN 2036-7821

primo momento è stato affermato con riferimento a fattori sopravvenuti estranei alla sua sfera soggettiva; successivamente è stato esteso ai casi in cui il fattore sopravvenuto che rende inutile la prestazione, sebbene non imputabile al creditore, non sia comunque estraneo alla sua sfera soggettiva. Anche in questi casi, il rischio della infruibilità della prestazione è stato posto, comunque, in capo al debitore[68].

L'avvenuta equiparazione tra impossibilità (non imputabile) oggettiva (quella che dà luogo alla risoluzione, ai sensi dell'art. 1463 c.c. ovvero nei casi di impossibilità parziale legittima la riduzione del prezzo o il recesso, *ex* art. 1464 c.c.) e l'impossibiltà (non imputabile) soggettiva (e, cioè, l'inutilità o l'inutilizzabilità della prestazione ai sensi dell'art. 9, co. 3 del nuovo Codice dei contratti pubblici) è stata criticata in dottrina.

Secondo un autorevole orientamento[69], il rischio della infruibilità della prestazione dovrebbe essere sopportato dal creditore della prestazione non fruita, quando l'infruibilità dipenda da fatti che, seppur incolpevoli, si collocano nella sua sfera oggettiva. Diversamente, invece, il rischio dovrebbe sopportarlo il debitore quando l'infruibilità della prestazione dipenda da fattori che si collocano nella sfera oggettiva della prestazione.

In conclusione, si potrebbe ragionevolmente argomentare che il nuovo Codice, nel comma 3 art. 9, quando accosta i concetti di "inutilità" e "inutilizzabilità", quasi facendo sembrare equipollenti le due espressioni, cristallizza l'accoglimento della teoria della causa "in concreto".

Il venir meno dell'effetto utile del contratto o la sua inutilizzabilità, circostanze, si ripete, che non rendono impossibile la realizzazione dell'oggetto del contratto, legittima l'applicazione delle regole dell'impossibilità parziale (ovvero la riduzione del prezzo) come se fossimo in presenza di un fatto parzialmente impossibile (ma che, in realtà, è semplicemente "inutile" o "inutilizzabile").

7. Riflessioni conclusive.

Il nostro Paese è caratterizzato da una forte arretratezza sotto il profilo della "dotazione infrastrutturale". Tale ritardo è una delle cause principali del minor grado di competitività rispetto ad una gran parte degli altri Paesi europei[70].

---

[68] Sul punto Cass. civ., sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958.

[69] R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto civile*, Torino, 2022, cit. p. 1138.

[70] Per un'analisi "caso per caso", si veda lo studio della Banca d'Italia del 2021 dal titolo "*I divari infrastrutturali in Italia: una misurazione caso per caso*", dove si evidenzia che «*Il rilancio degli investimenti pubblici e il riequilibrio dei divari territoriali sono alcuni dei pilastri su cui poggia la strategia europea di risposta alla crisi pandemica, che si caratterizza per la messa in campo di nuovi strumenti di sostegno finanziario agli investimenti pubblici (con il programma Next generation EU). Tutte le principali organizzazioni internazionali concordano nell'attribuire in particolare agli investimenti in infrastrutture pubbliche un ruolo di primo piano per la ripresa dell'economia e per favorire la sua transizione verso un assetto più resiliente, inclusivo e sostenibile nella fase successiva all'emergenza*». Sul tema del divario nord-sud nelle

ISSN 2036-7821

Sicuramente, i fondi pervenuti tramite il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, le recenti riforme legislative, specialmente quelle che hanno generato il nuovo Codice dei contratti pubblici, contribuiscono, almeno in prospettiva, a colmare il *gap* infrastrutturale.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale e, più in generale, la codificazione di altri principi, come quelli del risultato e della fiducia, possono giocare un ruolo chiave nel ridipingere un sistema che sembrava, ormai, obsoleto.

Si vuole prediligere l'azione e abbandonare approcci "formalistici" che, sotto con la pretesa di tutelare la concorrenza in maniera assoluta (generandone una sorta di "mitopoiesi", impedivano o rendevano ancor più difficoltosa la stipulazione di contratti, indizione di gare, gestione del rapporto contrattuale tra stazioni appaltanti e imprese[71].

Tuttavia, il principio di "conservazione dell'equilibrio contrattuale" è (e sarà), a parere di chi scrive, uno dei principi più controversi del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Con questa norma si inserisce nell'impianto codicistico, in maniera inedita (e, forse, inaspettata), un "rimedio manutentivo".

L'art. 9 del nuovo Codice, sotto la rubrica forte "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", come ampiamente spiegato, prevede un obbligo di rinegoziazione in caso di "sopravvenienze", con la precisazione che è possibile rivolgersi al giudice per riequilibrare il contratto. È così che, dunque, la norma prende concretezza ed effettività. Non un principio "morto", ma una norma viva in grado di offrire soluzioni, in parte nuove, a problemi antichi.

A fronte di tale novità, però, vi è un limite, un bilanciamento: la sopravvenienza, deve essere anche "estranea all'ordinaria fluttuazione del mercato" (come, ad esempio, la pandemia da Covid-19); non è sufficiente un imprevisto qualsiasi, deve esserci estraneità alla normale alea ("shock esogeni"). Solo in questi casi, infatti, si riconosce l'obbligo di rinegoziazione.

---

infrastrutture, si veda A. ROMEO, *Sviluppo economico e diseguaglianze territoriali: il divario nord-sud nel nuovo millennio*, in *Diritto amministrativo*, 2020, p. 807 ss.

[71]Per una recente applicazione di tali principi TAR Campania, Napoli, sez. V, 6 maggio 2024 n. 2959, secondo cui «*Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del D.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad un'interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa, infatti, che la fiducia è reciproca e, dunque, investe anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa*».

ISSN 2036-7821

Tale norma, letta in combinato disposto con l'art. 120 del nuovo Codice, determina una rinegoziazione obbligata perché il giudice può intervenire e riportare il contratto al sinallagma originale.

Tali fattispecie sono evidentemente diretta applicazione dei principi di solidarietà economico-sociale di cui all'art. 2 della Costituzione italiana nell'ambito dei contratti pubblici[72].

La preferenza del rimedio manutentivo consente di garantire, *in primis*, la soddisfazione dell'interesse pubblico sotteso alla stipula del contratto. Inoltre, l'anzidetto rimedio tutela la parte privata, che risulta svantaggiata, generalmente, dalla sopravvenienza e impone alla Pubblica amministrazione, ai sensi dell'obbligo di solidarietà *ex* art. 2 Cost., di non recedere inopinatamente.

Infine, l'assunto codificato dall'art. 9 del nuovo Codice ha un deciso effetto benefico dal punto di vista macroeconomico: salvaguarda gli investimenti già effettuati, tutelando anche le aspettative delle maestranze e delle imprese indirettamente coinvolte nella catena produttiva.

Tuttavia, però, si evidenziano delle criticità.

Gli elementi critici della disciplina hanno riguardato, principalmente, il disposto di cui all'art. 120, comma 8 del nuovo Codice.

Attenta dottrina ha sollevato i dubbi sull'ampiezza dei poteri riservati al giudice in caso di mancato accordo in sede stragiudiziale[73].

La "ingombrante" necessità di tutela e di realizzazione dell'interesse pubblico, tipica del sistema dei contratti pubblici, potrebbe mal conciliarsi con soluzioni equitative, più confacenti, invece, ad un ambito strettamente privatistico dove la contrattazione avviene tra "eguali".

Il contemperamento di due interessi contrapposti avviene fisiologicamente in maniera più agevole allorquando le stesse esigenze, seppur contrapposte, sono generalmente omogenee.

Diversamente, l'essenza chiaramente e ineluttabilmente sovraindividuale dell'interesse portato avanti dalla stazione appaltante potrebbe rendere difficile, in concreto, la riconduzione all'equilibrio originario del contratto, senza pregiudicare oltremodo l'interesse del contraente privato.

Ulteriori interrogativi pone la possibilità di rinunciare al diritto alla rinegoziazione da parte dell'operatore economico, *ex* art. 9 del nuovo Codice dei contratti pubblici. È evidente il rischio di abuso di una siffatta clausola. Infatti, l'operatore economico potrebbe risultare "costretto" (scontando una genetica "asimmetria da posizione") ad accettare la rinuncia al diritto alla negoziazione, pur di aggiudicarsi il contratto,

[72] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, p. 247.

[73] S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, cit. p. 249.

ISSN 2036-7821

accentando il rischio dell'evento avverso (con l'evidente vantaggio dell'Ente pubblico).
Formalmente, tale eventualità sarebbe assolutamente lecita, ma sostanzialmente risulterebbe una chiara violazione della buona fede contrattuale, nonché del principio di conservazione dell'equilibrio del contratto medesimo; con evidenti ricadute in termini di costi per la gestione del contenzioso (che, inevitabilmente, potrà sorgere).
Un'altra questione che interesserà sicuramente l'interprete, il giurista e, dunque, la giurisprudenza, riguarderà la possibilità di una estensione del suddetto principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale al di fuori del circoscritto campo dei contratti pubblici e, quindi, al diritto civile generale (possibilmente valorizzando la buona fede delle contrattazioni *ex* art. 2 Cost. e artt. 1175 c.c. e 1375 c.c.)[74].
Nel caso di risposta positiva nell'*an*, sarà inevitabile comprendere il *quantum* e, cioè, l'estensione del sindacato giudiziario nella fase esecutiva-patologica della gestione del rapporto contrattuale; una sfida che investirà certamente una componente importante del contenzioso in avvenire.

[74]Sul punto, si veda l'interessante contributo di V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Giustiziamministrativa.it*, 2024, cit. p. 1 ss., il quale evidenzia: «*Come si vede, la norma introduce nella nostra materia, innovando alla precedente impostazione generalmente seguita in giurisprudenza, il diritto alla rinegoziazione del contratto al verificarsi delle condizioni ivi previste e laddove la "parte svantaggiata" non vi abbia volontariamente rinunciato; riecheggiando un istituto affacciatosi sul versante civilistico, con ampia elaborazione dottrinale, nel settore dei contratti di durata o a esecuzione continuata o periodica e segnatamente dell'appalto, tipico contratto di durata* […] *Viene auspicato l'inserimento nei contratti di clausole di rinegoziazione (le stazioni appaltanti "favoriscono"), laddove si tratta di contratti particolarmente esposti, per durata nonché per il contesto economico nel quale sono chiamati ad operare, "al rischio delle interferenze da sopravvenienze»*.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Sport professionistico e sostenibilità

di Filomeno Rocco Fimmanò

(Dottorando di ricerca)

Sommario

1. I principi nazionali ed internazionali di riferimento. Il ruolo della responsabilità sociale; - 2. Le diverse dimensioni della sostenibilità; -3. La regolazione federale internazionale in tema di sostenibilità economica; - 4. La *insostenibilità* dei costi di agenzia; - 5. I modelli *redistributivi* nell'esperienza degli sport di squadra nordamericani. I *Collective Bargaining Agreements;* - 6. La dimensione multifattoriale dei valori ESG nello sport. Il fattore *Social* e la nuova disciplina del lavoro sportivo. Inclusione, parità di genere e *safeguarding*; - 7. Autonomia privata e doppia declinazione della *governance* tra assetto delle federazioni e *stakeholderism*. La declinazione *enviromental* della sostenibilità nello sport.

Abstract

The growing interdependence between sport, economy, and law has given rise to a constant tension between the demands of competitiveness, regularity of competitions, sustainability, and social responsibility towards the actors involved. In this context, sustainability – in its various economic, organizational, social, environmental, and institutional articulations – becomes not only a programmatic objective but a systemic necessity to ensure the balance between development and the safeguarding of sporting integrity. The "multidimensional" and "multifactorial" approach is imposed not only for social, ethical, cultural, or ideal reasons but as a response to the complex dynamics that characterize the sector.

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

ISSN 2036-7821

1. I principi nazionali ed internazionali di riferimento. Il ruolo della responsabilità sociale.

L'evoluzione tracimante dello sport professionistico impone una riflessione profonda sulla sostenibilità del suo modello economico, normativo e valoriale [1], anche in virtù delle formidabili implicazioni sociali e politiche della fenomenologia. Si pensi, ad esempio, al ruolo dello sport nei processi diplomatici[2], di pace[3] e di sviluppo, nelle strategie geopolitiche[4], nel linguaggio[5], nelle dinamiche di inclusione, nella ricerca scientifica[6], nella prevenzione nel settore della medicina, in quello dell'educazione alimentare, nelle dinamiche consumeristiche, nelle abitudini e nei bisogni degli appassionati e dei praticanti.

La crescente interdipendenza tra sport, economia e diritto ha dato luogo ad una tensione costante tra esigenze di competitività, regolarità delle competizioni, tenuta finanziaria e responsabilità sociale nei confronti degli attori coinvolti. In questo contesto, la sostenibilità – nelle sue diverse articolazioni economiche, organizzative,

[1] Cfr. Commissione Europea, *Study on the Economic Impact of Sport through Sport Satellite Accounts*, 2023.

[2] Si pensi alla c.d. «Stadium diplomacy» che è ormai uno dei capisaldi del c.d. *soft power* cinese. La strategia cinese ha seguito in questi anni due direttrici principali che intersecano, nel grande disegno complessivo, le traiettorie marittime e terrestri delle «Nuove Vie della Seta»: la prima è quella degli investimenti nei maggiori *club* europei; la seconda è, per l'appunto la *Stadium Diplomacy*, realizzata soprattutto nelle aree più povere come Africa e America Latina. Si tratta di investimenti che hanno come obiettivo principale rafforzare la presenza cinese nei singoli Stati, col fine di stringere accordi che vanno anche molto oltre lo sport. Tra il 2014 e il 2017 la Cina ha portato più di 2 miliardi e mezzo di euro in squadre europee, ma l'impossibilità di investire liberamente ha comportato la necessità di rivedere *in toto*, nel 2019, la strategia.

[3] L'impatto politico è altrettanto decisivo, come dimostra la vicenda della regola della «tregua olimpica» messa al centro dell'attenzione dal conflitto russo-ucraino, scoppiato in corrispondenza dei giochi invernali di Pechino e che si è riproposto in occasione delle Olimpiadi di Parigi. L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato il 21 novembre 2023 la risoluzione sulla Tregua Olimpica per i Giochi Olimpici e Paralimpici del 2024, con 118 voti a favore e le due astensioni di Russia e Siria. Il CIO ha pubblicato una nota ufficiale comunicando di aver revocato al Presidente moscovita e della Federazione russa, la più alta onorificenza del movimento per aver infranto la tregua e altri principi e norme della Carta dei Giochi. Si tratta di una regola antichissima, che ha origine proprio con la nascita delle stesse Olimpiadi. Nel IX secolo a.C., ogni ostilità con altri Paesi o città cessava durante tutto il periodo in cui venivano svolti i Giochi olimpici. Questa pace temporanea consentiva a chiunque di potersi recare a praticare le varie attività in programma o semplicemente ad assistervi, garantendo l'incolumità generale. Il CIO ha fortemente raccomandato a tutte le Federazioni Sportive Internazionali e agli organizzatori di eventi sportivi di non invitare o consentire la partecipazione «di atleti e funzionari russi e bielorussi alle competizioni internazionali, ribadendo la piena solidarietà all'Ucraina e l'istituzione di «un fondo di solidarietà».

[4] I Paesi del mondo arabo stanno infatti investendo enormi risorse nello sport anche e soprattutto per cambiare la loro immagine nella prospettiva occidentale, rispetto alle note questioni sociali, riguardanti in particolare i diritti umani (pratica definita *sportswashing*).

[5] Lo sport ha un'attitudine a stabilire un ambito proprio di comunicazione, in quanto all'unitarietà delle regole del gioco si associa l'uniformità delle espressioni linguistiche impiegate, tanto da formare quello che, nelle scienze sociali, viene definito «il villaggio globale» (H. BAUSIGER, *La cultura dello sport,* trad. di A. Patini, Roma, 2008, p. 44).

[6] La ricerca scientifica applicata allo sport ha dimostrato la produzione di nuove cellule nervose (neurogenesi) e la formazione di connessioni sinaptiche, che migliorano le prestazioni cognitive, la memoria e le capacità decisionali. Oltre agli aspetti neurologici, la ricerca scientifica settoriale si estende a diverse discipline, tra cui la fisiologia, la biomeccanica, la nutrizione e la psicologia.

ISSN 2036-7821

sociali, ambientali e istituzionali – diviene non solo un obiettivo programmatico, ma una necessità sistemica per garantire l'equilibrio tra sviluppo e salvaguardia dell'integrità sportiva.

Il settore si è popolato negli ultimi decenni anche (e soprattutto) di «imprese» in un mercato rilevante che è «concorrenziale» per antonomasia. Il prodotto sportivo si può infatti definire «congiunto»: nasce dalla concorrenza tra atleti o *club*, che genera un interesse del pubblico tanto maggiore quanto più grande è l'«incertezza» del risultato della «contesa». Da queste due peculiarità ne deriva una terza, ovvero l'obiettivo, almeno tendenziale, di porre tutti i concorrenti nella medesima capacità di competere, in modo da evitare situazioni di monopolio che possano ledere l'interesse alle gare [7]. Dunque, lealtà, correttezza, probità, regolarità delle competizioni non sono solo valori ideali e sociologici di riferimento del settore, ma la base stessa del successo della fenomenologia.

D'altra parte, il processo di «economizzazione» dello sport ha riguardato anche la componente dilettantistica, e persino quella amatoriale, visto che molte manifestazioni in cui sono impegnati atleti dilettanti, a cominciare dalle Olimpiadi, hanno un substrato o un indotto industriale assai rilevante (a prescindere dai decisivi «meccanismi redistributivi»)[8] e che le macro-implicazioni riguardano anche i costi complessivi di sistema.

L'art. 33 della nostra Costituzione, nel testo novellato dalla legge costituzionale del 26 settembre 2023, n. 1 (con l'inserimento di un settimo comma) sancisce che «La Repubblica riconosce il valore educativo, *sociale* e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme» [9]. Norma che va letta da un lato

[7] Queste tre caratteristiche proprie delle imprese sportive organizzate in modo capitalistico sono esemplificate dal cosiddetto paradosso «Louis-Schmeling». *Joe Louis*, famoso pugile nero degli anni Trenta, per massimizzare i suoi profitti doveva avere l'avversario più forte con cui combattere poiché era proprio l'incertezza riguardo all'esito dell'incontro a creare interesse nel pubblico. Così diveniva decisivo combattere con un pugile dalla levatura di *Max Schmeling*, che per di più era bianco, tedesco e simbolo della superiorità ariana. D'altra parte, i meccanismi che garantiscono l'incertezza del risultato sono per gli economisti proprio i criteri allocativi del mercato concorrenziale.

[8] Sport professionistico e dilettantistico vivono una strutturale contraddizione, in realtà, solo apparente. Il «luogo» emblematico dello «sdoppiamento identitario» è infatti quello delle *Olimpiadi*: fenomeno oramai industriale per eccellenza e di rilevante impatto economico, ma al contempo basato, formalmente, sui valori ideali millenari.

[9] Al riguardo L. SANTORO, *L'inserimento dello sport in costituzione: prime osservazioni*, in *Dir. sport*, 2023, Vol. 04 n. 02, p. 9 ss.; ID., *L'inserimento dello sport in Costituzione: i prodromi e la portata della novella costituzionale*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, I, p. 47 s.). In realtà, la Consulta aveva già rinvenuto (in particolare nelle sentenze n. 127/1977 e n. 49/2011) plurimi addentellati segnatamente, negli artt. 2 e 18, in relazione alla necessità di tutela delle formazioni sociali, anche associative, ove l'uomo svolge la propria personalità (cfr. al riguardo: G. TERRACCIANO, A.M. COLARUSSO, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale: le impugnazioni avanti la giustizia amministrativa e i relativi presupposti*, in *Gazz. for.*, 2023, p. 220 ss.; P. SANDULLI, *La struttura dello sport, dopo l'inserimento di esso nella Costituzione*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2024, I, p. 1 ss.); A.E. BASILICO, *Il riconoscimento costituzionale del valore dello sport*, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, p. 54 ss.; L. CASTIGLIONE, *Verso il servizio sport. Considerazioni a seguito della riforma dell'art. 33 della Costituzione*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 2, p. 738 ss.; G. MARAZZITA, *Il riconoscimento del valore*

ISSN 2036-7821

in combinato disposto con l'art. 114 Cost., implicando che a questo fondamentale riconoscimento siano chiamati tutti gli enti costitutivi della stessa Repubblica[10], e dall'altro con l'art. 41, Cost., visto che l'iniziativa economica «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»[11].

Nello sport, perciò, il paradigma della sostenibilità non assume semplicemente una valenza etico-programmatica, ma si trasforma in un criterio strutturale, capace di orientare modelli organizzativi, scelte strategiche, assetti giuridici e logiche economiche. Insomma, quelli che appaiono valori ideali oppure forme di responsabilità sociale o di utilità collettiva non sono, nella fattispecie concreta, limiti esterni alla libertà nello svolgimento delle relative attività economiche, ma *immanenti* alle stesse, in quanto lo sviluppo del professionismo poggia indissolubilmente su tutto il resto [12].

D'altra parte, il comma 5, dell'art. 29 dello Statuto del CONI, recita: «Le società ed associazioni sportive, e in particolare quelle professionistiche, devono esercitare le loro attività nel rispetto del principio della solidarietà economica tra lo sport di alto livello e quello di base, e devono assicurare ai giovani atleti una formazione educativa complementare alla formazione sportiva».

Le principali codificazioni sovranazionali indicano lo sport come un diritto fondamentale, indispensabile per lo sviluppo della persona umana, a cominciare dal Trattato di Lisbona, che ben evidenzia la sua funzione sociale, culturale, educativa e,

---

costituzione dell'attività sportiva, in *federalismi.it*, 2024, 1, p. 110 ss.; T. MAUCERI, *Riconoscimento dello sport in Costituzione e ricadute nel diritto sportivo*, in S. MAZZAMUTO, R. PARDOLESI e L. SANTORO, *Scritti di diritto sportivo in onore di Giuseppe Liotta*, vol. II, Palermo, 2024, p. 675 ss.).

[10] Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni, secondo le rispettive competenze. Invero, con la riforma posta in essere dalla Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n.3, lo sport già entrava per la prima volta nell'articolato normativo della Costituzione, non come diritto soggettivo, ma dal punto di vista del diritto oggettivo, con l'inserimento tra le materie oggetto di competenza concorrente tra Stato e Regioni all' art. 117, terzo comma (cfr. al riguardo B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, Torino, 2002, p. 79). Il D.lg. n. 36/2021, definisce sport «qualsiasi forma di attività fisica fondata sul rispetto di regole che, attraverso una partecipazione organizzata o non organizzata, ha per obiettivo l'espressione o il miglioramento della condizione fisica o psichica, lo sviluppo delle relazioni sociali o l'ottenimento di risultati in competizioni di tutti i livelli» (art. 2, 1° comma, lett. nn), avendo prima precisato che l'attività fisica o motoria è «qualunque movimento esercitato dal sistema muscolo-scheletrico che si traduce in un dispendio energetico superiore a quello richiesto in condizioni di riposo».

[11] In tema G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618 s., secondo cui utilità sociale, sicurezza, libertà, dignità della persona umana (e quindi tutti gli altri valori fondamentali) costituiscono limiti esterni alla libertà dell'impresa privata (e non certo diretti a *funzionalizzarla*) e solo la legge ha il compito di coordinare l'attività d'impresa a fini sociali.

[12] Si è osservato che la sostenibilità nello sport non è più una questione di *compliance* o di responsabilità sociale, ma è un *driver* strategico di innovazione, competitività e creazione di valore nel lungo periodo (cfr. K. CORTSEN, D. RASCHER, *Sport Business and Social Impact: A Framework for Strategic CSR in Professional Sports*, in *Journ. Sport Manag.*, 2023, p. 215 ss.).

ISSN 2036-7821

naturalmente, economica [13], riconoscendone la specificità tra i principi ispiratori dell'azione dell'Unione Europea, promuovendo l'imparzialità nelle competizioni sportive, la cooperazione tra gli organismi responsabili del settore [14] e la capacità di generare coesione, inclusione, benessere e partecipazione.

Dal canto suo, la Commissione europea presentò all'opinione pubblica, l'11 luglio 2007, il «Libro Bianco dello sport» [15], per definire le linee guida e le strategie per lo sport in Europa, con l'obiettivo di rafforzarne il ruolo a livello sociale, economico e organizzativo anche come strumento di inclusione sociale, di promozione della salute pubblica e del benessere dei cittadini. Il libro esordisce evidenziando che si tratta di un «fenomeno sociale ed economico d'importanza crescente che contribuisce in modo significativo agli obiettivi strategici di solidarietà e prosperità perseguiti dall'Unione europea. L'ideale olimpico dello sviluppo dello sport per promuovere la pace e la comprensione fra le nazioni e le culture e l'istruzione dei giovani è nato in Europa».[16]

La Risoluzione del Parlamento Europeo del 2 febbraio 2012 ha poi materialmente tradotto il richiamato indirizzo allo sviluppo della dimensione europea dello sport,

---

[13] In particolare, si vedano la Carta internazionale dello sport e dell'educazione fisica del 1978 dell'ONU (attraverso l'adozione da parte dell'*United Nations Educational Scientific and Cultural Organization - UNESCO*), secondo cui la pratica sportiva è un diritto fondamentale per tutti, indispensabile per lo sviluppo della persona umana, fonte di una varietà di benefici individuali e sociali; e poi le Convenzioni, le Risoluzioni e gli Indirizzi delle stesse Nazioni Unite che individuano nello sport lo strumento capace di promuovere l'integrazione e l'inclusione sociale, lo sviluppo economico, la salute, l'educazione, la cultura, la solidarietà, il dialogo interculturale e di pace (cfr. L. LEONE, *La promozione dello sport in ambito internazionale ed europeo,* in *giustiziaamministrativa.it,* 2006, n. III, p. 13 ss., che offre un'analisi storica dei principali interventi e provvedimenti del Consiglio d'Europa in tema).

[14] Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 considera espressamente il valore sociale e formativo dello sport, specificando che «l'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa» (comma 1, seconda parte) ed indirizza l'azione dell'Unione «a sviluppare la dimensione europea dello sport».

[15] Il «Libro Bianco sullo Sport» (COM 2007, 391, in *Riv. dir. ec. sport,* 2007, III, 2, 117 s.) accompagnato da un documento di lavoro dei Servizi della Commissione quale sintesi della valutazione d'impatto (SEC 2007, 936), dal c.d. «Piano d'Azione De Coubertin» (SEC 2007, 934), dai documenti allegati (SEC 2007, 935), dalla valutazione d'impatto (SEC 2007, 932), conteneva anche un bilancio della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in materia. Il libro è stato il frutto di consultazioni e proposte che avevano coinvolto tutti gli esperti del settore, dalle Federazioni sportive ai Comitati Olimpici, dalle Istituzioni comunitarie agli Stati membri, compresa una consultazione *on line* avviata nel febbraio 2007, che rappresentava la prima iniziativa globale nel settore.

[16] Nel libro si legge che «gli investimenti e la promozione della formazione dei giovani sportivi di talento nelle condizioni adeguate rappresentano un elemento fondamentale per uno sviluppo sostenibile dello sport a tutti i livelli…principi come la correttezza, l'osservanza delle regole del gioco, il rispetto degli altri, la solidarietà e la disciplina rafforzano la cittadinanza attiva… Lo sport inoltre offre ai giovani possibilità interessanti di impegno e partecipazione alla società, e può aiutarli a rimanere lontani dal crimine…promuove un senso comune di appartenenza e partecipazione e può quindi essere anche un importante strumento d'integrazione degli immigrati. La Commissione ritiene possibile sfruttare meglio il potenziale dello sport come strumento per l'inclusione sociale nelle politiche, nelle azioni e nei programmi dell'Unione europea e degli Stati membri. Ciò vale anche per il contributo dello sport alla creazione di posti di lavoro e alla crescita e alla ripresa economica, in particolare nelle zone svantaggiate».

ISSN 2036-7821

indicando 40 punti specifici con riferimento al tema del solo «ruolo sociale dello sport», sottolineando, tra l'altro, «i vantaggi sotto il profilo sociale, culturale, economico e per la salute pubblica» (punto n. 1), i benefici per la salute e per la riduzione della spesa sanitaria (punto n. 7), l'importanza della effettiva accessibilità alle strutture sportive (punto n. 9) e, infine, l'importanza dello sport come «strumento per promuovere la pace, la crescita economica, il dialogo interculturale, la salute pubblica, l'integrazione e l'emancipazione delle donne» (punto n. 19)[17].

Nel novembre 2021 il Parlamento, la Commissione ed il Consiglio Europeo hanno adottato distinte risoluzioni sulla politica sportiva dell'Unione, in cui hanno sostanzialmente affermato la volontà e la necessità di allineare la cultura sportiva europea ai valori unionali di solidarietà, sostenibilità ed inclusività e dichiarando un'univoca preferenza per «le competizioni aperte», fondate sul merito sportivo e sull'equità, con ferma opposizione alle «competizioni separatiste e chiuse».

Infine, con la Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, del 3 giugno 2024, dopo aver affermato che lo sport può contribuire alla realizzazione delle priorità politiche generali dell'UE, in particolare degli obiettivi di altri settori d'intervento quali l'istruzione, la salute, la gioventù, la cultura, gli affari sociali, l'inclusione, l'uguaglianza, la parità di genere, lo sviluppo urbano e rurale, i trasporti, l'ambiente, il turismo, l'occupazione, l'innovazione, la sostenibilità, la digitalizzazione e l'economia, conformemente all'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile[18], è stato istituito un piano di lavoro dell'Unione Europea

[17] La Dichiarazione n. 29 allegata al «Trattato di Amsterdam» del 1997 (in GUCE C 340 del 10 novembre 1997) che rappresenta il primo documento politico sul riconoscimento ufficiale del ruolo dello sport, in cui viene però ancora considerato da un punto di vista sociale (più che giuridico), nel senso che se ne riconosce il carattere aggregativo, quale strumento di formazione dell'identità delle persone, si invitano le Istituzioni a coinvolgere gli operatori del settore prima di prendere determinate decisioni, e si pone l'accento sull'importanza dello sport dilettantistico, senza cui non esisterebbe neppure quello professionistico. L'anno seguente, il 29 settembre 1998, la Commissione predispose la relazione «*Evolution et perspectives de l'action communautaire dans le sport*», in cui sono individuate cinque funzioni essenziali dello sport (educativa, salutare, sociale, culturale e ludica) e in cui si evidenzia il tema della tutela dei giovani atleti al fine di evitarne lo «sfruttamento» ad opera di federazioni ed associazioni sportive. La relazione si conclude con l'individuazione di quei settori dello sport che, a parere della Commissione, interessano la politica comunitaria, ovvero «diritti televisivi e libera circolazione». Nel dicembre 1999 veniva promulgata la «Relazione di Helsinki», con l'obiettivo di salvaguardare le strutture sportive esistenti e il ruolo sociale dello sport nell'ambito comunitario in cui nel paragrafo 4 si sottolineava la necessità di chiarire la struttura giuridica dello sport. Nella «Dichiarazione sulla specificità dello sport e la sua funzione sociale in Europa», annessa alle conclusioni del Presidente del Consiglio europeo di Nizza, del 2000, si poneva il tema di una necessaria disciplina coerente ed omogenea mediante il rafforzamento del ruolo delle federazioni sportive, senza tuttavia renderlo esclusivo.

[18] La risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite (A/RES/79/8), adottata il 12 novembre 2024, intitolata «Lo sport come strumento di sviluppo sostenibile» si inserisce in una lunga serie di atti ONU che, dal 2003, promuovono lo sport come mezzo per lo sviluppo sostenibile, l'educazione, la salute e la pace. Viene richiamata l'Agenda 2030 (Trasformare il nostro mondo: l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile, risoluzione adottata dall'Assemblea Generale ONU il 25 settembre 2015, in *unric.org/it/agenda-2030*), la Carta olimpica e numerosi trattati internazionali (come la Convenzione sui diritti del fanciullo, dei disabili, contro il *doping*, etc.).

ISSN 2036-7821

per lo sport per il periodo dal 1° luglio 2024 al 31 dicembre 2027, incentrato «sulla integrità e valori dello sport, la sua dimensione socioeconomica e sostenibile, la pratica e l'attività fisica salutare»[19].

In questo quadro, in qualche modo, si colloca anche la recente vicenda della "Superlega", progetto di competizione chiusa e privatistica promosso da alcuni tra i principali *club* europei. La questione è giunta sino alla Corte di giustizia dell'Unione europea (causa C-333/21), la quale, pur censurando la normativa UEFA-FIFA per difetto di trasparenza e prevedibilità, ha rimesso al giudice del rinvio la valutazione circa la sussistenza di eventuali «cause di giustificazione» ai sensi dell'art. 101, par. 3, TFUE [20]. Ebbene, nel corso del procedimento, le Federazioni internazionali hanno argomentato nel senso che le norme restrittive imposte alle società professionistiche troverebbero giustificazione nel perseguimento proprio di finalità solidaristiche e di redistribuzione, in quanto contribuiscono a finanziare progetti rivolti al settore dilettantistico, giovanile e amatoriale, generando benefici diffusi per gli utenti finali e per i cittadini europei nel loro complesso. La centralizzazione dei diritti e la redistribuzione dei proventi derivanti dalle competizioni internazionali, secondo la loro tesi, rappresentano strumenti di efficienza che riducono i costi di transazione, evitando la frammentazione del mercato e garantendo risorse certe ai livelli inferiori

[19] Gli obiettivi della Risoluzione C/2024/3527 sono tra gli altri: favorire una politica dello sport sostenibile e basata su dati concreti; rafforzare e promuovere la buona *governance*; incoraggiare investimenti nel settore dello sport, anche in impianti sportivi e infrastrutture sportive e ricreative sostenibili e accessibili, tra l'altro al fine di limitare l'impronta di carbonio del settore; sostenere i lavori sull'innovazione e la digitalizzazione nello sport come motore di salute, prestazioni, sviluppo economico e sostenibilità.

[20] Corte giust., grande sez., 21 dicembre 2023, C-333/21, Pres. M. K. Lenaerts, Rel. J. Passern – *European Superleague Company SL c. Uniòn de Federaciones Europeas de Fùtbol (UEFA), Fédération internationale de football association (FIFA)*, in *Giur.it.*, 2024, 3, p. 525 ss. Cfr. al riguardo S. BASTIANON, *Restrizioni per oggetto e tutela della concorrenza nella trilogia sportiva del 21 dicembre 2023*, in *Foro it.*, 2024, 4, p. 136 ss.; ID.,, *Superlega: una lettura della sentenza della Corte di giustizia in chiave prospettica*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, I, p. 19 ss.; F. R. FIMMANÒ, *La «lex sportiva» alla prova della sentenza «Superlega»: il ruolo del C.O.N.I. nel riequilibrio degli assetti*, in *Amministrativ@mente*, 2/2024, p. 585 ss.; A. M. BENEDETTI, *La diffidenza dell'Europa verso il diritto privato a partire dal caso Superlega*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, I, p. 35 ss.; A. MERONE, *Un nuovo diritto per lo sport - Lo sport sotto la lente del diritto unionale: dalla Superlega all'arbitrato sportivo*, in *Giur. it.*, 2024, 6, p. 1485 ss.; V. M. SCARANO, *Spazio europeo e «liberalizzazione» delle competizioni calcistiche. Nota a margine della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, 21 dicembre 2023, causa C-333/21*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2024, p. 216 ss.; A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Un trittico sportivo (e un'entrata a gamba tesa sulla dominanza di FIFA, UEFA e dintorni)*, in *Foro it.*, 2024, 4, p. 127 ss.; D. AMOROSO, M. F. ORZAN, *Recentissime Corti europee - Il sistema UEFA e FIFA al vaglio della Corte: la sentenza Super League*, in *Giur. it.*, 2024, 3, p. 524 ss.; F. FERRARO, *Evoluzione o involuzione del diritto della concorrenza nella sentenza Superleague*, in *Quaderni AISDUE*, 2024, I, p. 1 ss. Lo stesso giorno, infatti, la Corte si è pronunciata anche sulle cause C-124/21 P (*International Skating Union*) e C-680/21 (*SA Royal Antwerp Football Club*) ed è stato giustamente rilevato che mai la Corte ha depositato tre sentenze sportive contemporaneamente, quando peraltro complessivamente i suoi pronunciamenti in materia non sono più di 15 (S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e la Superlega*, in *CONI.it/it/rivista-di-diritto-sportivo*, 2023). Il trittico ha espresso in maniera tangibile come «il connotato autonomista e il giudizio di irrilevanza del diritto dello sport per gli ordinamenti statali e comunitario sia oramai del tutto tramontato» (così A. MERONE, *La cedevolezza del modello sportivo europeo*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, I, p. 1 ss.).

ISSN 2036-7821

del sistema sportivo. Invero, la sostenibilità complessiva del sistema poggia sull'effetto positivo che le competizioni internazionali generano verso le società minori che, pur non partecipandovi, si giovano di tali risorse investendo nel reclutamento e nella formazione dei giovani sportivi, generando un beneficio sociale diffuso e indipendente dall'approdo di tali atleti al professionismo e alle competizioni di vertice[21].

Tali argomentazioni pongono soprattutto una questione sistemica: la sostenibilità dello sport non può essere affidata esclusivamente alla logica di mercato, ma richiede un modello istituzionale capace di operare una «redistribuzione regolata, trasparente e misurabile». Il rischio che incombe, in assenza di tale modello, è quello della disgregazione dell'ecosistema sportivo, con conseguente concentrazione dei ricavi, marginalizzazione della base e progressivo svuotamento del valore educativo e comunitario dello sport, con l'effetto indiretto della riduzione dell'interesse diffuso del pubblico, per la minore incertezza dei risultati delle contese, con una contrazione dello stesso fine lucrativo.

Il problema è che, a fronte delle tante dichiarazioni d'intenti, piani, risoluzioni, allo stato attuale, i precetti cogenti sono molto limitati e, data la rilevanza dei problemi, non è certo possibile affidarsi alla sola «corporate social responsibility (CSR)» dei destinatari [22]; anche se, nel caso di specie, tale responsabilità non si configura come un mero orpello volontaristico o una strategia di *marketing* o, ancora, un escamotage di *socialwashing* [23], ma come un elemento intrinseco alla natura dell'attività, che, pur essendo lucrativa, non può concretamente prescindere dalle *regole del gioco* in conformità ai valori fondamentali della lealtà, della correttezza, della tutela dei diritti della persona e della promozione sociale.

---

[21] Tuttavia, è poi il giudice del rinvio che ha verificato non soltanto l'attendibilità dei numeri economici, nel loro rapporto con una distribuzione complessiva, ma soprattutto che le norme in questione sono indispensabili per ottenere i benefici, ***rectius*** gli incrementi di efficienza descritti e la ridistribuzione solidaristica di una parte congrua degli utili generati dalla commercializzazione centralistica di tali competizioni. Il Tribunale commerciale n. 17 di Madrid, con sentenza del 27 maggio 2024, ha fatto suo il ragionamento della Corte di Giustizia, accertando che FIFA e UEFA hanno abusato della loro posizione dominante ed impedito la libera concorrenza nel mercato, mediante il potere discrezionale di vietare la partecipazione a competizioni alternative e di imporre restrizioni ingiustificate e sproporzionate in violazione degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione.

[22] Cfr. tra i tanti in tema: M. LIBERTINI, *Gestione "sostenibile" delle imprese e limiti alla discrezionalità imprenditoriale*, in *Contr. Impresa*, 2023, p. 54 ss.; C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici e autodisciplina*, in *Giur. comm.*, 2011, n. 2, p. 159 ss. F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di San Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla c.d. responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in *Riv. dir. civ.*, p. 449 ss.; L. PAPI, *Crisi del sistema "volontaristico" e nuove frontiere europee della responsabilità sociale d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, II, p. 109 ss.

[23] Si tratta della tristemente nota pratica delle certificazioni di *compliance* a criteri di sostenibilità esistenti solo sulla carta che obliano i reali impatti ESG (in tema C. Angelici, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 3).

ISSN 2036-7821

2. Le diverse dimensioni della sostenibilità.

L'impresa sportiva professionistica, nella sua configurazione attuale, è un soggetto economico a pieno titolo, inserito in un mercato concorrenziale, globalizzato e soggetto a regole proprie, ma interconnesso con norme e valori dell'ordinamento generale. Ragionare quindi a prescindere dal mercato rilevante delle *imprese* del settore, sulla base della mera declinazione del sistema valoriale dello sport, è un errore di metodo, al di là del mero dato sociologico. Viceversa, occorre partire dalla constatazione di questa «economizzazione» per enucleare un modello ordinamentale in cui l'architettura del sistema funzioni proprio sul piano della sostenibilità [24].

Il macrotema in esame, insomma, non può essere ridotto a mera razionalizzazione contabile, né tanto meno può essere risolto con esperimenti regolamentari di *ius singulare*, e neppure, come visto, può essere rimesso soltanto alla responsabilità sociale [25] che si concretizza soprattutto nel rispettare le regole ed in particolare quelle dirette all'uguaglianza distributiva, specie quando entrano in gioco interessi e diritti cui corrispondono plurimi - e talora non enumerati - valori costituzionali da bilanciare[26]. La connessione tra CSR e *compliance* disciplinare è particolarmente

[24] L'esistenza di queste caratteristiche economico-concorrenziali del prodotto «Sport» comporta che, affinché il meccanismo di produzione funzioni, necessita di un controllore centrale che regoli la concorrenza in maniera dettagliata. Nella realtà nord-americana, a proposito dell'industria sportiva, «quasi ogni atto di una squadra o di una lega è influenzato da pratiche e regole che limitano la competizione economica all'interno di questa industria. In molti casi il governo ha tentato di punire, ma spesso ha fallito nello smantellare queste pratiche anticompetitive. Di conseguenza gli sport professionistici forniscono all'economista un'occasione unica per studiare l'operazione e la *performance* di un controllo effettivo e ben organizzato» (R.G. NOLL, *Government and the sport business*, The Brookings Institution, 1974).

[25] La responsabilità sociale dell'impresa sportiva si declina altresì nell'obbligo di adottare comportamenti conformi al principio di lealtà e correttezza competitiva, la cui violazione può tradursi non soltanto in responsabilità disciplinare, ma anche in responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, ai sensi degli articoli 1218 e 2043 c.c. Il modello di responsabilità oggettiva in vigore impone alle società sportive di adottare tutte le misure idonee a prevenire comportamenti scorretti da parte dei propri tesserati, dei propri dirigenti e dei propri sostenitori, a prescindere dalla prova di un effettivo concorso soggettivo. Ne consegue che la CSR non si esaurisce nella predisposizione di meri codici etici o di regolamenti interni, ma richiede l'adozione di misure concrete, effettive e idonee a prevenire e reprimere ogni forma di illecito. L'orientamento giurisprudenziale che si è consolidato dopo la riforma del Codice di Giustizia Sportiva recepisce infatti l'esigenza di disancorare la responsabilità da automatismi punitivi, privilegiando un approccio casistico che valorizza la concreta adozione di modelli di *compliance*. La sentenza del Collegio di Garanzia del CONI sul caso *Cosenza* evidenzia l'approccio nella valutazione dell'efficacia dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo *ex* art. 7 CGS. Un modello, pur astrattamente efficace nella prevenzione di determinati rischi, può rivelarsi ontologicamente inadeguato se non specificamente orientato a prevenire il tipo di violazione concretamente realizzata (Collegio di Garanzia del CONI, n. 20, del 19 marzo 2025).

[26] Nella famosa sentenza della Corte Suprema del *Michigan* sul caso *Dodge* (170 N.W. 668 Mich. 1919) si legge che se gli amministratori non perseguono in certe loro azioni la massimizzazione del valore per gli azionisti, possono essere responsabili, salvo che non sia motivato e provato che questi contegni non siano, in qualche modo, funzionali al perseguimento della massimizzazione dello *shareholder value* (J.R. MACEY, *A close read of an excellent commentary on Dodge v. Ford*, in *Virginia Law & Bus. Law Rev.*, 2008, v. 3, 190).

ISSN 2036-7821

rilevante in materia di *match fixing*, *doping*, discriminazioni e violenze, fenomeni nei quali la violazione dei principi fondamentali non solo comporta sanzioni interne all'ordinamento sportivo, ma può sfociare in procedimenti penali e civili, con gravissime ripercussioni sull'affidabilità dell'impresa sportiva [27].

La credibilità, costruita attraverso comportamenti coerenti con i principi di responsabilità sociale, costituisce peraltro un *asset* strategico incidendo direttamente sulla capacità di attrarre *sponsor*, investitori, tifosi e consumatori, e si traduce in una forma di «capitale reputazionale» che influenza il valore di mercato della società, la sua capacità negoziale e la sua stessa sostenibilità economica [28].

In questo scenario, la sostenibilità dello sport professionistico va articolata in una serie di «dimensioni» tra loro interdipendenti, in cui, non figura soltanto quella «economica», che riguarda l'equilibrio tra costi e ricavi, la trasparenza dei bilanci, la razionalizzazione delle spese per trasferimenti, ingaggi e commissioni, nonché la capacità delle imprese sportive di generare valore durevole, evitando crisi ricorrenti e instabilità sistemiche.

V'è infatti da considerare innanzitutto la sostenibilità «sociale», legata alla funzione etica, educativa e culturale dello sport, al suo impatto sui territori, alla promozione dell'inclusione e della parità di genere, al sostegno dello sport giovanile, amatoriale e volontario. Strettamente connessa è la sostenibilità «lavoristica», riguardante la crescita dell'occupazione, le condizioni dei lavoratori sportivi, soprattutto giovani, la regolazione degli apprendistati e dei contratti atipici, la necessità di evitare segmentazioni normative che pregiudichino le garanzie fondamentali del diritto del lavoro.

A queste si accompagna la «sostenibilità ambientale» che impone una riflessione sul ciclo di vita degli impianti sportivi, sull'utilizzo dei materiali, sull'impronta ecologica degli eventi, sulla mobilità legata alle competizioni e sulla responsabilità delle organizzazioni, che certamente è una problematica che, negli anni, ha assunto proporzioni enormi.

Non minore rilevanza ha la «sostenibilità regolatoria e istituzionale» che attiene alla compatibilità dei sistemi sportivi con i principi generali dell'ordinamento, alle forme

[27] La capacità dell'impresa sportiva di dimostrare di aver adottato modelli organizzativi efficaci nella prevenzione dei comportamenti illeciti costituisce elemento fondamentale nella graduazione della responsabilità e delle sanzioni, secondo i criteri di proporzionalità e adeguatezza che caratterizzano il diritto disciplinare sportivo. In tale ottica, l'impegno per la responsabilità sociale non rappresenta solo un vincolo etico, ma diventa un fattore di mitigazione del rischio giuridico ed economico.

[28] La crescente attenzione ai parametri ESG nel settore sportivo si traduce in una vera e propria codificazione di *best practices*, la cui osservanza diventa criterio di selezione nei processi di sponsorizzazione, di finanziamento, di quotazione in borsa e di accesso ai fondi pubblici e privati. In tale quadro, la capacità dell'impresa sportiva di documentare il proprio impegno per la sostenibilità ambientale, la tutela dei diritti umani, la parità di genere e la governance trasparente, assume una rilevanza che trascende il mero obbligo morale, incidendo direttamente sulla valutazione economica e finanziaria della società (cfr. *ESG Sport Finance Report 2023*, ISS Analytics).

ISSN 2036-7821

di vigilanza e *accountability*, all'equilibrio tra autonomia e controllo, alla giustiziabilità delle regole sportive, alla capacità autoregolatoria delle istituzioni di natura privatistica.

Ed infine, ma non da ultima, si colloca proprio la fondamentale «sostenibilità redistributiva», che riguarda la capacità dello sport professionistico di trasferire parte delle proprie risorse al sistema dilettantistico, giovanile ed amatoriale, in virtù di un principio di solidarietà che è insieme etico, costituzionale, ma soprattutto economico, rappresentando il bacino redistributivo di riferimento dei giovani atleti, dei volontari, dei praticanti, dei tifosi e più in generale degli appassionati. Ciò anche sul piano della *portata intergenerazionale* che va assicurata alla tutela dei valori di riferimento, in verità già considerata dalla Consulta proprio ai fini dell'applicazione del dovere di solidarietà [29].

Lo sport professionistico non è un comparto isolato, ma costituisce il vertice di una piramide la cui base è rappresentata da migliaia di associazioni, cooperative, enti territoriali, enti di promozione sportiva e soggetti *no profit* che svolgono quotidianamente attività formativa, sociale e promozionale. È qui che si determina la *redistribuzione*, nel modo in cui il professionismo è in grado di trasferire parte delle proprie risorse a favore della base, contribuendo a garantire accesso, formazione, inclusione e partecipazione.

Tale impostazione «multidimensionale» si impone sia per motivi etici, culturali o ideali sia come risposta alle dinamiche effettive che caratterizzano il settore. Lo sport professionistico è un'industria di primo piano che condiziona il mercato del lavoro, influenza modelli sociali e genera aspettative diffuse. È quindi necessario un approccio che, pur riconoscendone la specificità, ne abbia chiare le responsabilità sistemiche.

In questo quadro, la sostenibilità economica presenta caratteristiche così specifiche, che ne fanno una leva anche per le altre dimensioni. In particolare, il principio dell'«incertezza del risultato» – elemento strutturale del prodotto sportivo – offre una base per leggere la sostenibilità non in chiave difensiva, ma «proattiva»: la regolazione della concorrenza, la redistribuzione delle risorse e la vigilanza contabile diventano strumenti non per limitare il mercato, ma per rafforzarne l'attrattività, garantendo equilibrio, pluralità e interesse competitivo. Se la regolarità delle competizioni e l'incertezza dei risultati sono la chiave di volta di tutto lo sport (e il fine di quello professionistico è quello di massimizzare «il profitto o l'utilità», quest'ultima comunque qualificata e soggetta a un vincolo di bilancio), è chiaro che il

[29] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2016, n. 173, in *Foro it.*, 2017, p. 3205 s.; V. TAMBURRINI, *I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Ianus*, 2018, p. 28 ss. Lo sviluppo è sostenibile quando soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità, per le generazioni future, di soddisfare a loro volta i bisogni della vita.

ISSN 2036-7821

compito del Regolatore è quello di avere società messe in condizione di competere nel migliore dei modi, così da massimizzare i profitti (o il benessere) delle singole imprese e delle Istituzioni sportive stesse [30]. Non si tratta di una sostenibilità neutra o meramente contabile: essa si innesta all'interno di una logica peculiare, in cui il valore del prodotto sportivo è direttamente connesso all'equilibrio competitivo tra i partecipanti. Come da tempo osservato in letteratura economica, lo sport professionistico non massimizza il profitto in senso lineare, ma in modo derivato: l'interesse del pubblico – e quindi la redditività del sistema – aumenta all'aumentare dell'incertezza della contesa [31].

Non a caso, la strategia «Strength through Unity» della UEFA per il periodo 2023-2030 rappresenta un tentativo di integrare la sostenibilità in tutte le sue dimensioni. Il documento identifica undici politiche chiave raggruppate in cinque pilastri: sport, *governance*, rispetto, prosperità e ambiente. Particolarmente innovativo è l'approccio alla prosperità, che include anche lo sviluppo di competenze, l'innovazione e la digitalizzazione. La UEFA ha inoltre implementato un modello di «Football Sustainability Strategy (FSS)» che richiede alle Federazioni nazionali di sviluppare strategie di sostenibilità allineate con quelle europee, creando così un effetto a cascata che dovrebbe raggiungere tutti i livelli [32].

3. La regolazione federale internazionale in tema di sostenibilità economica.

Lo sport professionistico vive innanzitutto il paradosso di una crescita continua ed esponenziale dei ricavi ed al tempo stesso di un progressivo aumento delle perdite e delle conseguenti crisi deflagranti, dovuti ad un fattore oggettivo: le spese insostenibili per i contratti degli atleti, per il trasferimento degli stessi e per le commissioni degli agenti. In nessun settore dell'economia il costo del lavoro e delle relative intermediazioni ha tale abnorme ed innaturale portata.

È proprio per questo che molte regole in giro per il mondo (come ad esempio il *salary cap*, il *fair play finanziario*, la *luxury tax*, la redistribuzione dei diritti televisivi, il *draft* [33], il *ranking* protetto, e così via) non costituiscono mere deroghe disciplinari, ma

[30] Così, ad esempio, quando una o più società diventano troppo superiori alla media, si verificano «diseconomie esterne» a quelle imprese e interne alle Istituzioni, poiché la regolarità delle competizioni e l'incertezza sul risultato degli incontri diminuiscono e il pubblico cala. Le Istituzioni sportive devono correggere le «diseconomie», attuando una politica che viene chiamata di «sussidio incrociato» e si sostanzia nel prendere risorse dalle imprese più ricche per ridistribuirle a quelle più povere, in modo da riequilibrare le competizioni (in tema cfr. C. GRATTON, P. TAYLOR, *Economics of sport and recreation*, 2nd Edition, Spon Press, London, 2000).

[31] R. FORT, J. QUIRK, *Cross-Subsidization, Incentives, and Outcomes in Professional Team Sports Leagues*, *Journal of Economic Literature*, 1995, p. 1265 ss.).

[32] UEFA, *Strength through Unity: UEFA Football Sustainability Strategy 2030*, 2023.

[33] Il *draft* è un sistema, utilizzato per gli sport di squadra nordamericani, per la gestione della scelta dei nuovi atleti privi di contratto che generalmente provengono dai *college*, che prevede due turni di scelta e, durante il secondo turno, ogni *club* può scambiare le proprie scelte con altre società concorrenti. Questo meccanismo

ISSN 2036-7821

risposte sistemiche alla necessità di garantire equilibrio, pluralismo e accessibilità alla competizione. Come visto, se si configura l'oligopolio di pochi, ciò impoverisce l'interesse e l'intero sistema perde attrattività, spettatori, investimenti.

In Europa, la risposta a questa sfida è passata, a partire dal 2004, attraverso «The UEFA Club Licensing System: overview of implementation and application across Europe» [34], un sistema di regole per ottenere le licenze per partecipare alle competizioni europee [35]. Inoltre, il Comitato esecutivo della UEFA, a settembre 2009, emanò il «Financial fair play concept», un *corpus* di regole diretto ad incentivare le società ad operare in tendenziale autogestione sulla base dei propri ricavi, introdurre una maggiore razionalità nei conti e proteggere i creditori delle squadre nella prospettiva di potenziali crisi [36].

Il modello era basato su due principi: il *Break-even requirement* (il conseguimento del pareggio tra ricavi e costi) e il *No overdue payables* (la verifica tempestiva della regolarità dei pagamenti, una sorta di sistema *ad hoc* di allerta e prevenzione)[37]. Tuttavia, questo regime regolatorio, caratterizzato da un'applicazione densa di deroghe ed eccezioni «ad hoc», ha prodotto pessimi risultati, divenendo esso stesso

influenza la struttura e l'organizzazione della competizione, nonché la distribuzione delle risorse. Le franchigie (ossia le squadre) considerate più deboli hanno la priorità nello scegliere gli atleti nella competizione, andando così a contenere il potere economico dei *club* più importanti.

[34] Si tratta del primo documento sul funzionamento del sistema delle Licenze, implementato con lo scopo di definire una serie di *standards* normativi e amministrativi e creare un quadro regolatorio omogeneo. La UEFA, inoltre, ha definito *standards* minimi che devono essere rispettati, mentre spetta alle Federazioni o alle Leghe implementarli nell'ordinamento interno con la possibilità di renderli ancora più rigorosi. A partire dal 2005 è stato introdotto per le società italiane della massima serie, che partecipano alle competizioni europee, un sistema di regole per ottenere le licenze UEFA (al riguardo ampiamente: M. NICOLIELLO, *Il monitoraggio di FIGC e UEFA sulle società di calcio italiane: scenario attuale e possibili evoluzioni*, in *Riv. dott. comm.*, 2014, p. 39 ss.).

[35] Le licenze obbligano le società a migliorare il livello di qualità della gestione attraverso la fissazione di una serie di requisiti che devono essere rispettati per essere ammesse a partecipare alle competizioni. La finalità perseguita è di favorire la crescita organizzativa e gestionale dell'intero sistema. Il Manuale per l'ottenimento delle licenze, oltre a funzionare da guida operativa, rappresenta per le società un punto di riferimento per migliorare i propri *standards* qualitativi e quantitativi nella gestione delle infrastrutture, nella promozione dell'attività giovanile, nella gestione economico-finanziaria, nell'offerta dei servizi ai tifosi e nell'organizzazione interna. Al fine del conseguimento della licenza, i *club* devono rispettare una serie di criteri che riguardano i principali ambiti gestionali. In particolare, tali criteri sono classificati in cinque macro-categorie (sportivi, infrastrutturali, organizzativi, legali ed economico-finanziari) e ordinati al loro interno secondo diversi gradi di rilevanza: da quelli necessari alle mere *best practices*.

[36] F. DI GIROLAMO, *Il «fair play» finanziario nella giurisprudenza della Corte Arbitrale dello Sport*, in *Riv. dir sport.*, 2019, p. 405 ss.; E. SPAGNOLELLO, *Il Financial Fair Play alla prova del diritto antitrust dell'Unione europea*, in *Riv. dir. sport.*, 2016, II, p. 383 ss.

[37] Al riguardo cfr. A. BENOLDI, C. SOTTORIVA, *La disciplina della redazione del bilancio d'esercizio delle società di calcio. Confronto con l'esperienza internazionale ed impatto del c.d. financial fair play*, in *Riv. dir. ec. sport*, Vol. 7, n. 1, 2011, p. 147 ss.

ISSN 2036-7821

causa della pratica abusiva delle plusvalenze fittizie e l'utilizzo artificioso di contratti di sponsorizzazione da parte di entità correlate [38].

Così, dopo una sospensione per il *Covid* ed alla luce di queste gravi criticità, è stato introdotto il nuovo «Regolamento Uefa sulle licenze per *club* e la sostenibilità finanziaria», [39] che ha come obiettivo la solvibilità, la stabilità e soprattutto un maggiore controllo dei costi [40]. Il Regolamento definisce, tra l'altro, «i criteri minimi sportivi, sociali e di sostenibilità ambientale, infrastrutturali, di personale e amministrativi, legali e finanziari che occorre soddisfare per ottenere una licenza dal proprio licenziante come parte della procedura di ammissione per partecipare alle competizioni UEFA» [41].

I cambiamenti vengono attuati in maniera graduale nell'arco di tre anni a partire dalla stagione 2024-2025, in modo tale da permettere a tutte le società di potersi adeguare [42] e sono strutturati su quattro macroaree.

La «solvibilità» (*no overdue payables rule)* ossia l'obbligo di pagare tutti i debiti verso altre società sportive, dipendenti, autorità fiscali, sociali e UEFA entro 90 giorni, soggetto a quattro controlli l'anno. La regola è diretta a garantire una maggiore solvibilità e a proteggere l'integrità delle competizioni. I controlli vengono effettuati ogni trimestre, con una minore tolleranza nei confronti dei soggetti morosi.[43].

---

[38] Sono stati analizzati 815 bilanci e 4.626 operazioni di cessione di atleti di società partecipanti a campionati di massima serie delle cinque principali leghe europee (Inghilterra, Spagna, Germania, Italia e Francia) nel periodo dal 2008 al 2018 e l'analisi ha fatto emergere alcuni effetti indesiderati dell'introduzione del ***Financial fair play*** da parte della UEFA (M. BONACCHI, F. CIAPONI, A. MARRA, *Calcio e plusvalenze: l'autogol della UEFA*, in *lavoce.info*, 17 gennaio 2022). L'analisi dimostra che, mentre prima dell'introduzione del FFP la percentuale di imprese sospette era simile per le squadre UEFA e non-UEFA, rispettivamente del 29 e 26 per cento, a seguito dell'applicazione del FFP, le squadre UEFA hanno fatto maggiore ricorso alle plusvalenze. Così, a raggiungere il *break-even* sono più della metà (52 per cento), rispetto alle squadre non-UEFA che restano sotto il 30 per cento. Cfr. in tema anche L.A. KIHL, K.E. MISENER, G. CUSKELLY, P. WICKER, *Tip of the iceberg? An international investigation of fraud in community sport,* in *Sport Management Review*, 2021, p. 24 ss.

[39] Approvato il 28 giugno del 2023 ed integrato nella nuova versione nell'aprile 2024, dopo essere stato proposto il 7 aprile del 2022, dal Comitato Esecutivo Uefa a *Nyon.*

[40] Durante la stesura, la UEFA ha consultato tutti i portatori di interesse: le Federazioni nazionali, l'*European Club Association* (ECA), le Leghe, la *Fédération Internationale des Associations de Footballeurs Professionnels* (FIFPro), le organizzazioni dei tifosi, la Commissione europea, il Parlamento europeo ed il Consiglio d'Europa.

[41] La versione del 2024 è stata arricchita da un nuovo articolo intitolato «Licence applicant's identity, history and legacy» secondo cui: «Tutti gli elementi che costituiscono l'identità visiva di un *club* in connessione e combinazione con il nome ufficiale e/o il nome della squadra nelle competizioni, come lo stemma ufficiale, i loghi, altri marchi e i colori ufficiali, devono essere di proprietà e sotto il controllo esclusivo del richiedente la licenza».

[42] Ad esempio: l'attuazione graduale della limitazione delle spese vedrà la percentuale al 90% nel 2023/2024, all'80% nel 2024/2025 fino ad assestarsi al 70% nel 2025/2026, come richiesto dal nuovo Regolamento.

[43] Al 15 luglio, 15 ottobre e 15 gennaio della stagione di licenza, una società non può e non deve avere debiti insoluti verso altre società, verso le autorità previdenziali/fiscali, nei confronti dei dipendenti e della UEFA, a seguito di obblighi derivanti da trasferimenti da saldare rispettivamente entro il 30 giugno, 30 settembre e 31 dicembre.

ISSN 2036-7821

La «stabilità» (*football earnings rule)* ossia la fissazione di un *deficit* massimo (*acceptable deviation)* di 60 milioni di euro in tre anni, mentre per le società con i conti in ordine di 90 milioni (10 milioni per ogni periodo di riferimento nel *monitoring period*), computando tuttavia le spese, comprese quelle per giovani e impianti prima escluse[44].

Il «controllo dei costi» (*squad cost rule)* secondo cui per stipendi, mercato e commissioni per gli agenti non si potrà spendere più del novanta per cento del fatturato per la prima stagione, l'ottanta per la successiva ed il settanta a regime dall'ultima stagione, ovvero quella 2025-2026. La regola è contenuta nell'art. 92 titolato «Calculation of squad cost ratio» che si occupa del calcolo e nell'art. 93 titolato «*Squad cost rule*» che si occupa di fissarne il limite. [45].

Il sistema di «sanzioni fisse» all'esito dei controlli ossia la previsione di sanzioni predeterminate in relazione alle violazioni che non lascino margini di discrezionalità (almeno in astratto), tra cui multe progressive, in relazione sia alle violazioni che alla recidiva, sanzioni sportive (come il divieto di schierare atleti, esclusioni dai tornei, retrocessione da una coppa a un'altra) e sanzioni economiche.

Il sistema di sostenibilità finanziaria viene applicato mediante un processo denominato «monitoraggio dei club» e vale per le squadre che partecipano alle competizioni UEFA. Più di 230 società (Ucl, Uel, Uecl) vengono per l'effetto osservate nell'arco dell'intera stagione dal «Club Financial Control Body Uefa (CFCB)», che è un organo di controllo finanziario che può imporre misure disciplinari in caso di mancato rispetto del Regolamento [46].

---

[44] Gli utili vanno intesi come differenza tra i ricavi e le spese *pertinenti*. Un licenziatario può avere un'eccedenza o un disavanzo ed è conforme alla regola se per il periodo di monitoraggio (calcolando tre periodi di rendicontazione) ha un *surplus* di utili complessivo, oppure un disavanzo complessivo che rientri nella tolleranza accettabile. Il licenziatario viola la regola nel caso in cui abbia un disavanzo superiore alla tolleranza accettabile.

[45] Per la prima volta, ai sensi del Regolamento, le società sono soggette al controllo dei costi di squadra. Questo requisito offre una misura diretta tra i costi e le entrate per incentivare spese più legate alle prestazioni. Le valutazioni vengono eseguite in modo tempestivo e le eventuali violazioni comportano sanzioni pecuniarie e misure sportive prestabilite.

[46] Le misure disciplinari includono, fra le altre: l'ammonimento; il richiamo formale; le multe; la decurtazione di punti; il congelamento delle entrate provenienti dalle competizioni Uefa; il divieto di tesserare nuovi atleti; la limitazione del numero degli atleti iscrivibili alle competizioni europee, compreso un limite finanziario sul costo complessivo totale degli atleti iscritti in lista A; la squalifica dalle competizioni in corso e/o esclusione dalle future; la revoca di un titolo o di un premio. Le sanzioni per il mancato rispetto della «***No overdue payables rule***» sono state rafforzate, mentre in caso di violazione della «***Football earnings rule***» è prevista la possibilità di concludere accordi transattivi. Si tratta dei c.d. «***Settlement Agreement***» *che con i* «***Voluntary Agreement***» fanno parte del peculiare procedimento sanzionatorio previsto già dal sistema precedente. Le decisioni definitive del CFCB possono essere impugnate solo davanti al Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) di Losanna. Si tratta di un organo di controllo con funzioni di giustizia che ha il potere di determinare se i concessori di licenza (federazioni nazionali o la lega affiliata) e i richiedenti/licenziatari abbiano soddisfatto i criteri per la licenza o i requisiti di sostenibilità finanziaria e di decidere sull'idoneità di una società per le competizioni.

ISSN 2036-7821

L'efficacia del nuovo Regolamento, al quale peraltro sono state subito aggiunte alcune novità in tema di ammortamento e di plusvalenze [47], si potrà verificare solo nel rigore applicativo, vista l'eccessiva elasticità che ha caratterizzato l'esperienza precedente del *fair play*, foriera essa stessa della «bolla contabile». Il razionale è chiaro: non imporre limiti assoluti, ma contenere le dinamiche inflattive del mercato sportivo, evitando che le società competano oltre le proprie possibilità economiche. Il vero nodo resta, tuttavia, quello dell'applicazione concreta, della verifica dei dati e della qualità delle sanzioni. Senza un'autorità terza e indipendente, le stesse regole rischiano di rimanere meri enunciati di principio.

Il problema è che ai vari livelli le società cercano di migliorare la capacità di competere acquisendo atleti migliori in un vortice senza fine fatto di aumenti degli ingaggi e delle commissioni a cascata. A fronte di ricavi crescenti, spesso drogati da entrate occasionali o artificiali, si registra una strutturale incapacità di mantenere l'equilibrio finanziario; difatti, i costi dei contratti e le commissioni agli agenti hanno raggiunto livelli insostenibili, generando una dinamica perversa in cui la ricerca del successo sportivo immediato si traduce in un rischio sistemico per l'intero settore.

Occorrono dunque norme cogenti che puntino a definire tetti ai compensi piuttosto che contemplare criteri di contenimento delle spese in rapporto ai fatturati, che, come visto, vengono elusi con forme atipiche di ricavo (o vengono disattesi provocando insolvenze, solo aggravate dalle sanzioni federali) e che non risolvono il problema a monte. È chiaro che una disciplina sul «salario massimo» o sulla «commissione massima» dettata da associazioni di imprese, come sono ritenute ormai le

[47] L'ammortamento del contratto dell'atleta sarà limitato a cinque anni al fine di garantire la parità di trattamento di tutte le società e migliorare la sostenibilità finanziaria. In caso di proroga del contratto, invece, potrà essere ripartito sulla durata del rapporto, ma fino ad un massimo di cinque anni dalla data della proroga. Tuttavia, le società autorizzate dai loro organi di governo nazionali a concludere contratti per un periodo superiore a cinque anni possono continuare a farlo. Le regole non si applicheranno retroattivamente alle operazioni di trasferimento già avvenute. In caso di scambio di atleti la nuova norma precisa che spetta alle società valutare se un'operazione di trasferimento sia qualificabile come «permuta»; in tal caso dovrà essere contabilizzata in linea con i principi contabili internazionali. Orbene, nelle operazioni di acquisizione e cessione di diritti pluriennali con la stessa controparte, per le quali non esistono evidenze *quantitative* corroboranti, supportate da tecniche di valutazione, che dimostrino che il *fair value* (valore equo) può essere determinato in modo attendibile, i diritti pluriennali dei lavoratori acquisiti devono essere valutati al valore contabile dei diritti alle prestazioni sportive degli atleti ceduti. Spetterà ai revisori della singola società confermare la corretta applicazione dei requisiti contabili descritti o, in caso contrario, segnalare eventuali discrasie. Quindi, se due atleti vengono valutati allo stesso valore in uno scambio, non ci sarà plusvalenza per le società, visto che la cessione sarà riportata al valore netto residuo a bilancio (ovverosia il costo storico dedotti gli ammortamenti), a meno che non ci sia una valutazione attendibile che dimostri il valore equo degli atleti. Pertanto, in caso di permute con le dette caratteristiche, con conguagli in denaro, la plusvalenza sarà eventualmente data solo dalla differenza pagata con flussi reali. In secondo luogo, quando la permuta è a specchio senza esborsi, il valore, sempre nei casi visti, sarà quello iscritto a bilancio e non quello deciso dalle parti. Inoltre, per evitare i prestiti di comodo tra società, indicando convenzionalmente un prestito di un atleta ad un valore che magari in bilancio compare per il triplo, la differenza diventerà una minusvalenza per la società che presta, salvo il caso di prestito di atleti infortunati che hanno bisogno di recuperare giocando.

ISSN 2036-7821

Federazioni, nazionali ed internazionali, cadrebbe sotto i "colpi" della Corte di giustizia, come sta accadendo per il Regolamento FIFA sugli agenti (che, per l'appunto, prevede alcuni tetti). La funzione redistributiva dei «Salary Cap», unita alla sua valenza preventiva rispetto a fenomeni di indebitamento strutturale, ne fanno uno strumento probabilmente imprescindibile e di cui dovranno occuparsi i legislatori [48].

4. La insostenibilità dei costi di agenzia.

La questione della sostenibilità dei costi diretti ed indiretti dei contratti di agenzia sportiva, posta peraltro a livello globale, visto che le transazioni sono ormai sempre più spesso internazionali, pone problemi ancora più estesi e complessi. La problematica ha indotto persino il legislatore italiano, a coniare, con la riforma, un nuovo tipo di rapporto contrattuale, che risulta di difficile inquadramento sistematico e che, per l'effetto, genera una rilevante quantità di questioni interpretative, configurando uno *ius singulare*, in tal caso addirittura di matrice statale [49]. Le differenze tra le diverse regolamentazioni nazionali hanno creato enormi asimmetrie nel mercato, soprattutto per quei Paesi che applicano una sostanziale *deregulation* a discapito della professionalità e della deontologia richiesta in altri e che incentivano di fatto insostenibili *comportamenti predatori*.

Alla funzione originaria di procuratore di parte, cui l'atleta si affidava per la gestione dei propri interessi, si è, infatti, sovrapposta nel tempo quella di *intermediario* tra la

[48] La sostenibilità richiama lo Stato alle proprie responsabilità sul piano della concreta attuazione delle relative istanze, stimolandolo ad esercitare, senza opportunistiche deleghe a strutture privatistiche, il proprio potere di indirizzo e di intervento. In questo senso, può essere letta come il prodotto di un cambio di paradigma politico-economico e giuridico anche sul piano costituzionale. In tal senso V. CARIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")*, in *Orizz. dir. comm.*, 2, 2022, p. 413, secondo cui la sostenibilità in senso lato è un paradigma del diritto societario e può divenire paradigma del diritto costituzionale, grazie ad un'attenta attività interpretativa operata con l'impiego di specifiche regole interpretative (in tema cfr. anche G. PALMIERI, *Crisi dell'impresa e responsabilità sociale*, in *Riv. corte conti*, 2023, 1, 70 s.).

[49] L'agente viene codificato come colui che «….in esecuzione del contratto di mandato sportivo, mette in contatto due o più soggetti operanti nell'ambito di una disciplina sportiva riconosciuta dal Coni e dal Cio, siano essi lavoratori sportivi o Società o Associazioni Sportive, ai fini della conclusione, della risoluzione o del rinnovo di un contratto di lavoro sportivo, del trasferimento della prestazione sportiva mediante cessione del relativo contratto di lavoro, del tesseramento di uno sportivo presso una Federazione nazionale, fornendo servizi professionali di assistenza, consulenza e mediazione». Il professionista funge, quindi, da vero e proprio *trait d'union* tra i principali attori del settore che, nella maggior parte dei casi, sono i lavoratori e le organizzazioni sportive, ponendo alla base di questo rapporto un *armamentario pluralista* di servizi di assistenza, consulenza e mediazione oltre a quelli di agenzia, che complessivamente integrano la natura di una professione regolamentata. In tema G. DAMINATO, *L'agente sportivo e l'attuale incertezza normativa: considerazioni generali e cenni riassuntivi sul FFAR*, in *La riforma dello sport*, cit., 2024, I, p. 263 ss.; F. R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, in *Riv. dir. sport.*, 2023, p. 131 ss.; T. MAUCERI, *La nuova figura dell'agente sportivo nell'ordinamento statale*, in *Nuove leggi civ. comm*, 2024, 2, p. 305 ss.

ISSN 2036-7821

società che vende, l'atleta e il *club* acquirente con un'evidente *distorsione* dei ruoli [50]. In questo contesto, si è efficacemente evidenziato che per gli ingaggi degli atleti si assiste a un'espressione sempre più forte del principio della migliore allocazione delle risorse, nel senso che questo mercato anomalo «spinge sempre più il lavoratore sportivo ad andare da chi è in grado di ottimizzarne il profitto e remunerarne meglio le prestazioni e i diritti di immagine, con conseguente ricorso all'inadempimento c.d. efficiente», cui si collegano gli ulteriori ed abnormi costi per la soluzione bonaria degli effetti dell'inadempimento[51].

La degenerazione, in verità, ha raggiunto il culmine qualche anno fa con la progressiva emersione, nel settore, della prassi delle *Third Party Ownership* (cd. *TPO*) originatasi soprattutto nei paesi sudamericani e dell'est Europa. Tali operazioni commerciali, che vedevano spesso coinvolti direttamente o indirettamente agenti, consistevano (anche se in realtà, sottotraccia, sono ancora diffusi) nell'acquisizione di una percentuale sulla futura valorizzazione del contratto di un atleta [52]. Il Centro

[50] L'agente non è un soggetto dell'ordinamento sportivo in senso proprio in quanto manca il vincolo associativo del tesseramento, ma un libero professionista (inquadrabile nel prestatore d'opera professionale *ex* art. 2229 c.c.). che rimane eventualmente assoggettato agli organi di giustizia sportiva in virtù dell'accettazione della giurisdizione sportiva e del relativo potere disciplinare effettuata in sede d'iscrizione nel registro. Situazione che ha come presupposto il rilascio di un mandato senza rappresentanza. In tema cfr. R. FAVELLA, *La nuova regolamentazione nazionale e della Federazione italiana Giuoco Calcio per l'attività di «agente». Un salto nel futuro o un ritorno al passato?*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, p. 6 ss.

[51] La felice intuizione per la fattispecie dell'espressione "inadempimento efficiente" è di T. MAUCERI, *La nuova figura dell'agente sportivo nell'ordinamento statale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 2, p. 305 ss., che d'altra parte aveva già affrontato *funditus* la tematica in generale in T. MAUCERI, *Interesse ad adempiere e professioni sportive*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, p. 843 s. Si pensi da ultimo al caso dell'allenatore della nazionale italiana (G. PALLADINO, G. PASSARELLI, *Brevi note a margine del caso dello scioglimento del rapporto tra il Commissario tecnico e la Federazione Italiana Giuoco Calcio*, in *Nuovo dir. soc.*, 2024, 4, p. 781 ss.).

[52] La definizione stessa di *Third Party Ownership* risulta essere fuorviante; difatti, sarebbe più opportuno parlare di *Third Party Investment* (quindi di investimento e non di proprietà). Si tratta quindi di una vera e propria «scommessa», in virtù del fatto che l'atleta potrebbe anche non dimostrare il suo valore. Si possono distinguere le *Investment TPO* (o anche *Recrutiting TPO*) e le *Financial TPO*. Le *Investment TPO* configurano un supporto economico - da parte di un investitore esterno - per concludere l'acquisizione del diritto alle prestazioni sportive. Le *Financial TPO* consistono, invece, in un intervento economico - sempre da parte di investitori esterni - mediante acquisizioni di diritti di credito sui futuri proventi conseguiti dalla cessione del contratto di un atleta. In tema L. PASTORE, *Third party ownership and multi-club ownershi Where football is heading for (Proprietà di terzi e multiproprietà. Quale direzione sta prendendo il calcio)*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2018, 1, p. 23 ss. Dal punto di vista giuridico, si tratta di un fenomeno che risulta difficilmente definibile: l'oggetto della transazione non è, infatti, un bene materiale e neanche il diritto alle prestazioni sportive, poiché quest'ultime rimangono di esclusiva del *club*. Ciò che invece viene acquistato dalle terze parti è il diritto economico riconducibile ad una futura rivalutazione dell'atleta. Nella pronuncia del Tribunale Arbitrale dello Sport del 2004 (*Tacuary Fbc/Club Atlético Cerro & Jorge Cyterszpiller & FIFA*, TAS 2004/A/781) venne effettuata una distinzione tra i diritti «federativi» del lavoratore sportivo, di esclusiva spettanza della società e i diritti economici, cedibili anche a soggetti esterni al *club*. Non esistendo all'epoca, dal punto di vista giuridico, alcun limite all'attribuzione dei diritti economici di un atleta ad un soggetto esterno, le operazioni di TPO risultavano essere lecite. Tuttavia, a seguito di una serie di clamorose vicende, il 22 dicembre 2014, il Comitato esecutivo della FIFA emanò finalmente la circolare n. 1464 mettendo al bando le operazioni di *TPO* a partire dal 1° maggio 2015. Tale intervento ha avuto lo scopo di tutelare la sicurezza dei giovani atleti (che erano spesso quelli più coinvolti) e di impedire evidenti conflitti di interesse[52]. È stato così

ISSN 2036-7821

studi internazionale sullo sport (Cies), in un'analisi commissionata dalla Uefa, ha evidenziato che al centro del controllo esercitato da alcuni grandi agenti ci sono ancora le *TPO* che, sebbene resi illegali dalla Fifa, «sono una realtà ancora ben radicata e consentono agli agenti più influenti un sostanziale controllo sulla carriera degli atleti e un potere decisionale maggiore rispetto a quello esercitato dai *club*»[53].

In virtù di tale situazione, il Consiglio della *Fédération Internationale de Football Association*, tenutosi a Doha il 16 dicembre 2022, aveva approvato il nuovo *Fifa Football Agent Regulations* (*FFAR*) che purtroppo è stato sospeso pochi mesi dopo l'entrata in vigore, fino a quando non si pronuncerà la Corte di Giustizia UE.

Il Regolamento, per molti versi rivoluzionario ed in grado di apportare una spinta moralizzatrice, era inoltre finalizzato proprio ad un incremento della sostenibilità ed in particolare a rafforzare la stabilità contrattuale e la professionalità, a migliorare la formazione dei giovani atleti, a tutelare i minori, a limitare le situazioni di conflitto d'interessi [54], a proteggere l'integrità del sistema di trasferimento, a salvaguardare l'integrità delle competizioni, a tutelare il mercato, a fissare adeguati *standards* professionali ed etici in capo agli agenti e ad assicurare la massima trasparenza (non soltanto finanziaria) [55]. Il campo di applicazione riguardava tutti gli accordi di rappresentanza di dimensione internazionale, connessi al trasferimento del lavoratore da una federazione all'altra o ad una transazione internazionale tra società appartenenti a Federazioni diverse.

---

introdotto l'art. 18 *ter* nel Regolamento FIFA, per cui allo stato attuale è vietato qualsiasi tipo di accordo stipulato da un *club* o da un atleta con una società esterna, che preveda di assegnare a terzi diritti o partecipazione al compenso da pagare per il suo trasferimento futuro. Ed il Tribunale Arbitrale dello Sport ha riconosciuto nel 2016 la piena compatibilità del divieto previsto dall'art. 18 *ter* con le norme comunitarie in materia di concorrenza (TAS 2016/A/4490/RFCSeraing/FIFA). Infine, a partire dal giugno del 2019, il comitato disciplinare della Fifa ha chiarito che gli atleti non devono essere considerati come un «soggetto terzo» ed hanno diritto a detenere una percentuale del proprio cartellino, e quindi di ricavarne un eventuale guadagno derivante dal valore del proprio trasferimento.

[53] Cfr. CIES, *The "manipulation of sport competitions"*, 2018 (in cies.ch/en/cies/publications) che evidenzia come la crescita del potere dei procuratori è accompagnata da un'esplosione dei prezzi dei diritti economici degli atleti e dalla loro mobilità.

[54] Il comma 8 vieta, sul modello italiano, la doppia rappresentanza, ad esclusione del caso in cui vi sia espresso consenso scritto delle parti coinvolte (*club* e lavoratore). Eventuali clausole nell'accordo che penalizzino o limitino la capacità di un atleta di negoziare e concludere in maniera autonoma un contratto di lavoro senza il coinvolgimento di un agente sono affette da nullità. In sostanza, l'agente non potrà offrire servizi a più di una parte coinvolta in una transazione. L'unica eccezione è la possibilità di rappresentare sia l'atleta che il *club* che acquista, a patto che entrambi i clienti diano consenso esplicito della doppia rappresentanza.

[55] La Fifa ha di fatto seguito la normativa italiana, prevedendo dei percorsi formativi per contrastare il fenomeno del c.d. *football trafficking* (ossia dei falsi agenti o pseudo intermediari che carpiscono la buona fede e le risorse delle famiglie per lucrare sui minori, che, una volta giunti in Europa, spesso vengono totalmente abbandonati). In maniera speculare viene permesso all'agente di richiedere una sospensione temporanea della sua licenza che non ha una scadenza e non è in alcun modo trasferibile. In tema G. DAMINATO, *L'agente sportivo e l'attuale incertezza normativa: considerazioni generali e cenni riassuntivi sul FFAR,* in *La riforma dello sport* (a cura di G. Toscano), Sports law and policy centre, 2024, I, 263 s.

ISSN 2036-7821

In particolare, per quanto concerne gli atleti minorenni, cui il Regolamento dedica particolare attenzione, l'agente - a condizione che abbia seguito l'apposito corso FIFA per la rappresentanza del minore - può stipulare accordi non prima di sei mesi dal raggiungimento dell'età in cui il minore può firmare il suo primo contratto da professionista, in conformità con quanto previsto dalla legge applicabile nel paese in cui il giovane verrà impiegato. La trattativa dovrà comunque avere il consenso scritto da parte del tutore del minore che dovrà sottoscrivere il contratto con lui. L'art. 14, comma 9, prevede infine che un agente non può ottenere un compenso quando viene incaricato in favore di un minore, a meno che l'atleta in questione «non firmi il suo primo o successivo contratto da professionista in conformità con la legge applicabile nel paese o territorio del gruppo in cui il minore sarà impiegato».

L'aspetto più critico del Regolamento sospeso riguarda evidentemente [56] l'imposizione di tetti - ben definiti - alle insostenibili commissioni e particolarmente ridotti rispetto alle entità formidabili che si son viste in questi anni, soprattutto per gli atleti più importanti, chiaramente problematico rispetto al processo di liberalizzazione in atto in altri settori professionali [57]. È, infatti, sancito un limite massimo ai compensi che un soggetto abilitato può percepire nell'esecuzione dei servizi di agente (*Football Agent Services*), intesi come attività finalizzate al trasferimento delle prestazioni sportive ad altra società ovvero alla conclusione, rinnovo o risoluzione di un contratto, a seconda che lo stesso individuo agisca nell'operazione per conto del lavoratore sportivo (*Individual*) e/o della società acquirente (*Engaging Entity*), o venditrice (*Releasing Entity*). Infatti, qualora la rappresentanza sia a favore dell'atleta o del *club* acquirente, la commissione pagata all'agente non potrà eccedere una certa percentuale della remunerazione annua lorda (comprensiva di *bonus* alla firma e ogni altro corrispettivo dovuto al realizzarsi di condizioni contrattualmente prestabilite, come i compensi variabili legati alle *performance* del giocatore) concordata all'interno del contratto di lavoro, pari al 5% fino a 200.000 dollari ed al 3% sulla parte eccedente tale limite[58].

---

[56] È però prevista una eccezione a tale principio generale, ossia nel caso in cui l'agente rappresenti un atleta (o allenatore) e il suo compenso annuo sia inferiore a 200.000 dollari, non considerando alcun *bonus*. In tal caso, il *club* potrà effettuare il pagamento del compenso dell'agente, a patto che il *quantum* non sia superiore a quanto previsto nell'accordo di rappresentanza stipulato tra l'agente stesso e l'atleta.

[57] Al riguardo si è giustamente rilevato che regole siffatte, implicanti un forte controllo sul mercato e sul merito dell'affare, si giustificano con l'esigenza di "preservazione (e di sostenibilità dei costi) dell'attività sportiva in un contesto mercantile che, se lasciato alle proprie spontanee e autonome dinamiche, rischia di produrre forti distorsioni" (T. MAUCERI, *La nuova figura dell'agente sportivo* cit., 324).

[58] Nell'ipotesi di incarico congiunto (ovvero, a favore dell'atleta e del *club* acquirente), la commissione massima riconoscibile terrà conto di entrambi i limiti citati, passando al 10% per la quota di remunerazione annua lorda entro 200.000 dollari e al 6% per la parte eccedente. Il pagamento delle commissioni deve avvenire dopo la chiusura della finestra di mercato, suddiviso in rate trimestrali per tutta la durata del contratto sottoscritto dal giocatore con il nuovo club. Inoltre, il diritto alla commissione maturerà solamente nel caso in cui il *club* provveda al pagamento degli stipendi; diversamente, nulla sarà dovuto all'agente (in proporzione al salario non pagato). Se

ISSN 2036-7821

Tutti i pagamenti, secondo il Regolamento, devono essere effettuati tramite la *Fifa Clearing House*, che è una vera e propria camera di compensazione finanziaria[59], una sorta di banca del mercato attraverso la quale devono essere versate sia le somme dei trasferimenti sia le commissioni da pagare agli intermediari, in modo da garantire la massima trasparenza anche rispetto a fattispecie criminose e/o di evasione fiscale[60], anche perché il pagamento del compenso dev'essere eseguito unicamente dal soggetto che ha sottoscritto il mandato di rappresentanza con l'agente [61].

---

l'attività viene invece prestata a favore del club venditore, il limite massimo per la commissione all'agente è pari al 10% del valore di trasferimento (*Transfer compensation)*, al netto di percentuali sulla futura rivendita a favore della società cedente[58]. Per quanto concerne i termini di pagamento, seguiranno l'incasso del corrispettivo dovuto al cliente (*club* cedente); dunque, in caso di pagamento rateale, anche la commissione dell'agente dovrà avvenire nei medesimi termini. È previsto, inoltre, nel caso in cui l'atleta si trasferisca presso altro *club* prima del termine naturale del contratto di lavoro (o lo risolva senza giusta causa), che i compensi dell'agente non ancora maturati non saranno più dovuti. La norma ha lo scopo di disincentivare la prassi degli agenti tesa a promuovere il trasferimento dei propri assistiti per ricevere ulteriori commissioni (definito inadempimento efficiente)[58], ma rischia di avere l'effetto nocivo di incoraggiare i *clubs* a trasferire gli atleti che portano con sé "pesanti" commissioni di agenzia, con l'obiettivo di liberarsene retroattivamente. Inoltre, in caso di rappresentanza di un atleta, se il contratto negoziato ha una durata superiore al mandato, il compenso derivante all'agente è dovuto anche dopo il termine del mandato stesso, a condizione che il contratto sia ancora in vigore, ma soltanto nel caso in cui ciò sia espressamente previsto. Il comma 2 dell'art. 14, prevede che il pagamento del compenso dell'agente deve essere effettuato esclusivamente dal cliente e che quest'ultimo non potrà autorizzare una terza parte ad effettuarlo con tanto di previsioni antielusive. L'art. 15, comma 3, sancisce che nel caso in cui l'agente fornisca al proprio cliente dei servizi collaterali "*Other Services*", quali l'assistenza legale, la pianificazione finanziaria, le attività di *scouting*, la gestione dei diritti di immagine o la negoziazione dei contratti commerciali, nei 24 mesi antecedenti o successivi alla conclusione di una transazione, anche i compensi percepiti in questo lasso temporale dovranno rientrare nel calcolo del massimale (salvo prova contraria, fornita dall'agente o dal suo cliente, che tali servizi non siano riconducibili all'attività di assistenza professionale in senso stretto).

[59] Nel settembre del 2022, l'Autorità di vigilanza bancaria francese ha autorizzato la Camera di compensazione della FIFA a svolgere funzioni di istituto di pagamento e, più in generale, ad avere il ruolo di centralizzazione, elaborazione e automatizzazione dei pagamenti fra *clubs* (si pensi alle indennità di formazione o al versamento del contributo di solidarietà) e delle commissioni degli agenti.

[60] Nel citato rapporto del CIES si evidenzia che la mancanza di regole ha creato «*una situazione da far-west nei segmenti più bassi del mercato e un alto livello di concentrazione nei segmenti più remunerativi*». E così, lo sport diventa strumento per la criminalità economica, visto che «i pagamenti destinati agli agenti e agli intermediari sono spesso al centro di complessi schemi di evasione fiscale e di riciclaggio di denaro e che questi schemi coinvolgono non solo gli agenti ma anche i proprietari e i dirigenti dei *club* con cui collaborano». Si pensi alle numerose indagini di questi anni a partire dalla c.d. "*Fora de jogo*" (condotta dagli investigatori portoghesi con ben 76 perquisizioni in tutto il Paese, inclusi i due uffici della *Gestifute* a Porto e Lisbona e nelle sedi dei *clubs* più importanti, tra cui *Porto*, *Benfica*, *Sporting Lisbona* e *Braga*); oppure la coeva inchiesta spagnola (dove fu ipotizzato l'uso di *clubs* di seconda e terza divisione in Serbia, Belgio e Cipro come scalo dove "parcheggiare" gli atleti per poi rivenderli a terzi *club* a prezzi lievitati). Le indagini hanno preso spunto dalle rivelazioni di *Football Leaks*, pubblicate nel 2016 dall'*European Investigative Collaborations* che aveva scoperto che gli atleti non erano mai scesi in campo per conto delle società ponte e venivano rivenduti pochi giorni dopo il loro acquisto.

[61] L'unica eccezione al divieto di pagamenti in sostituzione dell'atleta è prevista nei casi in cui la remunerazione annua lorda concordata fra le parti sia inferiore a 200.000 dollari. In questo caso, come chiarito dall'art. 14, c. 3, il *club* acquirente potrà concordare con il lavoratore di accollarsi il pagamento della commissione dovuta all'agente. Da un punto di vista fiscale, questa forma di pagamento sostitutiva rappresenta un *fringe benefit* (in tema cfr. A. BENAZZI, *Ancóra sulla contestazione dei fringe benefits ai calciatori connessi ai compensi erogati dalle società di calcio ai procuratori sportivi: una storia infinita*, in *Rass. dir. ec sport.*, 2019, 1, p. 186).

ISSN 2036-7821

Il Regolamento, che finalmente tendeva una grossa mano alla sostenibilità ed alla moralizzazione del mercato dei procuratori, è stato ovviamente criticato dalle associazioni di categoria (*European Football Agents Association, The Football Forum*, etc.) che hanno lamentato le eccessive e discriminatorie restrizioni [62]. Sono state così proposte diverse azioni giudiziarie con risultati alterni [63]; tuttavia, dopo la remissione ad opera della nona Sezione civile del *Landgericht Mainz* (Tribunale del *Land di Magonza*) di una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione, con 12 diversi quesiti, il 30 dicembre 2023 la Fifa ha sospeso l'applicazione del Regolamento.

In verità, in questo caso, le posizioni dominanti non appaiono tanto quelle delle Istituzioni federali sportive (in quanto associazioni tra imprese) ma quelle degli agenti (imprese a loro volta) che spesso curano la posizione degli atleti ed ancora delle società, maturando commissioni per conto degli uni e degli altri (e talora anche di terzi) pagate sempre dai *club* e dando così vita a doppie o triple rappresentanze e mediazioni con conseguenti ed evidenti conflitti di interesse. Nei casi più eclatanti ciò ha prodotto una vera e propria «posizione dominante di fatto» di alcune figure in grado di determinare trasferimenti, provocare controversie e risoluzioni contrattuali,

[62] In realtà, questioni simili si sono già poste in passato in particolare nel caso *Piau*, aspirante agente francese, che presentò ricorso al Tribunale di primo grado dell'Unione Europea sostenendo che l'allora vigente Regolamento Fifa era in contrasto con gli articoli 81 e 82 (ora 101 e 102) del Trattato per le eccessive e discriminatorie restrizioni all'accesso alla professione di agente. Il Tribunale (26 gennaio 2005, T-193/02, in www.eur-lex.europa.eu.) rigettò il ricorso ritenendo che il Regolamento Fifa fosse compatibile con il diritto comunitario della concorrenza, in quanto la licenza, imponendo restrizioni qualitative e non quantitative, era una deroga legittima. Né riscontrò abuso di posizione dominante collettiva dei *clubs* sul mercato delle prestazioni di servizi rispetto agli agenti che dettano le condizioni. Tuttavia, i giudici rigettarono anche le argomentazioni della Fifa intese a negare la propria natura di associazione di imprese, ritenendola tale e, quindi, soggetta alle norme sulla concorrenza, aggiungendo che il Regolamento era stato adottato *motu proprio* e non in virtù dei poteri normativi delegati da autorità pubbliche (cfr. al riguardo M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente di calciatori*, cit., 120; V. SELINSKY – F. RIZZO, *Activité des agents de joueurs: la réglementation FIFA validée par la TPICE*, in *Rev. lamy conc. droit, écon. rég.*, 2006, VI, 119; E. PEDILARCO, *Regolamento FIFA e diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. dir. pub. com eu*., 2005, 871; E. GREPPI – M. VELLANO, *Diritto internazionale*, cit., p. 354). Le associazioni hanno peraltro affermato che i tetti avrebbero colpito maggiormente i piccoli agenti e non quelli più influenti, cui invece sarebbe rivolta l'opera di moralizzazione.

[63] Di cui una cautelare contro FIFA e KNVB (Federazione Olandese) diretta a sospendere la prima sessione di esami del nuovo corso, rigettata dapprima dal Tribunale di *Utrecht* il 10 maggio 2023 e poi dalla Corte centrale dei Paesi Bassi. Un'altra, presentata da due membri del DFVV (l'equivalente tedesca dell'*Asso-agenti*), è stata accolta il 24 maggio 2023 dal tribunale distrettuale di *Dortmund* che ha emesso un'ingiunzione contro il Regolamento, che di conseguenza non diveniva applicabile in Germania, trattandosi di un ordine restrittivo provvisorio. Lo stesso è accaduto per la Spagna sulla base della pronuncia del Tribunale commerciale n. 3 di Madrid del 6 novembre dello stesso anno. Il 24 luglio 2023, il Tribunale Arbitrale dello Sport (TAS) di Losanna si era espresso respingendo ogni pretesa della *Professional Football Agents Association* e chiarendo che la FIFA "gode di una legittimazione tecnica e "democratica" di regolamentare i servizi di agente sportivo, non solo sulla base della giurisprudenza UE, ma anche in considerazione dell'importanza dell'armonizzazione dei regolamenti di uno sport globale. Il TAS ha specificato che l'attività degli agenti sportivi non può essere considerata "periferica" rispetto al mondo dello sport e alla sua organizzazione, in quanto questi ultimi, rappresentando gli interessi di *club* e atleti, hanno un impatto centrale nel movimento internazionale (CAS Arbitral Award, 24 lug 2023, 2023/O/9370, Professional Football Agents Association c. FIFA).

ISSN 2036-7821

condizionando le scelte proprio degli atleti. Talora, addirittura, i centri decisionali si sono spostati al di fuori delle società sportive, in un mondo parallelo che decide le sorti di intere sessioni di mercato ove i grandi agenti sono una sorta di registi dell'intero sistema cui, volontariamente o involontariamente, sono assoggettati in modo asimmetrico rispetto a tutti gli altri attori del settore.

5. I modelli redistributivi nell'esperienza degli sport di squadra nordamericani. I Collective Bargaining Agreements.

Un modello sistemico di sostenibilità, consolidato nel tempo e strutturato su logiche redistributive, è quello delle leghe professionistiche nordamericane che, si badi bene, non appartengono al Movimento olimpico ed al sistema CIO [64]. Gli Stati Uniti (e anche il Canada) rappresentano, da decenni, un laboratorio avanzato di soluzioni regolatorie orientate a garantire, attraverso strumenti normativi e contrattuali, non solo l'equilibrio finanziario delle società sportive, ma anche l'equilibrio competitivo dei tornei, la coesione tra *club* e l'accessibilità al successo sportivo. Il fulcro di questo sistema è rappresentato dal «salary cap», un tetto massimo agli stipendi che ogni *franchigia* [65] può complessivamente erogare ai propri atleti.

Nel sistema sportivo professionistico nordamericano, il *salary cap* rappresenta un istituto centrale nella *governance* delle principali leghe, nato come risposta alla necessità di stabilizzare i bilanci, contenere l'inflazione salariale, preservare l'equilibrio competitivo e realizzare la sostenibilità redistributiva. Fin dalla sua introduzione negli anni Ottanta nella *National Basket Association* (NBA), e poi con maggiore rigore nella *National Football League* (NFL) e nella *National Hockey League*

[64] Il mondo di natura olimpica negli USA si inquadra nell'ambito delle ***high schools*** e delle Università, mentre gli sport professionistici di squadra ne sono "esterni" (*basket, baseball, football* americano, *soccer*, *hockey*). Si tratta di un fenomeno del tutto particolare, organizzato secondo logiche di mercato (gli stipendi degli atleti non superano in nessun caso il 55% del fatturato, incidendo talora anche per il 20% in meno rispetto ai professionisti europei). Le squadre vengono ammesse alle Leghe in base a severi parametri che privilegiano la solidità economica. Non ci sono retrocessioni e l'acquisto degli atleti risponde a precise regole tendenti a non sfavorire i *club* meno ricchi e, di conseguenza, a mantenere un sostanziale equilibrio sportivo. Lo svolgimento dei campionati si articola in sezioni geografiche (***conferences*** o ***divisions***) con finali nazionali disputate con il sistema dei *play-off*. In quella realtà, chi ha il compito di garantire il funzionamento concorrenziale della competizione, volto a impedire che si formino posizioni dominanti, è la Lega, intesa come organizzazione di tutte le società che praticano la stessa disciplina sportiva. Essa raggiunge il suo scopo quando ogni società affiliata consegue profitti tali da consentirle la permanenza nell'organizzazione e di conseguenza garantire la continuità. Il modo in cui la lega può assicurare il giusto grado di competitività è quello di limitare la concorrenza tra le diverse squadre, sia attraverso una ridistribuzione degli atleti (si pensi al metodo delle scelte che regola il passaggio dallo sport universitario allo sport professionistico), sia attraverso il controllo sul monte salariale e il sussidio incrociato a favore delle squadre meno forti. È anche compito della Lega, mediante i vari meccanismi di ridistribuzione delle risorse, mantenere competitivo il proprio prodotto complessivo sia rispetto a quello delle altre leghe concorrenti in seno allo stesso sport sia rispetto alle leghe delle altre discipline. In tema cfr. M. J. MITTEN, *Sport Law in the United States*, 2017, III ed., Wki int.

[65] Per franchigia s'intende una società professionistica operante all'interno di una determinata lega sportiva.

ISSN 2036-7821

(NHL), il tetto salariale ha assunto la funzione di regolatore complesso dei rapporti economici tra società e atleti, articolandosi in formule diverse a seconda delle specificità di ciascuna lega.

Il concetto di *salary cap*, per quanto variamente declinato, si basa sull'assunto che la competizione sportiva sia un prodotto collettivo, e che la sopravvivenza del sistema nel suo complesso dipenda dal mantenimento di un livello minimo di equilibrio. [66]

Tale consapevolezza ha portato a costruire strumenti di perequazione interna accompagnati da sistemi di redistribuzione economica (*revenue sharing*), di penalità per le spese eccessive (*luxury tax*) e di contrattazione collettiva. A differenza dei modelli europei, la cui regolazione salariale è spesso rimessa a normative nazionali e principi generali di diritto del lavoro, i *salary cap* sono integralmente regolati da «Collective Bargaining Agreements (CBA)», negoziati con le associazioni degli atleti. La loro efficacia giuridica è garantita dalla cosiddetta «non-statutory labor exemption» che esclude l'applicabilità del diritto *antitrust* alle restrizioni economiche contenute in un contratto collettivo di lavoro, purché derivanti da un reale processo negoziale [67].

I modelli si differenziano per rigidità e struttura. Ad esempio, la NFL adotta un *hard cap* assoluto, determinato come percentuale dei ricavi aggregati della lega e soggetto a una soglia minima obbligatoria (*salary floor*). Tale sistema è strettamente vincolato in quanto nessuna franchigia può sforare il tetto e ogni contratto deve essere approvato dalla lega centrale. Gli effetti sono duplici: da un lato, una limitazione della discrezionalità contrattuale, dall'altro, una stabilità e parità competitiva. [68]

La NBA, pur operando su una base simile, ha adottato un modello di *soft cap*, più flessibile ma strutturalmente controllato. Il tetto, calcolato annualmente in base al *Basketball Related Income* (BRI), può essere superato in presenza di eccezioni codificate: tra queste spiccano le cosiddette *Bird Rights*, che consentono di ricontrattualizzare un proprio atleta eccedendo il tetto, e le *Mid-Level Exception*, che permettono l'ingaggio di nuovi atleti indipendentemente dallo spazio disponibile. Questo sistema è però bilanciato da una *luxury tax* progressiva, che impone sanzioni

[66] Una franchigia "non può produrre intrattenimento in modo isolato: l'avversario è una condizione necessaria dello spettacolo" (così R. FORT, J. QUIRK, *Pay Dirt. The Business of Professional Team Sports*, Princeton Univ. Press, 1992, p. 29 ss.).

[67] A partire dal *leading case* «*Brown v. Pro Football Inc.*», 518 U.S. 231 (1996) in cui la Corte Suprema ha sancito che i vincoli derivanti da una contrattazione collettiva rientrano in una zona di legittimità sottratta al diritto della concorrenza, purché sussistano buona fede negoziale, riferimento a condizioni di lavoro e applicazione esclusiva ai membri delle parti contraenti. In tema F. TRAFFICANTE, *Profili critici e comparatistici dei sistemi salariali nello sport professionistico: due casi a confronto*, in *EJSS Journal*, 2014, p. 8 s.

[68] I dati relativi alla partecipazione ai *playoff* e alle rotazioni nelle finali confermano che la NFL è la Lega con il più alto tasso di alternanza e di imprevedibilità, frutto di una forte regolazione salariale combinata con un sistema di redistribuzione egualitaria dei ricavi da diritti televisivi (M. MONDELLO, J. MAXCY, *Revenue Redistribution and Competitive Balance in Professional Team Sports*, in *J. Sport Management*, 2009, 23, p. 24 ss.).

ISSN 2036-7821

pecuniarie crescenti per le eccedenze di soglia, e che colpisce più duramente le società recidive. I proventi derivanti dalla *luxury tax* vengono in parte redistribuiti alle franchigie che rispettano il tetto, creando un effetto di riequilibrio indiretto. [69]

Nel caso della *Major League Baseball* (MLB), invece, l'assenza di un tetto formale è stata per lungo tempo presentata come una manifestazione della libertà contrattuale. Tuttavia, l'aumento incontrollato dei *payroll* di alcune franchigie ha portato, a partire dal 2002, all'introduzione della «Competitive Balance Tax», una forma di *luxury tax* applicata oltre una soglia di spesa predefinita. Sebbene non sia vietato superare la soglia, le sanzioni pecuniarie diventano progressivamente più gravose e colpiscono in particolare le squadre che superano il tetto per più stagioni consecutive. La Lega ha inoltre sviluppato un sistema di *revenue sharing* (compartecipazione alle entrate) che redistribuisce parte dei ricavi dalle squadre dei grandi mercati a quelle di dimensioni ridotte. Tuttavia, l'assenza di un *salary floor* obbligatorio e l'inesistenza di obblighi di reinvestimento hanno dato luogo a comportamenti opportunistici, con franchigie che hanno ridotto drasticamente i propri salari per massimizzare i trasferimenti ricevuti, senza alcuna contropartita sportiva. [70]

Oltre alla dimensione regolatoria, i tetti svolgono un ruolo decisivo proprio in chiave redistributiva, rappresentando veri e propri strumenti di riequilibrio economico tra franchigie operanti in contesti disomogenei quanto a bacino di utenza, potere di mercato e accesso alle risorse multimediali. La logica mutualistica sottesa ai tetti è particolarmente evidente nei sistemi NFL e NHL, dove sono affiancati da meccanismi di redistribuzione diretta dei proventi collettivi. Nella NFL, ad esempio, i ricavi televisivi nazionali – la principale voce di entrata della Lega – vengono ripartiti in misura eguale tra tutte le squadre, indipendentemente dal seguito locale, secondo una filosofia che tende a garantire a ciascuna franchigia un punto di partenza economico paritario. Questa redistribuzione orizzontale è resa effettiva e coerente grazie alla presenza dell'*hard cap* e del *salary floor*: le società non possono conservare i fondi ottenuti, ma sono obbligate a reinvestirli nel monte salari degli atleti, assicurando in tal modo una competizione effettiva.

Nella *National hockey league* (NHL) il meccanismo è simile, ma arricchito da un sistema di *escrow*, ovvero di trattenuta preventiva su ciascuna busta paga, il cui ammontare è variabile e destinato ad aggiustare *ex post* eventuali disallineamenti tra spesa salariale e ricavi. Anche in questo caso, l'obiettivo non è solo contenere le spese, ma vincolare il sistema alla sostenibilità strutturale, evitando crisi sistemiche

[69] Nonostante ciò, la NBA ha comunque mostrato fenomeni di concentrazione del talento, resi possibili da fattori extracontrattuali, quali l'attrattiva mediatica dei mercati maggiori o la volontà degli atleti di far parte di compagini particolarmente competitive, sfruttando la flessibilità contrattuale e i margini lasciati dal sistema delle eccezioni.

[70] Si è parlato in proposito di "parassitismo autorizzato", frutto di una redistribuzione scollegata da vincoli competitivi (A. ZIMBALIST, *Circling the Bases*, Temple Univ. Press, 2010, p. 177 ss.).

ISSN 2036-7821

come quella che portò alla cancellazione dell'intera stagione 2004–2005. Il tetto in questa Lega è strettamente legato agli *Hockey Related Revenues* (HRR) ed è concepito come un vincolo di spesa proporzionato all'andamento reale dell'economia dell'organizzazione. [71]

Anche sul versante interno alle singole società, il tetto agisce come strumento redistributivo: l'imposizione di massimali individuali (NBA), di salari minimi contrattuali (tutte le leghe) e di tetti ai contratti *rookie* (NFL, NBA) mira a impedire la concentrazione delle risorse su un ristretto numero di atleti e a preservare la coesione interna dei *roster* [72]. Dal punto di vista giuridico, la legittimità dei *salary cap* si fonda integralmente sulla contrattazione collettiva. In assenza di una norma di legge che imponga limiti salariali nello sport, le leghe hanno negoziato con i sindacati i citati *Collective Bargaining Agreements*, contenenti tutte le clausole contrattuali, dai criteri di calcolo dei tetti alle eccezioni ai meccanismi sanzionatori alle soglie minime. [73]

Proprio questo inquadramento negoziale consente alle leghe di esercitare un forte controllo sulla dinamica salariale senza incorrere in accuse di collusione o abuso di posizione dominante. L'intera disciplina contrattuale, compresi i massimali e le clausole sulle eccezioni, trova il suo fondamento nell'accordo collettivo e non in decisioni unilaterali della lega. In questo senso, il tetto non è un'imposizione dall'alto, ma un'espressione di *governance* condivisa, accettata dai lavoratori sportivi in cambio di garanzie sul trattamento minimo, *benefit* accessori e redistribuzione dei ricavi.

Questa legittimazione giuridica, tuttavia, non mette al riparo i *salary cap* da critiche e criticità. Il vincolo salariale può infatti comprimere in misura rilevante la libertà negoziale individuale, specialmente nei sistemi più rigidi come quello della NFL, dove gran parte dei contratti non è garantita e i margini di manovra degli atleti sono limitati a pochi strumenti collettivi. Anche nella NBA, il tetto massimo individuale (*max salary*) impedisce ad atleti di grande valore di ottenere compensi proporzionati, generando situazioni di sottocompensazione sistemica. L'esistenza di eccezioni contrattuali complesse, come nella NBA, ha inoltre prodotto effetti distorsivi e

[71] Si è affermato che il modello NHL rappresenta una forma di "cooperazione coatta", dove i limiti salariali sono accettati in funzione della stabilità globale del sistema (M. HAUPERT, *The Economics of the NHL Lockout*, in *Journal of Sports Economics*, 2006, p. 31 ss.).

[72] È stata osservata una correlazione negativa tra disuguaglianza salariale e *performance* sportiva: squadre con maggiore equità interna tendono a ottenere risultati migliori, sia per ragioni motivazionali sia per effetti di stabilità tecnica (C. JEWELL, D. MOLINA, *Intra-team Pay Disparity and Team Performance*, in *Industrial Relations*, 2004, 43, p. 505 ss.). Questa considerazione supporta una visione sistemica del *salary cap*, non solo come limite al vertice, ma come cornice distributiva complessiva.

[73] Anche in Italia ci sono gli accordi collettivi, tuttavia la misura del compenso individuale per ciascun atleta è rimessa alla volontà delle parti, in applicazione del macro-principio dell'autonomia contrattuale, *ex* art. 1322 c.c., Le uniche limitazioni imposte dall'Accordo attengono ai c.d. minimi salariali in applicazione dell'art. 36 comma 1, Cost.

ISSN 2036-7821

pratiche opache di gestione dei tetti, con operazioni di *salary dump* e *sign-and-trade* che eludono in parte lo spirito della negoziazione. Sul versante della MLB, l'assenza di un *cap* e l'insufficiente vincolo al reinvestimento delle somme redistribuite hanno esposto il sistema a forme di parassitismo che compromettono la logica mutualistica.

Nel bilanciamento tra efficienza economica, libertà individuale e tutela dell'interesse collettivo, il *salary cap* si conferma comunque uno strumento indispensabile per la sopravvivenza del modello sportivo chiuso, fondato sulla cooperazione tra concorrenti e sull'idea che la competizione debba essere regolata per poter essere sostenibile [74]. La riflessione non può dirsi completa senza considerarne la dimensione evolutiva, tanto normativa quanto funzionale. Le leghe nordamericane si sono dimostrate capaci di adattare questi strumenti alle esigenze mutevoli dello sport, agendo su leve contrattuali, fiscali e redistributive per mantenere equilibrio e attrattività. Ciò che emerge con chiarezza è che nessun *salary cap* è statico: ogni sistema si è evoluto attraverso crisi, negoziazioni e riforme, in funzione di *shock* economici (come la pandemia, ad esempio), conflitti sindacali (come il *lockout* NBA e NHL) e trasformazioni tecnologiche (come l'incremento dei diritti media e le nuove opportunità) [75]. In particolare, la NBA ha progressivamente irrigidito il sistema delle eccezioni, introducendo soglie multiple come il *first apron* e il *second apron*, volte a impedire la creazione di compagini troppo superiori mediante cumulo di eccezioni [76].

In prospettiva, tuttavia, nel contesto di progressiva finanziarizzazione dello sport, dove i fondi di investimento, le piattaforme digitali ed i capitali speculativi stanno ridefinendo l'assetto proprietario delle franchigie, i *salary cap* dovranno sempre più funzionare non solo come vincoli finanziari, ma come strumenti di governo sistemico, capaci di regolare comportamenti strategici, evitare *dumping* salariale

[74] Si è evidenziato che il *salary cap* è l'unico strumento in grado di produrre simultaneamente stabilità finanziaria, equilibrio competitivo e coesione contrattuale in un mercato imperfetto come quello sportivo (H. DIETL, M. LANG, *Salary Caps and Competitive Balance in Sports Leagues*, in *Eur. J. Law Econ.*, 2012, 34, p. 13 ss.).

[75] Si pensi agli NFT (*Non Fungible Token*) che rappresentano l'ultima "*frontiera*" dell'impiego dell'immagine di sportivi famosi. Il mondo dello sport professionistico sta sfruttando le opportunità della tecnologia *blockchain* (cfr. F. DELFINI, *Blockchain, Smart Contracts e innovazione tecnologica: l'informatica e il diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, 167) rivoluzionando i modelli di interazione tra società sportiva e la base dei tifosi (R. MORO VISCONTI, *I marchi delle società sportive: profili di valutazione economica*, in *Dir. ind.*, 2022, 50, che sottolinea le strategie per coinvolgere i tifosi, c.d. *fan engagement* attraverso *fan tokens)*, attraverso il lancio di NFT rari o addirittura unici, che riproducono l'immagine di atleti talvolta anche del passato. L'obiettivo è quello di incentivare il "collezionismo" ed il *trading*, in quanto gli NFT rendono possibile la valorizzazione economica e la commercializzazione di *res* – come, ad esempio un celebre gesto atletico - illimitatamente riproducibili sul piano materiale ma che divengono, tuttavia, a tiratura limitata qualora abbinati ad un *token* (al riguardo G. FACCI, *Il diritto d'immagine dei Calciatori al tempo degli NFT,* nota a Cass., 16 giugno 2022, n. 19515 in *Resp. civ. prev.*, 2023, p.179 ss.)

[76] La NFL ha aggiornato le regole di calcolo del *cap* per includere nuove fonti di ricavo come i contratti di *streaming*; la NHL ha rivisto il sistema di *escrow* post-COVID per attenuarne l'impatto sui salari netti; la MLB ha dovuto affrontare l'evidente polarizzazione tra mercati introducendo ulteriori soglie di *luxury tax*, più punitive per i recidivi.

ISSN 2036-7821

interno ed esterno e preservare l'identità locale dei *club*. In tale ottica, si moltiplicano le proposte di *cap* "reattivi" o "dinamici", basati su algoritmi predittivi che tengano conto non solo dei ricavi complessivi, ma anche di indicatori di sostenibilità individuale, *performance* sportiva, impatto sociale e investimento in settori strategici come il settore giovanile o la diversità [77].

A ciò si aggiunge anche una questione culturale: se negli Stati Uniti l'idea di "*regulated competition*" è da tempo accettata come componente essenziale dello sport professionistico, in ordinamenti diversi – come quelli europei – l'introduzione di strumenti analoghi si scontra con una diversa concezione della contrattazione, nonché con vincoli di diritto primario (libertà economiche, concorrenza, autonomia privata)[78]. Tuttavia, le tensioni esplose negli ultimi anni mostrano quanto anche in Europa la sostenibilità sportiva esiga meccanismi regolatori più incisivi e rigidi, ed i modelli americani potrebbero rivelarsi utili, in quanto la loro efficacia va misurata anche in relazione alla capacità di generare una competizione equilibrata, una *governance* cooperativa e una base compatibile con la crescente complessità del sistema sportivo globale [79].

Alcuni principi in particolare possono trovare forme di implementazione nel contesto europeo, non come imitazione acritica, ma come ispirazione per costruire un ecosistema sportivo competitivo, stabile, inclusivo, integrato [80] e sostenibile nel lungo periodo[81].

---

[77] Nel dibattito dottrinale più recente, vi è chi auspica un'evoluzione dei tetti verso modelli incentivanti, in grado di premiare non solo il rispetto del tetto, ma anche la capacità delle squadre di generare valore condiviso: investimenti in comunità locali, programmi di sviluppo del talento, partecipazione a progetti educativi. Si è evidenziato che "se il *salary cap* resterà solo un limite numerico, perderà progressivamente la sua legittimità sociale. Per mantenere la sua funzione, dovrà diventare una matrice di valori" (A. ZIMBALIST *Circling*, cit., p. 185 ss.).

[78] Le difficoltà principali nell'applicazione del modello nordamericano al contesto europeo risiedono nelle differenze strutturali tra i due sistemi: le leghe USA sono chiuse, prive di retrocessioni, e fondate su una rigida centralizzazione commerciale, mentre in Europa lo sport si regge su un sistema aperto, con promozioni, retrocessioni e una forte frammentazione tra federazioni nazionali. Inoltre, la proprietà diffusa dei *club* e il legame con il territorio rappresentano elementi identitari che rendono problematica l'introduzione di un regime salariale uniforme.

[79] Il sistema nordamericano dimostra come la regolazione del mercato del lavoro sportivo, se condivisa e integrata nella *governance* di sistema, e il bilanciamento tra autonomia e solidarietà possano essere caposaldi della sostenibilità. La combinazione di limiti alla spesa, redistribuzione centralizzata e regolazione contrattuale collettiva genera infatti una convergenza tra sostenibilità economica e sostenibilità sociale. Si è affermato che "una lega sportiva è un oligopolio che deve cooperare per sopravvivere" per cui il *salary cap* ne rappresenta parte integrante (K. DIETL, M. LANG *Salary Caps*, cit., p. 34 ss.).

[80] In tema D. FILOSA, A. FERRARI, *Spunti di analisi comparativa tra il sistema sportivo nordamericano e quello europeo*, in *Riv dir. ec. sport.*, 2017, 2, p. 83 s.

[81] Un elemento essenziale per una simile riforma sarebbe il coinvolgimento delle parti sociali: *club*, atleti e leghe dovrebbero sottoscrivere, sul modello nordamericano, un accordo collettivo multilivello, riconosciuto in sede UEFA, che stabilisca regole comuni in tema di sostenibilità economica, trasparenza finanziaria e riequilibrio competitivo. La proposta di un "UEFA Collective Agreement", sulla falsariga del CBA statunitense, rappresenterebbe un importante passo verso una *governance* europea condivisa.

ISSN 2036-7821

Sono stati adottati strumenti simili anche in altri contesti, come in Nuova Zelanda per il *rugby* [82] o in Spagna ove nella *Liga* vige un articolato sistema di controllo preventivo della spesa (*Squad cost limit*), introdotto nel 2013 e progressivamente affinato che si distingue per l'impostazione anticipatoria e vincolante, fondata su un'analisi prospettica dei ricavi e sull'autorizzazione preventiva delle operazioni di mercato da parte dell'organo di vigilanza.[83]

Anche l'Eurolega di *Basket* ha recentemente annunciato l'introduzione di un proprio «*Salary Cap*» a partire dalla stagione 2027/28, ispirato al modello NBA. Il sistema prevede un tetto massimo basato sui ricavi biennali delle società e introduce forme di «luxury tax» per le squadre che eccedono i limiti fissati. È previsto un doppio livello («base salary level» e «high salary level»), con esenzioni parziali per determinati atleti (tra cui gli «anchor players» e gli *under* 23).

Il principio di solidarietà verticale tra professionismo e base deve tradursi in obblighi concreti di investimento nel settore giovanile e in meccanismi di redistribuzione. In questa direzione si è mossa, ad esempio, la Serie C italiana di calcio che ha adottato un modello definito «*relative salary cap*», parametrato al valore della produzione, che si distingue dalla rigidità di modelli «assoluti» ed è orientato alla conservazione dell'equilibrio competitivo e della stabilità finanziaria, senza comprimere la libertà negoziale dei *club*. L'introduzione sarà graduale, con una prima applicazione sperimentale nella stagione 2025/26 e definitiva dalla stagione 2026/27 [84].

Un esempio concreto di meccanismo redistributivo è infine il «FIFA Forward Programme» che fu lanciato nel 2016 e che attualmente, nella sua terza edizione (2023-2026), ha stanziato 2,25 miliardi di dollari per lo sviluppo dello sport nelle 211 federazioni affiliate. Questo programma prevede finanziamenti per infrastrutture, competizioni, sviluppo tecnico e *capacity building*, con particolare attenzione alle realtà con minori risorse, a condizione di rispettare requisiti di *governance*, trasparenza e *accountability* [85].

---

[82] G. BASNIER, *Sports and Competition Law: The Case of the Salary Cap in New Zealand Rugby Union*, *International Sports Law Journal*, 2014, p. 155 ss.)

[83] Tale approccio ha consentito una riduzione drastica del debito delle società spagnole, che è passato da oltre 650 milioni di euro nel 2013 a circa 23 milioni nel 2021. Il caso spagnolo dimostra come una regolamentazione fondata su limiti *ex ante* alla spesa, ancorati a parametri certi e verificabili, sia più efficace di meccanismi sanzionatori *ex post*, spesso disattesi o elusi. La nuova Legge 39/2022 sullo sport mantiene il regime precedente per quanto riguarda la natura e il ruolo delle Leghe, pur introducendo maggiore specificità e dettaglio nella loro regolamentazione. Le Leghe continuano a essere associazioni di secondo grado, con personalità giuridica propria e autonomia, incaricate di organizzare le competizioni sportive professionistiche. La legge sottolinea la necessità di una maggiore coordinazione tra le Leghe e le Federazioni per garantire la sua sostenibilità e il suo sviluppo, con un'attenzione particolare alla trasparenza, alla responsabilità, alla redistribuzione e alla tutela degli interessi di tutti gli attori coinvolti (in tema cfr. J. RODRÍGUEZ TEN, *Las Ligas profesionales en la nueva Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del deporte, de España*, in *Amministrativ@mente*, 2023, 4, p. 1577 ss.).

[84] Lega Pro, Comunicato n. 365/L, 10 giugno 2025.

[85] FIFA, *Forward 3.0 Development Programme Regulations*, 2023.

ISSN 2036-7821

6. La dimensione multifattoriale dei valori ESG nello sport. Il fattore Social e la nuova disciplina del lavoro sportivo. Inclusione, parità di genere e safeguarding.

Passando alla dimensione sociale della sostenibilità va detto innanzitutto che il principio di inclusione, cardine dell'ordinamento sportivo internazionale [86], deve ora tradursi in politiche attive, programmi formativi, misure concrete di sostegno, progetti educativi[87], iniziative contro le discriminazioni, programmi di integrazione per atleti vulnerabili o disabili, promozione della parità di genere, attività ambientali e culturali sul territorio da valorizzare anche ai fini regolatori, attraverso l'introduzione di criteri ESG (*Environmental*, *Social and Governance*) nei sistemi di licenza e nei *ranking* federali.

La promozione dello sport giovanile e dilettantistico non è un corollario, ma è, come si è anticipato, un pilastro fondamentale della sostenibilità. Gli investimenti strutturali in scuole di addestramento, palestre, centri sportivi e programmi educativi sono strumenti essenziali non solo per la selezione dei talenti, ma anche per la costruzione del capitale umano, sociale e reputazionale. La responsabilità che grava sui *club* professionistici non è soltanto economica, ma sistemica: da essa dipende l'intero equilibrio del comparto, la sua legittimazione pubblica e il consenso collettivo.

La recente riforma italiana dello sport è stata realizzata sulla base di una legge delega [88] che prevede criteri direttivi ispirati all'osservanza dei principi di parità di

[86] Carta Olimpica, Regola 2, secondo cui "il fine dell'Olimpismo consiste nel mettere lo sport al servizio dello sviluppo armonioso del genere umano con l'obiettivo di promuovere una società pacifica e la tutela della dignità umana". La citata Agenda 2030 colloca l'inclusione tra gli strumenti che contribuiscono alla "realizzazione dello sviluppo e della pace", attraverso la promozione di valori positivi quali la tolleranza e il rispetto, idonei a sostenere l'emancipazione "delle donne e dei giovani, degli individui e delle comunità".

[87] Il progetto «studenti atleti di alto livello» (art. 1, comma 264, L. n. 207/2024) si inserisce nell'alveo del nuovo sistema di istruzione e formazione e si pone tra gli obiettivi formativi delle istituzioni scolastiche, individuati come prioritari dalla L. n. 107/2015 che all'art. 1, comma 7, lett. g), prevede "il potenziamento delle discipline motorie e lo sviluppo di comportamenti ispirati a uno stile di vita sano, con particolare riferimento alla alimentazione, alla educazione fisica e allo sport, alla tutela del diritto di studio degli studenti praticanti attività sportiva agonistica". Il progetto contempla una sperimentazione didattica di tipo innovativo, supportata anche dalle tecnologie digitali, sulla base dei requisiti stabiliti in accordo con il CONI, il Comitato Italiano Paralimpico (CIP) e la società Sport e Salute S.p.a., della durata di cinque anni, dall'anno scolastico 2023-2024 all'anno scolastico 2027-2028. Spetta all' istituto scolastico l'adeguamento del percorso formativo e di quello dell'apprendimento, nonché delle prove di verifica dello studente atleta al calendario agonistico federale delle gare e al calendario degli allenamenti (art. 1, comma 257, L. n. 207/2024). Inoltre, per l'atleta di interesse nazionale è prevista la corresponsione di una borsa di studio erogata dalla società Sport e Salute S.p.a., secondo criteri e modalità stabiliti da una apposita convenzione tra la società medesima e il Dipartimento dello Sport della Presidenza del Consiglio dei ministri.

[88] Sulla base della legge delega 8 agosto 2019, n. 86, che evidenzia "il valore culturale, educativo e sociale dell'attività sportiva, quale strumento di miglioramento della qualità della vita e di tutela della salute, nonché quale mezzo di coesione territoriale" (art. 3), la complessiva riforma è stata realizzata con 5 decreti attuativi: il D.lg. n. 36 relativo al «Riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e

ISSN 2036-7821

trattamento e non discriminazione nel lavoro instabilità e sostenibilità dello sport, nonché individuazione della figura del c.d. lavoratore sportivo, indipendentemente dalla natura dilettantistica o professionistica. La promozione dell'attività motoria e dell'esercizio fisico strutturato costituiscono per il legislatore "strumenti idonei a facilitare l'acquisizione di stili di vita corretti e funzionali all'inclusione sociale, alla promozione della salute, nonché al miglioramento della qualità della vita e del benessere psico-fisico sia nelle persone sane sia nelle persone affette da patologie". Sicché la pratica sportiva in un "ambiente sicuro e sano" deve essere un diritto riconosciuto per chiunque e, in particolare, per i "minori, anche attraverso il potenziamento delle strutture e delle attività scolastiche", ai "cittadini con disabilità, garantendone l'accesso alle infrastrutture sportive, quale misura volta ad assicurarne il pieno inserimento nella società civile". La questione della sicurezza sul lavoro e della tutela sanitaria assume contorni ancora più rilevanti, considerata la natura fisicamente impegnativa dell'attività sportiva [89]. Lo stesso discorso vale per la promozione delle "pari opportunità delle donne nelle prestazioni di lavoro sportivo", sia nel settore professionistico che in quello dilettantistico (art. 3 d.lgs. 36/2021) [90].

---

dilettantistici, nonché di lavoro sportivo»; il n. 37 relativo a «Misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso ed esercizio della professione di agente sportivo» (che regola i rapporti di rappresentanza degli atleti, e tra l'altro istituisce le società di agenti sportivi, introducendo così un nuovo modello di società di capitale); il n. 38 relativo a «Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi»; il n. 39 relativo a «Semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi e istituzione del Registro Nazionale delle attività sportive dilettantistiche» ed infine il n. 40 relativo a «Misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali» (al riguardo cfr. tra gli altri: P. D'ONOFRIO, *L'azione di governo per la riforma dello sport: la* legge delega n. 86/2019 *ed i successivi decreti legislativi attuativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 6, p. 2131; M. COLISTRO, *La riforma dello sport: analisi dei cinque decreti attuativi*, in *Ratio Iuris*, 22 giugno 2021, p. 3 ss.; M.F. SERRA, *I cambiamenti del settore sportivo nei primi mesi del 2021*, in *Nomos*, 2021, p. 18 ss.; S. RAPACCIUOLO, *La riforma italiana dello sport tra critiche, paventate illegittimità, paure e best practices*, in *Riv. dir. ec. sport.*, 2019, p. 9 ss.; L. SANTORO, *La legge delega 86/2019 e le norme di attuazione: uno sguardo di insieme*, in L. SANTORO, *Commento alla Riforma dello Sport (L. delega 86/2019 e decreti attuativi 28/2/2021 nn. 36, 37, 38, 39 e 40)*, 2021, p. 17 ss.; G. SANDULLI, *Il quadro dei decreti legislativi e dei correttivi*. in *La riforma dello sport*, cit., I, p. 35 ss.). Purtroppo, il legislatore è stato *tumultuoso* (per usare un eufemismo) e con una serie di interventi, che appaiono poco coordinati (e tantomeno motivati) ha più volte modificato la data di vigenza delle norme, che tuttavia sono ora in vigore.

[89] La Corte di Cassazione ha più volte ribadito che il datore di lavoro è tenuto a predisporre tutte le misure necessarie a proteggere l'integrità psico-fisica del lavoratore (Cass., 20 giugno 2017, n. 15223.). La compatibilità delle norme del D.lg. n. 81/2008 con la specificità della prestazione sportiva non può giustificare un abbassamento degli *standard* di sicurezza, soprattutto nei confronti di atleti minorenni in contesti dilettantistici meno strutturati.

[90] Il d.lgs. 36/2021 e i successivi correttivi hanno introdotto importanti novità in materia di lavoro sportivo, ma restano ancora parziali le misure volte a garantire la sostenibilità delle società professionistiche che coinvolge la regolazione dei rapporti di lavoro degli atleti, la tutela dei giovani e la coerenza del modello sportivo con i principi generali del diritto del lavoro. In tema M. BIASI, *Qualificazione e tutele nel lavoro sportivo: dalla L. n. 91/1981 al D.lg. n. 36/2021...e ritorno?* in *Lav. dir. eur.*, 2024, 1 s.; E. GRAGNOLI, *Le ultime novità sul contratto di lavoro degli sportivi*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2023, 1, p. 85 ss.; C. ZOLI, *La riforma dei rapporti di lavoro sportivo tra continuità e*

La riforma dopo aver disciplinato il rapporto di «apprendistato»[91], all'art. 13, comma 3, del impone alle società sportive professionistiche l'obbligo di destinare almeno il 10% degli utili netti a scuole giovanili di addestramento e formazione tecnico-sportiva. La norma istituisce una riserva statutaria vincolata, da iscrivere a patrimonio netto e da incrementare annualmente mediante delibera assembleare, senza fissazione di soglie massime, a differenza della riserva legale di cui all'art. 2430 c.c. Tale riserva è finalizzata esclusivamente al sostegno della formazione sportiva giovanile e non può essere utilizzata per altre finalità, salvo il verificarsi di perdite di esercizio.

Questa disciplina riflette un principio di solidarietà strutturale: la sostenibilità del professionismo non può prescindere dal suo contributo alla crescita delle nuove generazioni, alla promozione dei valori dello sport, alla tutela del capitale umano che alimenta l'intero ecosistema sportivo. Non è solo una questione etica, ma anche industriale visto che senza vivaio non c'è ricambio e senza base non c'è vertice [92].

---

discontinuità, in *Riv. Giur. Lav.*, 2022, I, p. 41; R. NUNIN, *Introduzione. La riforma del lavoro sportivo: un intervento atteso, complesso, discusso,* in *Var. Temi Dir. Lav.*, 2024, 2, p. 286.

[91] Particolarmente delicato è il tema dell'apprendistato sportivo, regolato dall'art. 30, comma 3, del d.lgs. 36/2021 secondo cui si tratta di un contratto a tempo determinato, con contenuti formativi definiti dalla contrattazione collettiva. La peculiarità del modello emerge nella sua "causa mista": il rapporto di lavoro è funzionale sia alla prestazione sportiva sia alla formazione tecnica, educativa e regolamentare dell'atleta. La formazione deve necessariamente includere, tra gli altri, contenuti relativi all'organizzazione e sicurezza del lavoro, alla normativa *antidoping*, all'alimentazione e alla disciplina del rapporto di lavoro. È inoltre previsto che la contrattazione collettiva possa fissare livelli retributivi inferiori, proprio in considerazione della componente formativa. La nuova disciplina prevede che la società o associazione sportiva, che stipuli con il giovane atleta un contratto di lavoro sportivo successivamente alla scadenza del contratto di apprendistato e senza soluzione di continuità rispetto a quest'ultimo, è tenuta a corrispondere il premio di formazione tecnica in favore della diversa società o associazione presso la quale l'atleta abbia precedentemente svolto attività dilettantistica, amatoriale o giovanile (art. 31). La nuova norma, rispetto alla precedente, attribuisce il premio di formazione tecnica in maniera proporzionale, a tutte le società sportive dilettantistiche o professionistiche in cui l'atleta ha svolto attività giovanile e il proprio percorso di formazione. A differenza della previgente disciplina, non si riconosce un diritto di prelazione per la stipula del primo contratto professionistico da parte della società o della associazione che ha addestrato e formato il giovane atleta, assicurando maggiore libertà di scelta al giovane lavoratore. Non si applicano inoltre le regole limitative del rapporto tra apprendisti e "maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il medesimo datore di lavoro" (art. 42, comma 7), sicché non vi è limite alla numerosità degli apprendisti. Il legislatore infine si preoccupa anche di garantire percorsi universitari, affidando la definizione degli *standard* professionali e formativi relativi ai percorsi di istruzione e formazione finalizzati all'acquisizione dei titoli e delle qualifiche a uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri o dell'Autorità politica da esso delegata in materia di sport (art. 30). Con lo stesso strumento potranno, altresì, essere individuate ulteriori misure di promozione della formazione, anche professionale, dei giovani atleti: sia in ordine alle «Linee guida europee» sulla doppia carriera degli atleti del 28 settembre 2012 e dei successivi documenti della Commissione europea, sia per lo sviluppo di misure mutualistiche a sostegno dei settori giovanili, sia per il reinserimento professionale al termine della carriera sportiva, certamente agevolato per chi riesca a portare a termine il percorso di doppia carriera (A. ZILLI, *Il nuovo lavoro sportivo per l'inclusione delle diversità*, in *Il lav. nella giur.*, 2022, p. 237 ss.).

[92] Invero, già la legge n. 586 del 1996 aveva l'obiettivo di assicurare un compenso per l'addestramento e la formazione tecnica, curata da società ed associazioni sportive dilettantistiche, di atleti che stipulassero successivamente il primo contratto professionistico con altre società, vincolando l'associazione beneficiaria a reinvestire il premio per il raggiungimento di finalità sportive.

ISSN 2036-7821

A livello internazionale, la FIFA ha sostenuto progetti di redistribuzione centralizzata attraverso meccanismi come il «solidarity mechanism» (art. 21 RSTP), che prevede che una quota dei proventi derivanti dai trasferimenti internazionali venga destinata ai *club* che hanno formato l'atleta. Questo strumento, pur se non privo di limiti applicativi, rappresenta un modello di riconoscimento del ruolo formativo delle società originaria in cui si è formato il giovane atleta.

Quanto all'inclusione, alla non discriminazione e alle pari opportunità, la sostenibilità si coniuga con i principi di *eguaglianza sostanziale* (art. 3, comma 2, Cost.) e di *pari dignità* nello sport. Il Parlamento Europeo, nella Risoluzione del 2 febbraio 2012, già richiamava la funzione dello sport come strumento di *empowerment* femminile, coesione interculturale e inclusione delle persone con disabilità (punto 19), ma è rimasta priva di precetti cogenti. In tal senso, le società professionistiche sono chiamate a rimuovere ogni ostacolo alla piena partecipazione delle donne, a garantire equità salariale e contrattuale, ad assicurare accessibilità universale agli impianti e a promuovere la rappresentanza femminile nei ruoli dirigenziali, tecnici e arbitrali. Si impone altresì un contrasto effettivo alla discriminazione basata su razza, orientamento sessuale, religione o condizione personale, anche attraverso *policy* interne vincolanti e programmi formativi. Per quanto concerne in particolare l'inclusione di giovani e donne, l'analisi evidenzia un quadro in evoluzione, caratterizzato da buone intenzioni ma anche da persistenti criticità. Il riconoscimento del professionismo femminile in alcune discipline sportive rappresenta un passo importante[93], ma c'è ancora tanto lavoro da fare per garantire una reale parità di genere nel settore e non solo. Le disparità salariali, la s*ottorappresentazione* negli organi decisionali[94] e la limitata visibilità mediatica delle competizioni rimangono sfide significative, che tuttavia cominciano ad avere riscontri anche nella legislazione cogente.

[93] L'art. 39, D.lgs. n. 36/2021 istituisce il Fondo per il passaggio al professionismo e l'estensione delle tutele sul lavoro negli sport femminili, accessibile per le Federazioni Sportive Nazionali. I finanziamenti possono essere chiesti non solo per il sostegno al reddito e alla tutela medico-sanitaria delle atlete, la promozione dello sport femminile, l'allargamento delle tutele assicurative e assistenziali e in generale per la sostenibilità economica della «transizione al professionismo sportivo», ma anche per svolgere attività di sanificazione delle strutture sportive e di ristrutturazione degli impianti sportivi nell'ambito dell'emergenza sanitaria da Covid-19, nonché per operare la "riorganizzazione e miglioramento delle infrastrutture sportive" e sostenere la "qualifica e formazione dei tecnici" (al riguardo cfr. A. ZILLI, *Il nuovo lavoro,* cit., p. 233 ss.).

[94] L'art. 40, del d.lgs. 36 sancisce che le Regioni, le Province autonome e il CONI, negli ambiti di rispettiva competenza, devono attivarsi per sostenere e favorire «l'inserimento delle donne nei ruoli di gestione e di responsabilità delle organizzazioni sportive e anche al proprio interno» (comma 1) attraverso l'adozione di un regolamento che individui «i principi informatori degli statuti delle Federazioni Sportive Nazionali, delle Discipline Sportive Associate e delle Associazioni Benemerite ... mediante l'indicazione: a) delle varie aree e ruoli in cui promuovere l'incremento della partecipazione femminile; b) delle misure volte a favorire la rappresentanza delle donne nello sport» (comma 2).

ISSN 2036-7821

La riforma dello sport si occupa anche della condizione degli atleti *paralimpici*, aprendo loro, in particolare, il percorso interno alle Forze armate e ai corpi dello Stato, ove possono essere inquadrati, dal punto di vista giuridico e amministrativo, come membri appartenenti alla Forza armata o al corpo dello Stato presso il quale si allenano. In tal modo, si consente agli atleti con disabilità di ricevere grado e stipendio pari a quelli di chi è in servizio, offrendo al termine della carriera agonistica, un futuro lavorativo, eventualmente nell'amministrazione civile dello stato. D'altra parte, la maggior parte delle medaglie conquistate dall'Italia alle Olimpiadi e in competizioni internazionali è merito di atleti che provengono dai gruppi sportivi statali; e l'apertura del modello agli atleti paralimpici realizza, oltre a principi di giustizia ed equità, anche l'interesse al miglior successo, per il Paese, nelle competizioni internazionali[95].

Analogamente, la tutela dei giovani atleti esige un bilanciamento attento tra la promozione dell'eccellenza sportiva e la necessità di garantire una formazione adeguata e soprattutto di prevenire lo sfruttamento. Quest'ultimo fenomeno risulta essere il problema più grave, in quanto spesso riguarda i giovanissimi che non vengono selezionati per le gare e sono abbandonati in un paese straniero e che così scivolano spesso in una posizione irregolare che ne favorisce l'ulteriore sfruttamento. Sebbene nella maggior parte dei casi questo fenomeno non rientri nella definizione legale della tratta di esseri umani, si tratta comunque di un fenomeno inaccettabile alla luce dei valori fondamentali riconosciuti dall'UE e dai suoi Stati membri, oltre a essere contrario ai valori etici dello sport [96]. Ai minori che praticano attività sportiva, inoltre, si applica quanto previsto dal D.lgs. 4 marzo 2014, n. 39, recante attuazione

[95] Gli articoli 43, 44 e 45 D.lgs. n. 36/2021 istituiscono le sezioni paralimpiche nell'ambito dei gruppi sportivi delle Fiamme Azzurre - Polizia penitenziaria, Fiamme Oro - Polizia di Stato, Fiamme Rosse - Corpo nazionale dei vigili del fuoco, in quanto funzionali alla istituzione di una corsia preferenziale di reimpiego degli atleti nei ruoli di tali amministrazioni. L'art. 47 istituisce anche nell'ambito della Difesa il "Gruppo Sportivo Paralimpico della Difesa - GSPD", che, oltre a favorire un generale processo di recupero e di integrazione del personale, militare e civile, disabile della Difesa in servizio o in congedo, promuove lo sport paralimpico di eccellenza, mediante l'iscrizione di atleti di interesse nazionale e la partecipazione nelle diverse discipline, a

competizioni in ambito nazionale e internazionale. Lo stesso vale per il tesseramento degli atleti con disabilità fisiche e sensoriali accolti nella "Sezione Paralimpica Fiamme Gialle" (art. 48).

[96] Il Libro bianco evidenziava che bisognasse applicare con rigore le misure protettive per i minori non accompagnati inserite nelle leggi sull'immigrazione degli Stati membri, e combattere gli abusi e le molestie sessuali sui minori nel mondo dello sport. L'art. 16, D.lgs. n. 36/2021 si concentra sul tesseramento dei minorenni, che deve essere richiesto dai genitori "tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del minore", del quale si acquisisce il consenso a partire dai 12 anni di età (comma 2). Si introduce, altresì, una sorta di *ius soli* sportivo e scolastico, permettendo ai "minori di anni diciotto che non sono cittadini italiani, anche non in regola con le norme relative all'ingresso e al soggiorno, laddove siano iscritti da almeno un anno a una qualsiasi classe dell'ordinamento scolastico italiano" di "essere tesserati presso società o associazioni affiliate alle Federazioni Sportive Nazionali, alle Discipline Sportive Associate o agli Enti di Promozione Sportiva, anche paralimpici, con le stesse procedure previste per il tesseramento dei cittadini italiani". Il tesseramento così condotto rimane valido "fino al completamento delle procedure per l'acquisizione della cittadinanza italiana" (comma 3-4).

ISSN 2036-7821

della Direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (art. 33, comma 7).

Va detto che il concetto di «safeguarding» nello sport, ossia l'insieme di politiche, procedure e pratiche volte a proteggere gli atleti, in particolare i minori e le persone vulnerabili, da qualsiasi forma di abuso, violenza o discriminazione, ha avuto un'evoluzione applicativa negli ultimi anni, passando da un approccio reattivo, focalizzato principalmente sulla risposta successiva agli abusi, a un approccio proattivo, basato sulla prevenzione e sulla creazione di ambienti sportivi sicuri. A livello internazionale v'è stata grande attenzione nei confronti del fenomeno da parte delle organizzazioni governative e delle Federazioni internazionali [97]. L'Unione Europea, in particolare, ha riconosciuto l'importanza del *safeguarding* nello sport attraverso diverse iniziative e documenti politici [98].

Il legislatore italiano, dal canto suo, con il D. lgs. 36 ha introdotto l'obbligo per tutte le Associazioni Sportive Dilettantistiche (ASD) e le Società Sportive Dilettantistiche (SSD) di nominare un «Safeguarding Officer» entro il 31 dicembre 2024, con il compito di prevenire e contrastare ogni forma di abuso, violenza di genere, molestie e di altre forme di discriminazione o comportamento inappropriato che possa verificarsi all'interno delle strutture sportive e di vigilare sul rispetto delle normative e dei protocolli di sicurezza adottati dall'organizzazione sportiva, puntando di fatto a creare una figura professionale *ad hoc. L'Officer*, infatti, è anche incaricato di vigilare sull'applicazione del Codice di condotta dell'organizzazione, assicurandosi che tutti i tesserati rispettino le normative di sicurezza e di comportamento etico [99]. Sul piano

[97] L'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (UNCRC) già fornì nel 1989 un quadro giuridico per la protezione dei diritti dei bambini. Negli anni successivi, diverse organizzazioni internazionali hanno iniziato a sviluppare linee guida e strumenti specifici per il *safeguarding*. Nel 2007, l'UNICEF ha pubblicato il rapporto «Protecting Children from Violence in Sport», che ha evidenziato la necessità di un approccio sistematico. Nel 2010, il Comitato olimpico internazionale ha adottato la «Dichiarazione di Consenso sulle Molestie e gli Abusi Sessuali nello Sport», riconoscendo formalmente il problema e impegnandosi a sviluppare politiche e procedure per affrontarlo. Nel 2014, l'UNICEF ha coordinato un gruppo di lavoro internazionale che ha sviluppato le «International Safeguards for Children in Sport». Nel 2016, il CIO ha pubblicato le «IOC Guidelines for IFs and NOCs related to creating and implementing a policy to safeguard athletes from harassment and abuse in sport», fornendo indicazioni dettagliate alle Federazioni Internazionali e ai Comitati olimpici nazionali su come sviluppare e implementare le relative politiche. A partire dai Giochi Olimpici di Rio 2016, è stata introdotta la figura del «Safeguarding Officer», disponibile per tutti gli atleti in competizione. Nel 2017, il CIO ha lanciato l'«IOC Athlete Safeguarding Toolkit», uno strumento pratico per l'implementazione delle procedure e poi nel 2020 l'«International Safeguarding Officer in Sport Certificate», per il conseguimento di un certificato che rappresenta il primo *standard* minimo di formazione per i responsabili del *safeguarding* a livello internazionale. Cfr. in tema G. SCARCHILLO, *Sport e Safeguarding: il punto di vista del comparatista*, in *Riv. dir. sport.*, 2024, 2, p. 275.

[98] In particolare, nel 2019, il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato le «Conclusioni del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sulla tutela dei bambini nello sport»

[99] Il ***Safeguarding Officer*** deve promuovere una cultura sportiva che sia inclusiva, rispettosa ed attenta alla protezione dei soggetti vulnerabili. Ciò implica l'attuazione di programmi di sensibilizzazione e formazione, che

ISSN 2036-7821

più generale, il D.lgs. n. 39/2021 ha introdotto un complesso di misure preventive e di controllo funzionale alla formazione del personale sportivo, e all'istituzione di meccanismi di controllo e di intervento immediato in caso di violazioni. In particolare, il decreto prescrive che le società sportive adottino codici etici e politiche interne di protezione, implementando programmi di formazione specifici per allenatori, dirigenti e lavoratori sportivi[100]. Ancora, stabilisce l'obbligo per le società di istituire canali di segnalazione e supporto, per permettere alle vittime di abusi, discriminazioni o violenze di poter denunciare i fatti senza timore di ritorsioni. L'introduzione di queste strutture è destinata a favorire un clima di maggiore fiducia e trasparenza all'interno delle organizzazioni, incoraggiando la responsabilità condivisa nella protezione dei diritti degli atleti.

7. Autonomia privata e doppia declinazione della *governance* tra assetto delle federazioni e *stakeholderism.*

Il tema della *governance* nello sport si pone anche per le Istituzioni sportive a causa della natura mista delle stesse che sono associazioni di operatori ed imprese (affatto privatistiche) ed, al tempo stesso, autorità di controllo e regolazione del settore e che convivono con altre associazioni, ponendo problemi di rappresentatività, di cogenza, di attribuzione delle funzioni e di concorrenza *attuale e potenziale*. L'organizzazione è storicamente fondata sul *totem* dell'autonomia del «Movimento olimpico» nei confronti dei singoli Stati e delle organizzazioni governative sovranazionali, anche se ciò è stato messo a rischio, negli ultimi decenni, dalla «mutazione genetica» del fenomeno. La difesa dell'autonomia dalla «invasione di campo» degli Stati (delle loro leggi e dei loro giudici), esige ora un modello nuovo in cui alcuni *deficit* regolatori e

coinvolgano atleti, famiglie e operatori sportivi. La figura del ***Safeguarding Officer*** è il punto di riferimento per la ricezione di segnalazioni relative a comportamenti violenti, lesivi o discriminatori, che devono essere trattate con riservatezza e tempestività, garantendo la protezione della vittima. Ha inoltre il compito di valutare la gravità delle segnalazioni ricevute, e, qualora le circostanze lo richiedano, deve trasmetterle alle autorità competenti (forze dell'ordine, servizi sociali, etc.). In tale ambito, la sua responsabilità si limita a garantire che la segnalazione sia fatta nel rispetto delle normative vigenti, senza sostituirsi agli organi investigativi o giudiziari (al riguardo C. BONZANO, *Safeguarding: brevi spunti sui profili (para)penalistici* in *Riv. dir. sport.*, 2024, 2, p. 287). Un ulteriore compito del ***Safeguarding Officer*** è quello di verificare che i protocolli di sicurezza siano effettivamente rispettati durante tutte le attività sportive, incluse le sessioni di allenamento, le competizioni e le trasferte. Ciò include il monitoraggio delle condizioni di sicurezza nelle strutture e la supervisione delle modalità di interazione tra atleti e *staff*. Infine, il ***Safeguarding Officer*** deve segnalare tempestivamente eventuali carenze o rischi nei protocolli organizzativi e nelle strutture sportive, al fine di migliorare la prevenzione di comportamenti inappropriati o dannosi.

[100] Tali programmi devono essere orientati non solo all'acquisizione di competenze tecniche, ma anche all'approfondimento delle problematiche relative alla tutela dei diritti dei minori, alla gestione dei conflitti ed alla prevenzione di comportamenti violenti o discriminatori. Con riferimento a casi di applicazione federale cfr. M. V. MORGANA, *Child Safeguarding Policy in ambito FIGC* in *Riv. dir. sport.*, 2024, 2, p. 293.

ISSN 2036-7821

di *governance* trovino la garanzia di funzionamento secondo principi e regole ispirate alla legalità e certezza del diritto, alla giustiziabilità, all'imparzialità, alla trasparenza, al legittimo affidamento, alla ragionevolezza, alla funzionalità ed alla proporzionalità. E tutto ciò a prescindere dalla differenza tra le attività sportive dilettantistiche e quelle professionistiche [101].

Non è questa la sede per approfondire la complessa tematica[102], ma sul piano della sostenibilità si può affermare che il punto di equilibrio tra presidio dell'affidamento dei consociati e garanzia della flessibilità dell'assetto di regole si rinviene nella protezione di interessi generali che ragionevolmente debbono giustificare l'incidenza su acquisite posizioni di vantaggio in un ordinamento giuridico unitario.

In secondo luogo, la dimensione della *governance* si estende nel nostro caso anche al coinvolgimento attivo dei tifosi (*fan engagement*) su tematiche di rilevanza collettiva non soltanto legate alla passione ed ai risultati, ma a profili di sensibilità collettiva come la lotta al *doping* ed al razzismo, la promozione della salute, il sostegno a cause benefiche e così via. Molti *club* e leghe sportive hanno sviluppato fondazioni e programmi specifici che utilizzano la popolarità dello sport come veicolo per messaggi positivi e iniziative di impatto sociale, contribuendo al raggiungimento degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDGs) delle Nazioni Unite [103].

D'altra parte, i «tifosi» non sono semplici clienti, spettatori o consumatori, ma rappresentano un «unicum» che caratterizza il fenomeno, una parte integrante del prodotto sport, svolgendo di fatto un ruolo primario nella determinazione dell'identità del *club*, che si identifica poi con l'intera comunità di riferimento territoriale [104]. Si tratta di una vera e propria forma di «stakeholderism»[105], come

[101] Le prime costituiscono un bene/servizio rispondente ad un interesse collettivo connesso al perseguimento di una funzione sociale, educativa e culturale, nella sua dimensione *no profit* e quindi rispondente ad un modello economico inefficiente secondo la c.d. logica paretiana. Viceversa, le seconde hanno le caratteristiche proprie di un «bene pubblico tariffario per sua natura non rivale ma escludibile in quanto, per potervi accedere, il consumatore è tenuto a pagare un prezzo. Questa seconda qualificazione, nell'ottica di contrastare efficacemente la diffusione di logiche anticoncorrenziali, impone «di individuare preventivamente utili presidi di controllo su tutti gli elementi che incidono sulla determinazione del prezzo finale di offerta al pubblico di tale bene (si pensi a quelle aree sensibili al proliferare di intese anticoncorrenziali quali i mercati dei diritti radiotelevisivi, dei diritti derivanti dalle sponsorizzazioni, dei diritti derivanti dagli abbonamenti, dei diritti relativi alle prestazioni degli atleti, ecc.)». Ecco perché il legislatore comunitario, come vedremo, mantiene un'attenzione continua sulla piena conformità alle regole del diritto euro unitario (così J. ORLAREY, *La regola del «fair-play finanziario» delle «UEFA club licensing and financial sustainability regulation»: riflessioni giuscontabili*, in *Amministrativ@mente*, 2024, p. 358).

[102] Mi permetto al riguardo di rinviare a F.R. Fimmanò, *Il diritto privato dello sport tra «lex mercatoria» e «ius singulare»*, Napoli, 2025.

[103] ONU, *Leveraging Sport for the Sustainable Development Goals*, 2022.

[104] In alcuni casi, addirittura, con implicazioni politiche; si pensi per tutti all'*Athletic Club*, noto come *Athletic Bilbao,* rappresentativo dell'identità basca, ove peraltro giocano soltanto atleti baschi o che abbiano origine basca. In tema tra gli altri: S. MORROW, *Football Clubs: Businesses or Social Institutions? In The People's Game? Football, Finance and Society*, London, Palgrave Macmillan UK, 2003, 43 ss.

[105] Cfr. sul tema in genere F. DENOZZA, *Due concetti di stake-holderism*, in *Orizzonti del Diritto commerciale*, 2022, I, p. 37 (secondo cui allo *stakeholderism* democratico o sociale, in cui gli amministratori sono obbligati a dialogare

ISSN 2036-7821

conferma il modello del c.d. *azionariato popolare*, che consiste nel diffondere la proprietà della società sportiva ai suoi *supporters*, in virtù di una partecipazione societaria. Fenomeno diffuso in particolare in Spagna[106] ed in Germania [107] dove, col fine di incentivarlo, con la legge del «*50+1*», si è vietato alle società di assegnare più dellla metà del capitale sociale ad un singolo socio o gruppo [108]. Diversa è la situazione in Inghilterra dove sono numerosi i «supporters' trust», associazioni formalmente riconosciute e senza fini di lucro che partecipano con piccole quote al capitale sociale del *club* di riferimento [109].

---

con tutti gli *stakeholder*, si contrappone il concetto di *stakeholderism* istituzionalista, in cui gli amministratori hanno il compito di mediare tra gli interessi eventualmente confliggenti di tutti gli *stakeholder)*; C. ANGELICI, *Note minime sull'"interesse sociale"*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, p. 255; E. BARCELLONA, *Shareholderism versus stakeholderism. La società per azioni contemporanea dinanzi al "profitto"*, Milano, 2022.

[106] L'esempio spagnolo più evoluto è quello del *Futbol club Barcelona*, che è una associazione sportiva di persone fisiche che conta più di 223.000 soci sparsi in tutto il mondo, i quali hanno la possibilità di partecipare alle vicende del *club* tramite l'assemblea generale, formata dal 2,5% dei soci totali nominati a seguito di sorteggio (i cui compiti sono approvare il bilancio e le modifiche statutarie, autorizzare la vendita dei beni societari e i nuovi accordi di sponsorizzazione). Il *Barcelona* non è l'unico *club* spagnolo ad utilizzare l'azionariato popolare; anche il *Real Murcia*, l'*Atletico* e il *Real Madrid* seguono questo modello, seppur limitando notevolmente l'influenza dei tifosi sulla gestione societaria (cfr. in tema J. BADIOLA, *Il «club Elemental» e la «Sociedad Anónima Deportiva in Spagna»*, in *An. giur. econ.*, 2005, 2, p. 411 ss.; F. BOF, F. MONTANARI, S. BAGLIONI, *Il calcio tra contesto locale ed opportunità globali. Il caso del Barcellona FC, més que un club*, in *Riv. dir. econ. sport*, 2, 2007, p. 37 ss.; R. FAVELLA, *Il modello societario partecipativo del Barcellona Fc è esportabile in Italia? Riv. dir.econ. sport*, 2010, 3, p. 168). La Spagna, sempre nell'ottica partecipativa, è uno dei pochi Paesi europei che, a determinate condizioni, consente tuttora il mantenimento di una forma giuridica associativa per quei *club* che abbiano una solida struttura finanziaria, con una deroga alla norma generale.

[107] In passato, tutti i *club* della *Bundesliga* erano organizzati nella forma associativa delle c.d. *eingetragener Verein (eV)*, di proprietà dei tifosi, e gestiti da membri da loro eletti. Con la Riforma dello Statuto della Federazione tedesca (*DFB*) del 24 ottobre 1998, al fine di aumentare la competitività economica delle squadre, si consentì ai *club i*nteressati di integrare l'impresa sportiva in una società di capitali di nuova costituzione, che fosse però controllata dalla preesistente associazione di tifosi grazie alla regola del c.d. 50%+1. L'art. 16*c*, 2° comma, *DFB* stabilisce che l'associazione debba sempre detenere il cinquanta percento delle azioni con diritto di voto più almeno un altro voto nell'assemblea dei soci della società partecipata (cfr. V. PICCININI, *L'azionariato popolare nel calcio*, in *Rass. dir. econ. sport*, 2022, 232 s.).

[108] Nel 2011 è stata introdotta un'eccezione alla regola per cui, previo consenso della *Bundesliga* e degli azionisti, se un singolo socio ha sistematicamente supportato e finanziato un *club* per almeno 20 anni, può acquisirne la maggioranza delle azioni e quindi dei relativi diritti di voto. L'art. 16 *c*, 2° comma, seconda parte, del *DFB* consente quindi una deroga alla regola del 50%+1 per quei *club* – come il *Wolfsburg* e il *Bayer Leverkusen* – che al 1° gennaio 1999 avessero dimostrato di aver avuto una proprietà fissa da più di venti anni, sancendo che «Ausnahmen vom Erfordernis der rechtlichen Unabhängigkeit können nur bewilligt werden, wenn der betreffende Rechtsträger seit mehr als 20 Jahren den Fußballsport des Vereins ununterbrochen und erheblich gefördert hat». Ed infatti *Bayer Leverkusen* è posseduto tuttora per la maggior parte dall'omonima casa farmaceutica.

[109] Ne esistono oltre 170 (in numerosi *club* tra cui *Manchester United* ed *Arsenal*) ed il loro compito è quello di instaurare un rapporto costruttivo con il *management* ed influire sulle decisioni operative, fino ad arrivare alla partecipazione al capitale. La *fan onwership* è stata realizzata ad esempio nel caso del *Heart of Midlothian* (o *Hearts*), uno dei due *club* storici di Edimburgo (in tema cfr. J. MCLEOD - A. ADAMS - K. SANG, *Ethical Strategistts in Scottish Football: the Role of Social Capital in Stakeholder Engagement*, in *International Journal of Business Governance and Ethics*, vol. 14, n. 3/2020, p. 298 ss.; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Il Diritto del calcio nel Regno Unito: fra business law* e *football regulation*, in *Il diritto del calcio,* a cura di F. Fimmanò, Napoli, 2025, § XX.).

ISSN 2036-7821

In questa stessa prospettiva, potrebbe essere utilizzato in Italia l'«organo consultivo», introdotto dal comma 7 dell'art. 14 del D.lgs. n.36 del 2021, in base al quale negli atti costitutivi delle società deve essere prevista questa *consulta* cui sono rimessi *pareri obbligatori* ma non vincolanti, per la tutela degli interessi dei tifosi [110]. Si tratta del fenomeno in crescita dell'instaurazione di forme di dialogo e di interazione tra il *management* dell'impresa e gli *stakeholders* portatori di interessi non finanziari (si pensi alla *governance* delle imprese sociali) [111]. D'altra parte, l'organo consultivo allo stato sembra previsto più per ragioni simboliche e formali (anche per *istituzionalizzare* il rapporto con i tifosi) che di effettiva capacità di influenza (anche perché non sono contemplate sanzioni per la mancata richiesta dei pareri) e quindi un suo uso alternativo funzionale al *fan engagement* su tematiche ESG potrebbe riempirla di contenuti concreti.

Passando invece alla declinazione *enviromental* della sostenibilità, essa impone una revisione integrale dei modelli di pianificazione e gestione delle infrastrutture sportive, della mobilità collegata agli eventi e delle pratiche di consumo energetico [112], come emerge dalle analisi più recenti [113]. Un caso emblematico è rappresentato

[110] La legge n. 86/2019 delegava il Governo ad «individuare forme e condizioni di azionariato e altri strumenti di partecipazione popolare per le società sportive professionistiche» (Art. 1, 1° comma, lett. *n*) e che, in quest'ambito, introduceva la nomina di un organo consultivo deputato alla «tutela degli interessi specifici dei tifosi». In tema: P. SANDULLI, *Un nuovo ruolo per i tifosi (riflessioni intorno all'articolo 4 della legge n. 86/2019)*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2020, 1, p. 193 ss.; E. LOCASCIO ALIBERTI, *Nuove (possibili?) forme organizzative delle società di calcio professionistico*, in *Riv. dir soc.*, 2021, p. 363 ss.

[111] Si pensi alle analoghe figure previste dall'art. 12 D. lg. 155/2006 e dall'art. 11 D. lg. 112/2017 (al riguardo: M. PALMIERI, *La corporate governance delle imprese sociali riformate. Dal multistakeholder approach verso la Mitbestimmung*, in *AGE*, 1/2018, p. 125 ss.). Queste forme di istituzionalizzazione di comitati o rappresentanti degli *stakeholders* non possono agire mai *nella* struttura di *governance* della società e si pongono sempre al suo esterno con una funzione di *disclosure* e di ascolto. La consultazione può essere statutariamente costruita secondo diversi gradi quanto alla sua doverosità. È in questa direzione che l'autonomia statutaria delle società sportive sembra potersi muovere nell'ottemperare all'art. 13 D. lg. 36/2021, «dovendosi reputare sufficiente riprodurre la formula legislativa e così imporre la raccolta del parere ogniqualvolta siano toccati gli interessi specifici dei tifosi» (M. CIAN, *I comitati rappresentativi degli stakeholders e l'organizzazione societaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, 3, 362).

[112] Invero, già il citato Libro bianco del 2007 promuoveva una gestione ecologicamente razionale, adeguata fra l'altro a gestire gli appalti verdi, le emissioni di gas a effetto serra, l'efficienza energetica, l'eliminazione dei rifiuti e il trattamento dell'acqua e dei suoli. In questa logica si è sollecitata la Commissione UE ad utilizzare il proprio dialogo strutturato con le principali organizzazioni sportive internazionali ed europee e le altre parti interessate del settore per promuovere la partecipazione al Sistema di ecogestione e *audit* (EMAS) e al sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica e per incentivare l'adesione volontaria a tali sistemi durante le principali manifestazioni sportive. Negli anni successivi sono stati promossi gli appalti verdi ed è stata incentivata la collaborazione a livello regionale per organizzare manifestazioni sportive sostenibili, attraverso orientamenti elaborati insieme alle parti interessate (responsabili politici, PMI, comunità locali), gestendo lo sport come parte della componente "Informazione e comunicazione" del programma LIFE+.

[113] Uno studio del 2022 ha analizzato la vulnerabilità climatica delle sedi olimpiche invernali passate e future, concludendo che solo dieci delle ventuno sedi precedenti potrebbero essere considerate climaticamente affidabili per ospitare i Giochi nel 2050 in uno scenario di alte emissioni. Per Milano Cortina 2026, le proiezioni indicano che entro il 2050 la stagione sciistica potrebbe ridursi di trenta o quaranta giorni nelle Alpi italiane, con un innalzamento della linea di neve di 300-400 metri. Questo scenario impone non solo soluzioni tecnologiche a

ISSN 2036-7821

dalle prossime Olimpiadi invernali, la cui sostenibilità a lungo termine è messa in discussione dalla riduzione dell'innevamento naturale e dall'aumento delle temperature medie. Questa sfida richiede un ripensamento profondo circa le modalità di organizzazione e gestione degli eventi sportivi invernali, con un'attenzione particolare all'uso efficiente delle risorse e alla minimizzazione dell'impatto ambientale [114].

Alcune esperienze internazionali, come quelle promosse dal Comitato Olimpico Internazionale (Agenda Olimpica 2020+5), mostrano la concreta possibilità di rendere *carbon neutral* i grandi eventi, ma occorre generalizzare l'obbligo di rendicontazione, sulla scorta dei criteri ESG previsti dal Regolamento UE 2024/1760. Nella stessa direzione va la certificazione ISO 20121 per la gestione sostenibile delle manifestazioni[115], che prevede, tra l'altro, l'adozione di flotte di trasporto a basse emissioni, l'uso di energie rinnovabili negli stadi e programmi avanzati di riciclo dei rifiuti [116].

---

breve termine, come l'innevamento artificiale (che però comporta elevati consumi idrici ed energetici), ma anche strategie di adattamento a lungo termine e una diversificazione dell'offerta turistica nelle località montane (D. SCOTT, R. STEIGER, M. RUTTY, E P. JOHNSON, *The future of the Olympic Winter Games in an era of climate change*, in *Current Issues in Tourism*, 2022, *isoh.org*).

[114] Come evidenziato nel «Rapporto di Sostenibilità, Impatto e Legacy 2023» di Milano Cortina 2026, in *milanocortina2026.olympics.com*. In tema di sostenibilità e responsabilità sociale cfr. S. Bruno, *Impegno degli azionisti in materia di sostenibilità secondo la Direttiva N. 2017/828/UE: il cambiamento climatico,* in *Disciplina delle società e legislazione bancaria. Studi in onore di Gustavo Visentini*, a cura di A. Nuzzo - A. Palazzolo, vol. II, Roma, 2020, 95;

[115] La UNI EN ISO 20121:2024 è una norma internazionale che definisce i requisiti del Sistema di Gestione della Sostenibilità degli Eventi (SGSE) da sviluppare a cura delle Organizzazioni che vogliono realizzare eventi a maggior livello di sostenibilità: si basa sui principi consolidati dei Sistemi di Gestione e incorpora alcuni elementi caratteristici della Linea Guida ISO 26000 per la responsabilità sociale. La sua prima applicazione è avvenuta in occasione delle Olimpiadi di Londra 2012, anno di emanazione della norma. (cfr. «*Olympic Games Guide on Sustainable Sourcing*, 2022»). La gestione sostenibile delle risorse idriche per il mantenimento dei campi da gioco, specialmente in aree soggette a *stress* idrico, è un aspetto critico della sostenibilità ambientale degli sport praticati sull'erba (cfr. «UEFA, *Playing for our Planet: UEFA Football and Social Responsibility Report*, 2023»).

[116] Il Real Madrid, ad esempio, pubblica un dettagliato rapporto di sostenibilità annuale basato sugli *standard* GRI (*Global Reporting Initiative*) ed ha implementato numerose iniziative ambientali nel nuovo stadio *Santiago Bernabéu*, come sistemi di raccolta dell'acqua piovana e impianti fotovoltaici. Il *club* inglese *Forest Green Rovers F.C.* è riconosciuto dalle Nazioni Unite come quello più sostenibile al mondo, con uno stadio completamente alimentato da energie rinnovabili, un campo da gioco organico senza pesticidi, e un menù completamente vegano per atleti e tifosi (ONU, *Climate Action in Sport,* 2022). La «Johan Cruijff Arena» di Amsterdam rappresenta un caso studio emblematico di stadio sostenibile; difatti, oltre al gemello digitale, l'impianto è dotato di un sistema di accumulo energetico che utilizza batterie di seconda vita provenienti da veicoli elettrici *Nissan Leaf*, con una capacità di 3 *megawatt*. Questo sistema consente di immagazzinare l'energia prodotta dai 4.200 pannelli solari installati sul tetto dello stadio e di rilasciarla durante i picchi di domanda, riducendo il carico sulla rete elettrica cittadina. Lo stadio è inoltre dotato di un sistema di raccolta dell'acqua piovana con una capacità di un milione di litri, utilizzata per l'irrigazione del campo e i servizi igienici. Questi accorgimenti hanno permesso di ridurre l'impronta di carbonio dell'impianto del 40% rispetto ai livelli originari (*Amsterdam Innovation Arena*, *Sustainability Report*, 2023). Altro esempio virtuoso è rappresentato dal *Leicester City Football Club*, che ha implementato una strategia di sostenibilità olistica denominata «Foxes For The Future». Il programma comprende iniziative ambientali come l'installazione di 1.000 pannelli solari sul tetto del centro di allenamento, l'adozione di un sistema di irrigazione che utilizza acqua piovana raccolta, e l'implementazione di un programma di riciclo

Nel giugno del 2022 la Federcalcio italiana ha pubblicato la "Carta sulla sostenibilità ambientale", in cui fa riferimento a "quattro indirizzi politici su undici" dedicati all'ambiente, nell'ambito della strategia di sostenibilità adottata dall'Uefa, collocati in un contesto di "responsabilità sociale", presentato la Carta come il "documento di riferimento per le organizzazioni che in futuro intraprenderanno percorsi di sostenibilità ambientale". I principi e le azioni richiamate riguardano la *governance* ambientale (intesa come capacità di monitorare, pianificare e governare le proprie operazioni), la gestione di stadi ed infrastrutture (improntata all'*ecodesign*, all'utilizzo di materiali sostenibili in tutte le fasi di vita delle stesse, all'efficienza nell'uso di energia e risorse naturali, all'integrazione *smart* nel contesto urbano), la gestione degli eventi (anche precedente e successiva alla manifestazione), la *stakeholders engagement* e *partnership* (al fine di poter elaborare soluzioni efficaci, sistemiche e condivise agli impatti ambientali che si intende affrontare), il coinvolgimento dei tifosi ed i comportamenti degli stessi (da cui può dipendere il successo dell'evento nonché la reputazione e la credibilità delle organizzazioni coinvolte)[117].

Sul piano della *salute*, la sostenibilità si declina come tutela integrata dell'integrità fisica, psicologica e sociale degli atleti. Il diritto alla salute, costituzionalmente tutelato (art. 32 Cost.), va garantito non solo in chiave reattiva ma anche preventiva [118], mediante l'adozione di protocolli sanitari vincolanti, l'obbligatorietà della copertura assicurativa, il contrasto sistemico al *doping*, la promozione della medicina dello sport e la tutela dal sovraccarico psico-fisico e dalla pressione commerciale [119].

---

completo. Sul fronte sociale, il *club* ha sviluppato programmi di inclusione per persone con disabilità, iniziative di salute mentale per la comunità locale e progetti educativi nelle scuole. Questa strategia integrata ha portato il *club* a vincere il premio BBC Green Sport Award nel 2021 (*Leicester City Football Club*, *Foxes For The Future. Sustainability Report*, 2022).

[117] Il *Cagliari*, ad esempio, ispirandosi al manifesto "*Be as one*", ha pubblicato il suo bilancio di sostenibilità. L'*AS Roma*, invece, ha dichiarato "il proprio sostegno nella creazione di una nuova strategia sulla sostenibilità europea", in collaborazione con la UEFA, con l'obiettivo di pilotare gli aspetti chiave della *Football Sustainability Strategy 2030*. *Lazio* e *Torino* hanno puntato la loro "campagna" di sostenibilità sull'abbigliamento, realizzato utilizzando materiale riciclato, che "contribuiscono a ridurre la contaminazione da materie plastiche e a diminuire di molto le emissioni di anidride carbonica CO2 nell'atmosfera". Peraltro, il progetto "*Life Tackle*" della FIGC ha ricevuto finanziamenti nell'ambito del programma *LIFE* dell'Unione Europea contenente una serie di direttive su ciò che è opportuno che le organizzazioni sportive facciano per raggiungere gli obiettivi prefissati.

[118] Il riconoscimento dello sport anche come elemento fondamentale di medicina preventiva costituisce un dato scientifico acclarato sia dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, sia, a livello nazionale, dall'Istituto Superiore di Sanità, secondo cui «l'attività fisica rappresenta uno dei principali strumenti per la prevenzione delle malattie croniche non trasmissibili, per il mantenimento del benessere psico-fisico e per il miglioramento della qualità della vita, in entrambi i sessi e a tutte le età». Il Libro bianco della Commissione UE, «Una strategia europea per i problemi di salute legati all'alimentazione, al sovrappeso e all'obesità» (COM, 2007, 279 del 30 maggio 2007) ne ha evidenziato le caratteristiche di strumento finalizzato all'attività fisica a vantaggio della salute visto e considerato che il movimento sportivo ha più influenza di qualsiasi altro, attirando l'attenzione con un'immagine positiva. L'indubbia capacità del movimento sportivo di favorire l'attività fisica a vantaggio della salute però rimane spesso sottoutilizzata e necessita di essere sviluppata.

[119] Le pressioni competitive, l'esposizione mediatica, e le aspettative di *performance* possono generare *stress* significativo e problematiche psicologiche negli atleti professionisti (oltre a casi di *burnout)*. In risposta a queste

ISSN 2036-7821

L'Organizzazione Mondiale della Sanità, nella sua guida per la promozione della salute, sottolinea l'importanza di un approccio integrato che consideri lo sport come un *setting* specifico per promuovere salute e benessere psicofisico per la comunità [120].

Come si è anticipato, a tutela *della salute e della sicurezza dei minorenni* che svolgono attività sportiva, la riforma contempla l'introduzione di idonei adempimenti e obblighi, anche informativi, da parte delle associazioni sportive. L'obiettivo finale è di garantire a tutti i giovani atleti, senza distinzioni e discriminazioni, di praticare lo sport in sicurezza, in un ambiente sano e sicuro.

In ogni caso, l'adozione di codici etici, bilanci sociali, rendicontazioni ambientali e piani di sostenibilità rimane in gran parte volontaria ed è tuttora legata alla responsabilità sociale dell'impresa che si autodetermini in questa direzione, mentre risultano insufficienti le poche norme ad efficacia cogente sul piano regolatorio, come d'altronde accade per l'intera architettura dello sport. Per garantire una reale svolta in termini di sostenibilità sistemica, è necessario quindi che tali *best practice* divengano, almeno in parte, obbligatorie o siano almeno collegate a forme di premialità regolamentare (ad esempio, nella concessione delle licenze, nell'accesso ai contributi pubblici o nella divisione di utilità di sistema).

In tal senso, l'approccio ESG, già adottato nel mondo della finanza e dell'impresa, può trovare un terreno fertile di applicazione anche nello sport, rappresentando un modello di valutazione complessiva delle *performance* che non si esaurisca nel risultato sportivo o nel bilancio economico, ma includa indicatori sociali, ambientali e di *governance*. Anche per gli altri settori dell'economia, tuttavia, il tema della mancanza di precetti imperativi continua ad esistere come confermano i contenuti della *Corporate Sustainability Reporting Directive* (c.d. CSRD) [121] e della *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (c.d. CSDD) [122].

---

sfide, molte organizzazioni sportive stanno implementando programmi specifici per il supporto psicologico e la promozione del benessere mentale.

[120] Questo approccio riconosce il potenziale dello sport non solo come attività fisica, ma come contesto per la promozione di stili di vita sani e per lo sviluppo di competenze psicosociali.

[121] La CSRD UE 2022/2464 attualizza ed estende le regole per la rendicontazione di *sostenibilità delle imprese*, allineandosi con le altre norme di diritto unionale e con i quadri di riferimento riconosciuti a livello internazionale (al riguardo: S. FORTUNATO, *L'informazione non-finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, n. 3, p. 420 ss.; A. GENOVESE, *L'armonizzazione del reporting di sostenibilità delle imprese azionarie europee dopo la CSRD*, in *Contr. impr.*, 2023, p. 88 ss.; I. SPEZIALE, *Il nuovo paradigma dell'impresa sostenibile*, in *Contr. Impr.*, 2022, p. 765 ss.).

[122] Si è giustamente rilevato che la normativa «non sembra porre autonomi obblighi o doveri per poi chiedere diligenza nel rispettarli o adempiervi…le condotte richieste sono quelle di porre in essere procedure diligenti rispetto a obblighi che in realtà non esistono in modo autonomo: a ben vedere, la dovuta diligenza costì non è modalità di adempimento dell'obbligo, ma è oggetto del dovere» (M. STELLA RICHTER, *Corporate sustainability due diligence: noterelle semiserie su problemi serissimi* , in *Riv. soc.*, 2022, p. 720; nello stesso senso F. FIMMANÒ, *Art. 41 della Costituzione e valori ESG: esiste davvero una responsabilità sociale dell'impresa?*, in *Giur comm.*, II, 2023 n. 4, 802 s., secondo cui vengono previsti «*doveri di diligenza* senza prevedere gli autonomi obblighi cogenti cui sarebbero

ISSN 2036-7821

Tuttavia, l'introduzione nei regolamenti federali e nei criteri di licenza di clausole ESG che valutino, ad esempio, l'impatto ambientale delle trasferte, l'utilizzo di fonti rinnovabili, la percentuale di tesserati *under* 18, la presenza femminile nei quadri dirigenziali, la certificazione di parità, i modelli redistributivi, i codici di autoregolamentazione, costituirebbe già un passo importante verso il cambiamento strutturale nella definizione stessa del «merito sportivo».

riferiti o almeno riferibili. In buona sostanza è un caso singolare di obbligo senza il precetto: come se un buon padre di famiglia chiedesse al figlio di comportarsi bene senza dirgli prima cosa è il bene…»).

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Qualificazione giuridica dell'agente sportivo alla luce della regolamentazione F.I.G.C. e della riforma dello sport. Note a margine del nuovo regolamento agenti sportivi F.I.G.C. del 2025.

di Sofia Mansoldo

(Dottoressa di ricerca presso l'Università degli Studi di Verona)

Sommario

1. L'evoluzione della figura di agente sportivo. – 2. Il Regolamento Agenti Sportivi F.I.G.C. del 2025. – 3. La qualificazione giuridica del procuratore sportivo prima della riforma dello sport. – 4. *Segue*: … e dell'agente sportivo nel Regolamento F.I.G.C. del 2025 e dopo la riforma dell'ordinamento sportivo di cui al d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37. – 5. Riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c. – 6. Conferme rinvenienti in due recenti decisioni del Tribunale di Verona. – 7. Conclusioni.

Abstract

The essay examines the issue of the legal qualification of the sports agent in the light of the F.I.G.C. regulations and also of the recent regulatory novelties. The research takes its cue from two recent decisions of the Court of Verona concerning the recognition of the privilege under Article 2751 *bis*, n. 2, of the Italian Civil Code, to sports agent remunerations, deriving from representation agreements for consultancy activities in negotiations regarding the transfer or registration of players.

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

ISSN 2036-7821

1. L'evoluzione della figura di agente sportivo.

La figura dell'agente sportivo ha assunto una notevole rilevanza, specialmente in ambito calcistico, raggiungendo livelli di affermazione pari quasi a quelli dei propri assistiti (calciatori o società sportive), a seguito della L. 1981, n. 91, con l'abolizione del c.d. "vincolo sportivo"[1], e della sentenza *Bosman*[2]. Tali interventi normativi e giurisprudenziali hanno determinato un'inevitabile crescita del potere contrattuale degli atleti nei confronti delle società sportive e, conseguentemente, anche dei rispettivi agenti, i quali, in forza dell'evoluzione del mercato dei trasferimenti dei calciatori, anche in un contesto internazionale, hanno assunto un ruolo sempre più rilevante nelle trattive contrattuali[3].

Questo processo evolutivo ha comportato una significativa trasformazione professionale della figura dell'agente, che se in un primo momento era un soggetto incaricato a scovare talenti e a prendere i giusti contatti per la stipula del contratto di lavoro tra atleti e società sportive, col passare del tempo si è trovato anche a prestare attività di consulenza e assistenza in ambito tributario, fiscale, previdenziale, assicurativo e legale a favore dei propri assistiti[4]. La disciplina dell'agente sportivo, per quanto concerne il mondo del calcio, seguendo questa evoluzione, è passata attraverso una serie di interventi nazionali e sovranazionali, normativi e regolamentari, che hanno profondamente mutato sia le modalità tramite cui è

[1] In base a tale "vincolo", le sorti dell'atleta professionista erano affidate esclusivamente alla "società di appartenenza", titolare del suo "cartellino", che poteva decidere, anche senza il consenso dell'interessato, la cessione dell'atleta ad altra società, dietro il pagamento di un corrispettivo. La l. 23 marzo 1981, n. 91, con l'abolizione del c.d. "vincolo sportivo", ha sostituito il regime dei "cartellini a vita" con un sistema di contratti a tempo determinato che ha rimosso le limitazioni al potere contrattuale degli atleti, abilitando tali soggetti a contrattare l'ingaggio direttamente con il *club*, con conseguente sviluppo della figura dell'agente sportivo. Per ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, si rinvia a v. M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, Bari, 2007, p. 29; L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, Torino, 2009, p. 121. In argomento, di recente, v. anche M. DE DOMINICIS, *Tesseramento, Vincolo Sportivo, Nuova Disciplina*, in *NDS*, 2024, p. 1705; F.R. FIMMANÒ, *L'agente dei calciatori*, in *Il diritto del calcio*, a cura di F. FIMMANÒ, Napoli, 2025, p. 551.

[2] C. Giust. CE 15 dicembre 1995, C – 415/1993, *Bosman c. Royal Football Club de Liege*, in questa *Rivista*, 1996, p. 541. Tale sentenza ha espressamente affermato l'illegittimità delle norme federali che, in caso di trasferimento di un calciatore da una società sportiva ad un'altra, prevedevano il pagamento di una indennità a titolo di trasferimento. In dottrina v., ad esempio, M. CLARICH, *La sentenza Bosman: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in questa *Rivista*, 1996, p. 393; A. MANZELLA, *L'Europa e lo sport: un difficile dialogo dopo Bosman?*, in questa *Rivista*, 1996, p. 409; M. DE VITA, *Qualche considerazione sul caso Bosman*, in questa *Rivista*, 1996, p. 416; A. ANASTASI, *Annotazioni sul caso Bosman*, in questa *Rivista*, 1996, p. 458; S. BASTIANON, *La libera circolazione dei calciatori e il diritto della concorrenza alla luce della sentenza Bosman*, in questa *Rivista*, 1996, p. 508; M. COCCIA, *La sentenza Bosman:* summum ius, summa iniuria, in questa *Rivista*, 1996, p. 650.

[3] Per tutti v. L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, cit., p. 203; M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, cit., p. 21. Sul ruolo dell'agente sportivo nella contrattazione v. anche M. PITTALIS, *Sport e Diritto. L'attività sportiva tra performance e vita quotidiana*, Padova, 2022, p. 235.

[4] Sul punto v. L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, cit., p. 203.

ISSN 2036-7821

possibile ottenere l'iscrizione nell'apposito Registro, sia i diritti ed i doveri di tali soggetti[5].

Prima di entrare nel merito della disciplina normativa e regolamentare, risulta opportuno inquadrare correttamente la posizione dell'agente sportivo all'interno dell'ordinamento settoriale, mettendo in evidenza che egli non rappresenta un soggetto dell'ordinamento sportivo in senso stretto, dal momento che non risulta affiliato o legato da alcun vincolo associativo (c.d. tesseramento) alla F.I.G.C. (Federazione Italiana Giuoco Calcio)[6]. L'agente sportivo si caratterizza per una «soggettività riflessa», dal momento che, per poter operare all'interno dell'ordinamento sportivo, pur non facendone direttamente parte, è tenuto a rispettare i principi fondamentali e le regole emanate dagli organi federali, al pari dei soggetti tesserati alla Federazione, rimanendo pure assoggettato alla giustizia sportiva, in forza dell'accettazione del relativo potere disciplinare con l'iscrizione nell'apposito Registro[7]. Le considerazioni espresse implicano dunque la necessità di qualificare il rapporto che si instaura tra agente sportivo e calciatore e/o società sportiva alla stregua di un «contratto normativo misto», che trova regolazione in fonti distinte e sovrapponibili tra loro, vale a dire nella disciplina codicistica e, in ambito calcistico, in quella regolamentare della F.I.G.C.[8].

---

[5] Sull'evoluzione della figura dell'agente sportivo v., a titolo esemplificativo e senza pretesa di completezza, A. ZOPPINI, *I procuratori sportivi nell'evoluzione del diritto dello sport,* in questa *Rivista*, 1999, p. 637; M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, cit., p. 19; A. FOGGIA, *L'agente dei calciatori: nascita, evoluzione e attualità*, Torino, 2011; P. GARRAFFA, *Il mandato sportivo, tra* «deregulation» *dell'ordinamento sportivo, normativa statale e ordinamento comunitario*, in questa *Rivista*, 2017, p. 19; L. SANTORO, *La professione di agente sportivo nell'ordinamento italiano a confronto con la normativa federale ed il diritto antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 925; M.F. SERRA, *Considerazioni sulla figura dell'agente sportivo: dalla legge 27 dicembre 2017, n. 205, comma 373 alla legge 8 agosto 2019, n. 86*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, p. 83; T. MAUCERI, *Il ruolo dell'agente sportivo nell'avvio al professionismo*, in questa *Rivista*, 2022, p. 533; ID., *La nuova figura dell'agente sportivo nell'ordinamento statale*, in *NGCC*, 2024, p. 305; F.R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, in questa *Rivista*, 2023, p. 131; M. PIROLI, *L'agente sportivo alla luce dell'attuale normativa nazionale e internazionale*, in *Dir. sport*, 2023, p. 74.

[6] Cfr. M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, cit., p. 25; F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, in *L'agente sportivo. Analisi giuridica e prospettiva di riforma*, a cura di P. AMATO, M. COLUCCI, Sports Law and Policy Centre, Roma-Bruxelles, 2011, p. 52.

[7] A questo proposito v. L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, cit., p. 205; M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, cit., p. 25; F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 60; M. LAI, *Dagli agenti di calciatori ai procuratori sportivi. La nuova disciplina in materia di intermediari nel calcio professionistico*, in questa *Rivista*, 2015, p. 92; F.R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, cit., p. 154.

[8] Cfr. Cass. 20 settembre 2012, n. 15934, in *Giur. it.*, 2013, p. 167, con nota di D. GASPARI, *Avvocato e agente di calciatori: una strana coppia*. In dottrina v., a titolo esemplificativo, E. FANESI, *Sul contratto di mandato stipulato tra agente sportivo e calciatore «svincolato»*, in questa *Rivista*, 2021, p. 453; F.R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, cit., p. 163; ID., *L'agente dei calciatori*, cit., p. 591.

ISSN 2036-7821

Ciò opportunamente chiarito, passando alla disciplina normativa, si osserva che la figura dell'agente prima della recente riforma dello sport, di cui si dirà a breve, veniva regolata esclusivamente dalla regolamentazione settoriale, in particolare, a livello nazionale, dal Regolamento della F.I.G.C. avente ad oggetto l'attività del procuratore sportivo, approvato per la prima volta nel 1990 e poi modificato, in più riprese successive, in linea con le direttive e i principi contenuti nella disciplina dalla F.I.F.A. (*Fédération Internationale de Football Association*)[9]. È importante sottolineare che, immediatamente prima della riforma dello sport, risultava vigente il Regolamento per i servizi di procuratore sportivo emanato dalla F.I.G.C. nel 2015, che, innovando profondamente rispetto alla previgente regolamentazione di rango federale, in conformità con le «*Regulations on working with intermediaries*» adottate dalla F.I.F.A. nel 2014[10], aveva sostanzialmente liberalizzato l'esercizio della relativa professione[11].

Infatti, mentre i precedenti Regolamenti emanati dalla F.I.G.C. subordinavano l'esercizio dell'attività di agente sportivo al possesso di una licenza rilasciata dalla stessa Federazione, a seguito del superamento di un esame di abilitazione, il Regolamento del 2015 consentiva invece di svolgere la professione di procuratore sportivo attraverso l'iscrizione al relativo albo, senza il superamento di una prova abilitativa a verifica dell'idoneità professionale[12]. Il regime regolamentare del 2015 era stato definito di *deregulation*, poiché consentiva appunto liberamente l'accesso alla professione di procuratore sportivo con il mero possesso dei requisiti soggettivi richiesti dalle regole federali della F.I.G.C.[13].

Nel nostro ordinamento la liberalizzazione per l'accesso alla professione di agente sportivo ha incontrato una prima battuta di arresto con la l. 27 dicembre 2017, n. 205 (c.d. Legge di Stabilità 2018), che interviene anche sulla categoria degli agenti per potenziare il movimento sportivo e per garantire una maggiore professionalità degli operatori del settore. Il legislatore, ai sensi dell'art. 1, comma 373, l. 27 dicembre 2017, n. 205, ha disciplinato per la prima volta la figura dell'agente sportivo (che sostituisce quella del procuratore), prevedendo l'istituzione del Registro nazionale degli Agenti sportivi presso il C.O.N.I. (Comitato Olimpico Nazionale Italiano), quale ente

[9] In argomento v. L. COLANTUONI, *Diritto sportivo*, cit., p. 206; M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, cit., p. 31.

[10] Sul punto v. M. COLUCCI, D. RAPACCIUOLO, *FIFA Regulations on Working with Intermediaries*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2016, p. 73.

[11] Regolamento per i servizi di Procuratore Sportivo F.I.G.C. approvato con Comunicato Ufficiale n. 190/A del 26 marzo 2015, reperibile all'indirizzo *www.figc.it*.

[12] Cfr. S. RIGAZIO, *Osservazioni critiche a margine della riforma dell'agente sportivo. Una lezione dagli U.S.A.*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb.*, 2019, p. 217.

[13] Per approfondimenti v. M. LAI, *Il Regolamento FIGC (2019) sugli agenti sportivi nel calcio professionistico: inquadramento e analisi*, in *Riv. dir. ec. sport*, 2019, p. 57. Più di recente v. anche F.R. FIMMANÒ, *L'agente dei calciatori*, cit., p. 559.

ISSN 2036-7821

sovraordinato nella struttura dell'ordinamento sportivo, e la reintroduzione dell'esame di abilitazione per l'iscrizione presso tale Registro[14].

Il legislatore, intervenendo in una materia in precedenza regolamentata esclusivamente a livello federale, ha disciplinato un'unica figura di agente sportivo, abilitato a svolgere la propria attività nell'ambito del professionismo di tutte le Federazioni, con un apposito albo tenuto dal C.O.N.I. La disciplina riguardante la categoria degli agenti sportivi, contenuta nell'art. 1, comma 373, l. 27 dicembre 2017, n. 205, non risulta perciò limitata al settore calcistico, ma si estende a tutto lo sport professionistico, eliminando, su questo punto, qualsivoglia distinzione tra le diverse regolamentazioni di stampo federale[15].

L'art. 1, comma 373, l. 27 dicembre 2017, n. 205, rinvia ad uno o più d.p.c.m., sentito il C.O.N.I., la definizione degli aspetti connessi allo svolgimento delle prove abilitative e alla tenuta del Registro, oltre che delle modalità di determinazione dei compensi, nonché ad apposito Regolamento C.O.N.I la previsione dei casi di incompatibilità per lo svolgimento della professione di agente sportivo, fissando il consequenziale regime sanzionatorio sportivo. A tale disciplina, perciò, hanno fatto seguito i decreti attuativi di fonte governativa, di cui al d.p.c.m. 23 marzo 2018, modificato dal d.p.c.m. 10 agosto 2018 e dal d.p.c.m. 27 giugno 2019, e successivamente al d.m. (per le politiche giovanili e lo sport) 24 febbraio 2020, recanti la disciplina del Registro e delle prove di ammissione, e il Regolamento degli Agenti Sportivi approvato dal Consiglio Nazionale del C.O.N.I con delibera n. 1596 del 10 luglio 2018.

A seguire, nel contesto della riforma dell'ordinamento sportivo, l'art. 6 l. 8 agosto 2019, n. 86, ha conferito al Governo la delega per il riordino delle disposizioni in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso ed esercizio alla professione di agente sportivo, in ordine anche a garantire imparzialità, indipendenza e trasparenza nell'attività prestata da tale soggetto[16]. Il

[14] Cfr. G. GALLOVICH, *L'attesa riforma del 2018: come cambia la professione del Procuratore Sportivo*, in *www.ilprocuratoresportivo.it.*

[15] In argomento v. ancora G. GALLOVICH, *L'attesa riforma del 2018: come cambia la professione del Procuratore Sportivo*, cit.

[16] La riforma dello sport, cui si è dato avvio con la l. delega 8 agosto 2019, n. 86, ha portato all'approvazione di cinque decreti legislativi: d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo; d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, recante misure in materia di rapporti di rappresentanza degli atleti e delle società sportive e di accesso ed esercizio della professione di agente sportivo; d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, recante misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi; d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 39, recante semplificazione di adempimenti relativi agli organismi sportivi; d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 40, recante misure in materia di sicurezza nelle discipline sportive invernali. In argomento, per tutti, v. M. PITTALIS, *L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 737 ss.; G. DI ROSA, *Sport, diritto e inclusione sociale*, in *NGCC*, 2024, p. 725. Per un inquadramento generale sulla riforma

ISSN 2036-7821

legislatore, con d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, di attuazione della delega, che dalla sua entrata in vigore ha abrogato l'art. 1, comma 373, l. 27 dicembre 2017, n. 205, è tornato a regolare la categoria degli agenti sportivi, prevedendo una disciplina generale in merito all'accesso e all'esercizio alla relativa professione. L'art. 12 d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, rinvia ad un successivo decreto ministeriale la definizione delle modalità di espletamento dell'esame di abilitazione e di altri aspetti connessi alla tenuta del Registro, il quale però non è ancora stato adottato, con la conseguenza che tali profili continuano ad essere regolati dal d.m. 24 febbraio 2020[17].

La disciplina contenuta nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, a sua volta integrato e modificato dall'art. 2, d.lgs. 29 agosto 2023, n. 120, si pone sostanzialmente nel solco dell'intervento in precedenza operato dalla l. 27 dicembre 2017, n. 205, con la differenza però di un più ampio contenuto, in forza dell'estensione del suo ambito di applicazione allo sport dilettantistico e della definizione di aspetti che in precedenza erano oggetto di rinvio alla fonte regolamentare. Il legislatore della riforma dello sport introduce, invero, per la prima volta, una disciplina specifica riguardante anche il contratto di mandato sportivo (art. 5), le incompatibilità e il conflitto di interessi (art. 6), gli obblighi a carico degli agenti sportivi (art. 7), il compenso (art. 8), l'esercizio dell'attività di agente in forma societaria (art. 9) e la stipulazione del contratto di mandato sportivo con i minori di età (art. 10)[18].

Poste le basi normative della nuova disciplina, la Giunta Nazionale del C.O.N.I. nel 2021 ha deliberato l'ultima versione del Regolamento Agenti Sportivi, approvata nel 2022 dal Dipartimento per lo Sport, Presidenza del Consiglio dei Ministri, che prevede i principi generali dell'attività degli agenti iscritti nell'apposito Registro, vincolanti per tutte le Federazioni sportive[19]. In conformità al Regolamento C.O.N.I., la F.I.G.C. nel 2022 ha adottato il proprio Regolamento Agenti Sportivi, che disciplina

dell'ordinamento sportivo v. altresì AA. VV., *La riforma dello sport*, a cura di G. TOSCANO, Sports Law and Policy Centre, Nocera Inferiore, 2024.

[17] L'art. 14, comma 1, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37 contiene una norma transitoria, in virtù della quale «in attesa della emanazione del decreto di cui all'articolo 12, comma 1, continua ad applicarsi la disciplina del decreto del Ministro per le politiche giovanili e lo sport del 24 febbraio 2020, in materia di agente sportivo».

[18] Per ulteriori approfondimenti v. L. SANTORO, *La disciplina della professione di agente sportivo contenuta nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37 nel quadro della regolamentazione vigente*, in *Commento alla Riforma dello Sport (L. delega 86/2019 e decreti attuativi 28/2/2021 nn. 36, 37, 38, 39 e 40)*, a cura di L. SANTORO, G. LIOTTA, Palermo, 2021, p. 105; F.R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, cit., p. 141; T. MAUCERI, *La nuova figura dell'agente sportivo nell'ordinamento statale*, cit., p. 309.

[19] Regolamento Agenti Sportivi, deliberato dalla Giunta Nazionale del C.O.N.I con delibera n. 385 del 18 novembre 2021 e approvato dal Dipartimento per lo Sport Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 1 L. 31 gennaio 1992, n. 138, in data 10 febbraio 2022, reperibile all'indirizzo *www.coni.it*.

ISSN 2036-7821

lo svolgimento della professione regolamentata di agente sportivo abilitato ad operare specificamente in ambito F.I.G.C.[20].

2. *Il Regolamento Agenti Sportivi F.I.G.C. del 2025.*

Per illustrare la più recente evoluzione della figura di agente sportivo in ambito calcistico, occorre considerare che gli accordi di rappresentanza di dimensione internazionale vengono regolati secondo quanto previsto dal *FIFA Football Agent Regulations* (F.F.A.R.), approvato in data 16 dicembre 2022, ma destinatario dopo pochi mesi dalla sua entrata in vigore di azioni giudiziarie promosse dinnanzi ai tribunali di tutta Europa tra le associazioni degli agenti sportivi e la Federazione internazionale[21]. A fronte di tali vicende, con circolare n. 1873 del 30 dicembre 2023 la F.I.F.A. ha approvato la sospensione temporanea delle disposizioni del F.F.A.R. riguardanti, in particolare, il tetto massimo dei compensi, il divieto della doppia rappresentanza e le norme relative al pagamento dei corrispettivi dei servizi, sino a quando la Corte di Giustizia UE non emetterà una decisione finale nelle procedure pendenti e aventi ad oggetto il regolamento in questione[22].

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia UE, il Consiglio F.I.F.A. in data 10 dicembre 2024 ha approvato la nuova versione del Regolamento per agenti di calcio, entrato in vigore in data 1° gennaio 2025, con pochi cambiamenti significativi rispetto alla regolamentazione precedente. Si evidenzia, in particolare, che il nuovo regolamento degli agenti di calcio ha confermato l'introduzione dell'esame di abilitazione, ora regolamentato direttamente dalla Federazione internazionale, per il rilascio della licenza a svolgere i servizi correlati alla professione di agente dei calciatori e per l'iscrizione all'albo professionale tenuto dalla F.I.F.A.[23].

In conformità alle disposizioni non oggetto di sospensione di cui al F.F.A.R., la F.I.G.C. in data 23 aprile 2025 ha approvato il nuovo Regolamento degli Agenti sportivi, attualmente in vigore, che segna un importante passaggio verso una maggiore coerenza normativa tra l'ordinamento sportivo nazionale e quello internazionale[24]. L'iscrizione presso il nuovo Registro federale, oltre che presso il Registro nazionale del C.O.N.I., è condizione per l'esercizio dell'attività di agente sportivo nel territorio nazionale.

---

[20] Regolamento Agenti Sportivi F.I.G.C. approvato con comunicato ufficiale n. 156 del 1° febbraio 2022, reperibile all'indirizzo *www.figc.it.*

[21] F.I.F.A. *Football Agent Regulations*, approvato in data 10 dicembre 2024 e in vigore dal 1° gennaio 2025, reperibile all'indirizzo *www.fifa.com*.

[22] F.R. FIMMANÒ, *L'agente dei calciatori*, cit., p. 609 ss.

[23] Artt. 4-6, F.I.F.A. *Football Agent Regulations*, cit.

[24] Regolamento Agenti Sportivi F.I.G.C. approvato con comunicato ufficiale n. 255/A del 23 aprile 2025, reperibile all'indirizzo *www.figc.it.*

ISSN 2036-7821

La principale novità da sottolineare, rispetto alla precedente regolamentazione F.I.G.C., riguarda la definizione di «agente sportivo domiciliato», indicato ora, in linea con quanto previsto dal F.F.A.R., come soggetto abilitato ad operare quale agente sportivo secondo le disposizioni della F.I.F.A., nel cui Registro risulti regolarmente iscritto, che può operare sul territorio nazionale, nel rispetto delle condizioni di cui all'art. 23 del Regolamento F.I.G.C. 2025[25]. Nel nuovo contesto regolamentare la modifica ha comportato l'eliminazione dei requisiti della residenza e dell'abilitazione previsti dal precedente regolamento federale, in forza dei quali poteva domiciliarsi l'agente sportivo residente da almeno dodici mesi in uno Stato diverso dall'Italia ed abilitato ad operare da almeno un anno nella relativa federazione sportiva nazionale, con l'ulteriore requisito dei due mandati effettivamente eseguiti nell'ultimo anno[26].

In base a quanto previsto dall'art. 23 del Regolamento F.I.G.C. 2025, la disciplina sui contratti di mandato degli agenti sportivi si applica anche ai soggetti abilitati ad operare secondo le disposizioni del F.F.A.R, previa elezione del domicilio presso un agente sportivo in possesso di titolo abilitativo a carattere permanente e regolarmente iscritto al Registro nazionale e federale. Il ricorso all'istituto della domiciliazione comporta, tra le altre cose, l'obbligo di depositare presso la Commissione Federale Agenti Sportivi l'accordo di collaborazione professionale, la copia del documento di identità in corso di validità, attestante la nazionalità del richiedente l'iscrizione, e la documentazione attestante l'abilitazione F.I.F.A.[27].

Un'altra importante novità introdotta dal Regolamento Agenti Sportivi in ambito F.I.G.C. del 2025 riguarda l'espressa possibilità per gli agenti di curare gli interessi anche di calciatrici professioniste[28]. In via generale, viene precisato che l'iscrizione al Registro federale è obbligatoria per tutti coloro che mettono in relazione due o più soggetti per la conclusione, il rinnovo o la risoluzione di un contratto di prestazione sportiva professionistica, del trasferimento delle prestazioni sportive presso altre società sportive e del tesseramento presso società sportive affiliate alla F.I.G.C. di calciatrici, oltre che di calciatori professionisti, come già in precedenza previsto[29].

Ulteriore modifica di rilievo riguarda l'ampliamento dei requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale degli agenti sportivi della F.I.G.C.[30], in linea con quanto previsto dal F.F.A.R. in materia di requisiti soggettivi per l'accesso all'esame

[25] Art. 2, comma 1, lett. f, *Definizioni*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[26] Art. 2, comma 1, lett. f, *Definizioni*, Regolamento F.I.G.C. del 2022, cit.
[27] Art. 23, comma 3, lett. a, *Istituto della domiciliazione*, Regolamento F.I.G.C. del 2022, cit.
[28] Artt. 2, comma 1, lett. q, *Definizioni*, e 21, comma 1, *I contratti di mandato degli agenti sportivi*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[29] Art. 1, comma 2, *Oggetto e ambito di applicazione*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[30] Art. 4, comma 1, *Requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.

ISSN 2036-7821

F.I.F.A.[31]. In base alla nuova regolamentazione F.I.G.C., l'agente sportivo deve essere in possesso anche dei seguenti requisiti: (*i*) non essere mai stato condannato in sede penale per i reati di cui all'art. 4, comma 1, lett. e, Regolamento F.I.G.C. del 2025[32]; (*ii*) non essere o essere stato titolare lui, e/o il coniuge, e/o suoi parenti e/o affini entro il quarto grado e/o i loro eventuali coniugi, nei ventiquattro mesi antecedenti alla richiesta di iscrizione, di interessi economici, diretti o indiretti, in enti, aziende o organizzazioni che conducano attività di scommesse sportive[33]; (*iii*) non aver presentato dichiarazioni false, fuorvianti o incomplete all'interno della domanda di iscrizione[34]; (*iv*) non essere mai stato soggetto a una sospensione di due o più anni, a una squalifica o a una radiazione da parte di un organo di governo sportivo per il mancato rispetto delle norme relative all'etica e alla condotta professionale[35]; (*v*) non essere un funzionario o un dipendente della F.I.F.A., di una confederazione, di una federazione affiliata, di una lega, di una società sportiva, di un *club*, o di un organo che rappresenti gli interessi di società sportive, dei *club* o delle leghe o di un'organizzazione collegata direttamente o indirettamente con queste organizzazioni ed enti, ad eccezione del caso in cui il richiedente sia stato nominato o eletto in un organo della F.I.F.A., di una confederazione, di una federazione affiliata che rappresenti gli interessi degli agenti sportivi[36].

In aggiunta, merita evidenziare che il Regolamento Agenti Sportivi F.I.G.C. del 2025, in piena conformità con le previsioni del F.F.A.R.[37], vieta in un contratto di mandato sportivo le clausole che limitano la capacità di un calciatore/una calciatrice, di negoziare e/o concludere autonomamente un contratto di prestazione sportiva senza il coinvolgimento di un agente sportivo[38]. Il nuovo regolamento federale vieta anche le clausole che in un contratto di mandato sportivo penalizzano un calciatore/una calciatrice, se questi/a decide di negoziare e/o concludere autonomamente un contratto di prestazione sportiva senza il coinvolgimento di un agente sportivo[39]. La nuova regolamentazione della F.I.G.C., con riferimento ai contratti di mandato degli agenti sportivi, prevede altresì che la cancellazione dal Registro federale può determinare la risoluzione dei contratti di mandato sportivo in corso alla data di adozione del provvedimento[40].

---

[31] Art. 5, *Eligibility requirements*, F.I.F.A. *Football Agent Regulations* del 2024, cit.
[32] Art. 4, comma 1, lett. e, *Requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[33] Art. 4, comma 1, lett. j, *Requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[34] Art. 4, comma 1, lett. u, *Requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[35] Art. 4, comma 1, lett. v, *Requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[36] Art. 4, comma 1, lett. w, *Requisiti soggettivi per l'iscrizione al Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[37] Art. 12, par. 13, *Representation*, F.I.F.A. *Football Agent Regulations* del 2024, cit.
[38] Art. 21, comma 17, lett. a, *I contratti di mandato degli agenti sportivi*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[39] Art. 21, comma 17, lett. b, *I contratti di mandato degli agenti sportivi*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[40] Art. 7, comma 9, *Cancellazione dal Registro federale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.

ISSN 2036-7821

Nel Regolamento Agenti Sportivi F.I.G.C. del 2025 assume centrale rilevanza pure l'intervento di riordino in tema di corrispettivo dell'agente sportivo, mediante l'introduzione di una specifica previsione di generale adeguamento al Regolamento per agenti di calcio della F.I.F.A.[41]. In relazione al compenso degli agenti, viene confermato che nessun pagamento, utilità, beneficio o altro compenso è dovuto all'agente sportivo in relazione a trasferimenti, sottoscrizione di contratti o tesseramenti di calciatori/calciatrici minori di età, con la nuova precisazione, in sintonia con il F.F.A.R.[42], che resta ferma la possibile remunerazione dell'agente nel caso costui presti i propri servizi ai fini della stipula del primo, o successivo, contratto di prestazione sportiva professionistica di un calciatore/una calciatrice minorenne[43]. Con il più recente regolamento federale in ambito F.I.G.C. viene peraltro stabilito che nessun corrispettivo è dovuto all'agente sportivo da parte di un calciatore/una calciatrice o di una società sportiva qualora il calciatore/la calciatrice sottoscriva un contratto di apprendistato[44].

Le associazioni italiane degli agenti sportivi professionisti specializzati nel settore del calcio hanno già fermamente contestato le novità apportate dal Regolamento Agenti sportivi F.I.G.C. del 2025, sulla spinta delle disposizioni del F.F.A.R. Tali associazioni, più nello specifico, rilevano contrasti e difformità nella nuova regolamentazione federale della F.I.G.C. rispetto al Regolamento Agenti Sportivi del CONI e anche rispetto normativa nazionale, da poco riformata, con il lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, annunciando, con comunicato stampa, la volontà di agire a tutela della categoria professionale degli agenti sportivi.

Sullo sfondo della questione della conformità delle nuove disposizioni in ambito F.I.G.C. rispetto alla disciplina normativa e federale sovraordinata, è pure importante rilevare, per gli aspetti che si intende qui esaminare, che la più recente regolamentazione, nel contesto del riordino dell'ordinamento sportivo, se da un lato, ha restituito una maggiore professionalità all'attività prestata dagli agenti sportivi, dall'altro, ha mancato nell'intento di pervenire ad un preciso inquadramento giuridico di tale categoria di soggetti[45]. I recenti interventi del legislatore nazionale e della regolamentazione federale, sia pur disciplinando in maniera più articolata e composita l'attività dell'agente sportivo, nell'ottica professionalizzante della riforma dello sport, hanno fatto riemergere con forza il dibattito, invero mai sopito, relativo

[41] Art. 22, *Corrispettivo*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[42] Art. 14, par. 9, *Service fee. General principles*, F.I.F.A. *Football Agent Regulations* del 2024, cit.
[43] Art. 22, comma 7, *Corrispettivo*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[44] Art. 22, comma 9, *Corrispettivo*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.
[45] In argomento v. M. DI FRANCESCO, *Il ruolo dell'agente dei calciatori tra ordinamento sportivo e ordinamento statale*, cit., p. 57 ss.

ISSN 2036-7821

all'inquadramento giuridico della figura in esame, non prestandosi ancora agevolmente ad una precisa riconduzione sul piano civilistico[46].

3. *La qualificazione giuridica del procuratore sportivo prima della riforma dello sport.*

Si è detto che anteriormente all'intervento del legislatore di cui alla l. 27 dicembre 2017, n. 205, successivamente abrogata dal d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, attualmente in vigore, la regolamentazione settoriale disciplinava in via esclusiva i diversi profili regolativi del rapporto intercorrente tra procuratore sportivo e calciatore e/o società sportiva. Profili senza dubbio essenziali, al di là del *nomen juris*, non sicuramente vincolante, dato dalle parti al rapporto in questione, per inquadrare correttamente la figura in esame in uno piuttosto che in un altro istituto giuridico previsto dal sistema tradizionale[47].

Per pervenire ad una corretta qualificazione della prestazione resa dall'agente sportivo, appare opportuno guardare anzitutto al contesto *ante* riforma dello sport, là dove il Regolamento F.I.G.C. del 2015 definisce la figura del «procuratore sportivo» quale soggetto che, anche per il tramite di una persona giuridica o una società di persone o altro ente associativo, professionalmente o anche occasionalmente, «*rappresenta o assiste* una Società Sportiva e/o un Calciatore» (enfasi aggiunta), in forza di uno specifico rapporto contrattuale, senza alcun riguardo alla sua effettiva qualifica professionale e anche se legato da vincoli di coniugio o di parentela con gli atleti rappresentati[48]. I servizi di assistenza e rappresentanza prestati dal procuratore sportivo risultano finalizzati alla conclusione o risoluzione di un contratto di prestazione sportiva tra un calciatore e una società sportiva o alla conclusione di un trasferimento di un calciatore tra due società sportive[49].

È dunque importante rimarcare che, nella vigenza del Regolamento F.G.C.I. del 2015, l'attività del procuratore sportivo poteva essere svolta, professionalmente o anche occasionalmente, senza alcun titolo di studio minimo o particolare qualifica professionale, attraverso l'iscrizione presso l'apposito Registro tenuto dalla F.I.G.C., stipulando un «contratto di rappresentanza o mandato»[50]. Contratto, con contenuto tipico e predeterminato dalla stessa regolamentazione federale, che veniva stipulato e

---

[46] V., in particolare, F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 63 ss.; R. FAVELLA, *La nuova regolamentazione nazionale e della Federazione italiana Giuoco Calcio per l'attività di "agente". Un salto nel futuro o un ritorno al passato?*, in *Lav. dir. eur.*, 2019, p. 3 ss.

[47] In argomento v. anche F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 67.

[48] Art. 1, *Definizioni*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

[49] Art. 2, *Finalità*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

[50] Art. 4, *Registrazione*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

ISSN 2036-7821

sottoscritto da un procuratore sportivo, con un *club* o un calciatore, o con entrambi, con durata non superiore a due anni, per la conclusione o risoluzione di un contratto di prestazione sportiva o per conclusione di un trasferimento di un calciatore[51].

Per pervenire ad un preciso inquadramento giuridico dell'attività resa dal procuratore sportivo, nell'ambito del Regolamento F.I.G.C. del 2015, occorre fare riferimento al contenuto concreto del «contratto di rappresentanza o mandato», che costituisce una fattispecie contrattuale risultante dall'integrazione della normativa statale con la normativa sportiva, «nel senso che le parti contraenti devono conformare il contratto alla tipologia ed alle condizioni indicate dal regolamento italiano vigente all'epoca del contratto»[52]. Risulta evidente che l'attività del procuratore sportivo, secondo le definizioni e le previsioni contenute nel Regolamento F.I.G.C. del 2015, si caratterizza per una intrinseca complessità, manifestando punti di contatto ed analogie con i diversi contratti di agenzia, di prestazione d'opera intellettuale, di mandato e di mediazione.

Merita innanzitutto chiarire che la figura del procuratore sportivo, come disciplinata dal Regolamento F.I.G.C. del 2015, non risulta riconducibile al contratto di agenzia di cui all'art. 1742 c.c.[53]. L'elemento di principale divergenza riguarda il fatto che l'attività del procuratore sportivo, correlata ad uno specifico affare, non si concreta in regolari, stabili e continui contatti con la clientela in una determinata zona, che invece costituiscono caratteri distintivi dell'attività dell'agente[54].

Va inoltre evidenziato che l'attività del procuratore sportivo comprende quella di consulenza e assistenza in favore del soggetto assistito (società sportiva o calciatore), implicante anche la discussione e l'intesa in merito a profili giuridici, riguardanti ad esempio le specifiche clausole da inserire nei contratti, mentre l'agente svolge una attività di carattere materiale diretta alla promozione degli affari del proponente[55]. Si

---

[51] Artt. 1, *Definizioni*, e 5, *Contratto di rappresentanza*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

[52] Cass. 20 settembre 2012, n. 15934, in ***Giust. civ.***, 2013, I, p. 1813, con nota di G. VIDIRI, ***Il mandato stipulato tra agente e calciatore: contratto (normativo) misto a formazione giurisprudenziale?***; e su ***Giur. it.***, 2013, p. 1671, con nota di D. GASPARI, ***Avvocato e agente di calciatori: una strana coppia***. Nel medesimo senso v. anche Cass. 20 settembre 2012, n. 15934, disponibile sulla banca dati *OneLegale*. Sul contratto di mandato sportivo come contratto misto v. anche C. NOVAZIO, *Nullità del mandato sportivo per violazione di regole formali e sostanziali dell'ordinamento sportivo*, in questa *Rivista*, 2016, p. 447.

[53] Sul contratto di agenzia v., a mero titolo esemplificativo, S. CECCONI, *Il contratto di agenzia*, Torino, 2001; A. BALDASSARRI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2003; F. BORTOLOTTI, G. BONDANINI, *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, 2003; G. TRIONI, *Contratto di agenzia (artt. 1742-1753)*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 2005; G. ZUDDAS, *Il contratto di agenzia*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2005; F. BASENGHI, *Contratto di agenzia*, Milano, 2008.

[54] In questo senso anche R. FAVELLA, *La nuova regolamentazione nazionale e della Federazione italiana Giuoco Calcio per l'attività di "agente". Un salto nel futuro o un ritorno al passato?*, cit., p. 4. In argomento v. altresì F.R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, cit., p. 161; ID., *L'agente dei calciatori*, cit., p. 588.

[55] In questi termini F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 70.

ISSN 2036-7821

osservi altresì che il contratto di mandato sportivo prescinde totalmente dal criterio territoriale e non può avere durata superiore a due anni[56], mentre il contratto di agenzia riguarda la promozione della conclusione di contratti tra preponente e terzi in una determinata zona e può essere anche a tempo indeterminato (art. 1750 c.c.)[57].

Passando al contratto d'opera intellettuale, va notato che l'attività del procuratore sportivo, pur connotandosi per i tratti dell'autonomia e dell'assenza di ogni vincolo di subordinazione che caratterizzano il lavoro autonomo di cui all'art. 2222 ss. c.c., non può essere qualificata di per sé come prestazione d'opera intellettuale ai sensi dell'art. 2229 c.c.[58]. Nel contesto del Regolamento F.I.G.C. del 2015 l'attività in sé svolta dal procuratore sportivo risulta essenzialmente di tipo materiale e non di tipo intellettivo in senso stretto, ossia implicante la risoluzione di questioni complesse, per affrontare le quali risulti necessaria una specifica preparazione in una determinata disciplina o il superamento di un esame abilitativo funzionale ad accertare l'idoneità professionale[59].

È doveroso tuttavia avvertire che il Regolamento F.I.G.C. del 2015 non esclude che la figura del procuratore sportivo possa essere in concreto associata o ricondotta alla prestazione d'opera intellettuale, a condizione che l'attività del professionista sia svolta in modo autonomo e con apporto prevalentemente intellettuale della prestazione resa a favore del calciatore e/o della società sportiva[60]. Ciò accade quando la prestazione del procuratore si caratterizza per l'assolvimento di compiti non strettamente limitati alla messa in relazione delle parti e alla definizione dei termini economici del tesseramento o del trasferimento del calciatore, ma anche relativi alla consulenza, inerente, ad esempio, alle specifiche clausole da inserire nei contratti, ai profili fiscali, economici e patrimoniali da considerare per valutare la sostenibilità del costo da affrontare o le conseguenze sul bilancio della società sportiva[61].

---

[56] Art. 5, *Contratto di rappresentanza*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

[57] In argomento v. ancora F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 70; F.R. FIMMANÒ, *L'agente dei calciatori*, cit., p. 590.

[58] Sulla prestazione d'opera intellettuale v., a titolo esemplificativo, C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974; F. DI CERBO, *Le professioni intellettuali nella giurisprudenza*, Milano, 1988; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, vol. XXVII, t. 1, Milano, 1996; F. MARINELLI, F. CAROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2013, p. 129; R. DE MATTEIS, *Il contratto d'opera intellettuale: profili generali e obblighi delle parti*, in V. ROPPO, *Trattato dei contratti*, vol. III, t. 1, Milano, 2014, p. 609; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229-2238*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e già diretto da P. SCHLESINGER, continuato da F.D. BUSNELLI, G. PONZANELLI, Milano, 2020.

[59] Di diverso segno F.R. FIMMANÒ, *L'agente sportivo: un ircocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, cit., p. 154.

[60] Cfr. P. AMATO, *La figura dell'agente sportivo alla luce del diritto interno e comunitario*, in *L'agente sportivo. Analisi giuridica e prospettiva di riforma*, cit., p. 89.

[61] In argomento v. anche *infra*, par. 6.

ISSN 2036-7821

Occorre aggiungere che la regolamentazione F.I.G.C., nel definire il procuratore sportivo quale soggetto che, anche in via occasionale e non professionale, presta attività di rappresentanza o di assistenza[62], per la conclusione o la risoluzione di un contratto di prestazione sportiva o per la conclusione di un trasferimento di un calciatore[63], evoca alcuni lineamenti strutturali caratteristici della mediazione (art. 1754 c.c.)[64]. La prestazione del procuratore sportivo, in conformità con il Regolamento F.I.G.C. del 2015, si caratterizza essenzialmente per l'attività di assistenza che, su specifico mandato della società sportiva o del calciatore, lo stesso presta al fine di procurare l'intesa tra le parti per la conclusione o risoluzione di un contratto di lavoro sportivo o per il trasferimento del calciatore da una società ad un'altra.

Diversamente dal mediatore "tipico" di cui all'art. 1754 c.c., che agisce senza essere legato alle parti da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza, l'attività prestata dal procuratore sportivo presenta però l'aspetto peculiare del previo conferimento dell'incarico scritto da uno dei soggetti coinvolti, rispetto al quale il procuratore risulta contrattualmente vincolato nell'espletamento della sua prestazione[65]. Ulteriori differenze tra le due figure si riscontrano in relazione al compenso dell'opera prestata, poiché se il mediatore ha diritto alla provvigione da ciascuna delle parti (art. 1755 c.c.), qualora l'affare sia concluso grazie al suo intervento, avendo in caso contrario eventualmente diritto al rimborso delle sole spese (art. 1756 c.c.), l'agente sportivo può maturare un compenso indipendentemente dall'incidenza del suo operato sulla conclusione del contratto di prestazione sportiva[66].

È importante evidenziare che la circostanza per cui l'attività del procuratore sportivo sia innescata dall'incarico di uno dei soggetti interessati a negoziare o che il compenso possa maturare anche qualora l'affare non sia stato concluso non inficia la

---

[62] Art. 1, *Definizioni*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

[63] Art. 2, *Finalità*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit.

[64] Sulla mediazione, in generale, senza pretesa di completezza, v. C. VARELLI, *La mediazione*, Napoli, 1953; U. AZZOLINA, ***La mediazione***, in ***Tratt. dir. civ., diretto da F. VASSALLI***, vol. VIII, t. 2, ***Torino, 1955;*** L. CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960; A. CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 361 ss.; A. LUMINOSO, *La mediazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2006; F. ***TOSCHI VESPASIANI, La mediazione immobiliare, Milano, 2012***; E. GIACOBBE, *Il contratto di mediazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIV, Torino, 2015.

[65] Art. 5, *Contratto di rappresentanza*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit. Sul punto v. altresì F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 65; L. SANTORO, *La disciplina della professione di agente sportivo contenuta nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37 nel quadro della regolamentazione vigente*, cit., p. 7.

[66] L'art. 6.2, *Corrispettivi*, Regolamento F.I.G.C. del 2015, cit., prevede che il procuratore sportivo può ricevere un corrispettivo identificato in una somma forfettaria, in una percentuale sull'operazione complessiva conclusa o in una percentuale sul reddito lordo complessivo del calciatore risultante dal contratto di prestazione sportiva. In dottrina v. anche F. MANZARI, *La disciplina civilistica: mediazione, agenzia, rappresentanza e mandato*, cit., p. 65.

ISSN 2036-7821

natura intermediaria dell'attività prestata, posto che il mandato a reperire possibili contraenti può coordinarsi con il fenomeno mediatorio, senza per questo escluderlo[67]. In tal senso, la giurisprudenza di legittimità ha espressamente riconosciuto, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione c.d. "atipica" o "unilaterale" – fattispecie a cui afferisce la figura del procacciatore d'affari –, che si realizza là dove una parte incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di una persona interessata alla conclusione di un affare, a determinate e predefinite condizioni[68].

Più precisamente, un contratto di mediazione "atipica" si determina qualora il mediatore presti la propria attività nell'interesse di una delle parti con cui instaura un rapporto di collaborazione, in mancanza dell'imparzialità e dell'indipendenza, che caratterizzano invece la mediazione tipica, disciplinata nel codice civile, con l'obiettivo della prestazione in ogni caso di una intermediazione diretta a favorire terzi nella conclusione di un determinato affare[69]. Viene ricondotta nell'ambito della mediazione "atipica" anche la previsione pattizia che deroga, totalmente o parzialmente, all'obbligo di pagamento del corrispettivo dell'attività di intermediazione, imponendo al soggetto intermediato di remunerare il mediatore per l'attività svolta, a prescindere dall'effettiva conclusione dell'affare[70].

In base a quanto osservato, si può dunque ritenere che l'attività dell'agente sportivo presenti natura composita, ravvisandosi sia elementi riconducibili ad una forma di mediazione "atipica" o "unilaterale", nella misura in cui tale attività riguardi l'adoperarsi per mettere in contatto le parti per la conclusione dell'affare, sia elementi più propriamente tipici di una prestazione intellettuale, inerente all'assistenza nelle trattative e alla definizione dei contenuti del contratto[71]. Il procuratore sportivo può svolgere un'attività di ampia portata e non strettamente limitata a quella fornita da un qualsiasi intermediario, anche privo di competenze specifiche, finalizzata a procurare l'accordo tra le parti, implicante anche la discussione e l'intesa in merito ai profili economici del tesseramento o del trasferimento, senza che sia possibile, quantomeno astrattamente, individuare la prevalenza dell'una o dell'altra tipologia di attività[72].

---

[67] In argomento v. A. LUMINOSO, *Il mandato*, in *I contratti*, vol. III, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI, P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, Milano, 2009, p. 536.

[68] In questi termini Cass., sez. un., 2 agosto 2017, n. 19161, in *NGCC*, 2018, p. 60. In senso conforme Cass. 14 novembre 2018, n. 29287 e Cass. 20 gennaio 2021, n. 1005, disponibili sulla banca dati *OneLegale*.

[69] Cfr. Cass. 13 aprile 2023, n. 9814, in *Contratti*, 2023, p. 624, con nota di P. BARONE, *La mediazione negoziale atipica e il diritto alla provvigione*.

[70] In dottrina, anche per approfondimenti, si rinvia a M. DELLA CHIESA, *Mediazione unilaterale ed imparzialità dell'intermediario*, in *Contratti*, 2008, p. 484; I. PIZZIMENTI, *Mediazione atipica e diritto alla provvigione: la parola delle Sezioni Unite*, in *NGCC*, 2018, p. 53.

[71] *Infra*, par. 6.

[72] V. ancora *infra*, par. 6.

ISSN 2036-7821

4. Segue: *… e dell'agente sportivo nel Regolamento F.I.G.C. del 2025 e dopo la riforma dell'ordinamento sportivo di cui al d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37.*

La materia qui oggetto di disamina, come si è anticipato, ha subito di recente una forte spinta innovativa con una articolata disciplina, contenuta nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37 e nei relativi decreti attuativi, che è stata successivamente recepita anche nell'ordinamento sportivo[73]. La normativa primaria, che oggi definisce e disciplina la figura dell'agente sportivo, viene invero integrata, sempre a livello nazionale, dalla regolamentazione di stampo federale, di cui al Regolamento C.O.N.I. del 2022 e, in ambito calcistico, al Regolamento F.I.G.C. da ultimo del 2025, che non può porsi in contrasto con la norma statale di rango superiore[74].

L'impianto normativo, primario, attuativo e regolamentare, successivo alla riforma dello sport, disciplina compiutamente la figura di agente sportivo (che sostituisce quella del procuratore sportivo di cui al Regolamento F.I.G.C. del 2015) e lo svolgimento della relativa attività professionale. L'intervento del legislatore della riforma dello sport non è valso però a risolvere la dibattuta questione della qualificazione giuridica dell'attività dall'agente sportivo, introducendo, per certi versi, ulteriori elementi di complessità nell'inquadrare correttamente la prestazione dallo stesso resa a favore dei propri assistiti in una piuttosto che in un'altra figura contrattuale del sistema tradizionale.

In base alla nuova disciplina, gli artt. 2, comma 1, lett. a, e 3, comma 1, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, definiscono la figura dell'agente sportivo come il soggetto che, in esecuzione del contratto di mandato sportivo, «*mette in contatto due o più soggetti*», siano essi lavoratori sportivi, società o associazioni sportive, operanti nell'ambito di una disciplina sportiva riconosciuta, ai fini della conclusione, della risoluzione o del rinnovo di un contratto di lavoro sportivo, del trasferimento della prestazione sportiva mediante cessione del relativo contratto di lavoro, del tesseramento di uno sportivo presso una Federazione Sportiva Nazionale, «*fornendo servizi professionali di assistenza e consulenza, mediazione*». L'art. 5 d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, disciplina anche il «*contratto di mandato sportivo*», indicandone i requisiti formali e sostanziali, quale contratto che incarica l'agente di mettere in contatto due o più soggetti operanti nell'ambito delle discipline sportive, per le finalità di cui agli artt. 2, comma 1, lett. a, e 3, comma 1, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, con un termine di durata non superiore a due anni, che deve essere depositato dall'agente presso la Federazione

[73] Cfr. R. FAVELLA, *La nuova regolamentazione nazionale e della Federazione italiana Giuoco Calcio per l'attività di "agente". Un salto nel futuro o un ritorno al passato?*, cit., p. 9.

[74] In argomento, per tutti, v. LUBRANO, *Ordinamento sportivo e giustizia statale*, in *Lo sport e il diritto. Profili istituzionali e regolamentazione giuridica*, a cura di M. COLUCCI, Napoli, 2004, p. 209.

ISSN 2036-7821

Sportiva Nazionale nel cui ambito opera, a pena di inefficacia, entro venti giorni dalla data della sua stipulazione[75].

Dello stesso tenore sono le definizioni della figura di agente sportivo contenute nelle disposizioni, attuative e regolamentari, derivanti dal d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37. Ai sensi del d.m. 24 febbraio 2020, l'agente sportivo è il soggetto iscritto nell'apposito Registro tenuto presso il C.O.N.I., che, in forza di un incarico redatto in forma scritta, «*mette in relazione due o più soggetti*» ai fini della conclusione, della risoluzione o del rinnovo di un contratto di prestazione sportiva professionistica, della conclusione di un contratto di trasferimento di una prestazione sportiva professionistica e del tesseramento presso una federazione sportiva nazionale professionistica[76].

In ambito regolamentare, ai sensi del Regolamento C.O.N.I., l'agente sportivo è il soggetto abilitato che in forza di un incarico redatto in forma scritta «*mette in relazione due o più parti*» ai fini della costituzione, della modificazione o della estinzione di un rapporto avente per oggetto una prestazione sportiva professionistica, del tesseramento presso una federazione sportiva nazionale professionistica[77]. Ai sensi del nuovo Regolamento F.I.G.C., l'agente sportivo è il soggetto abilitato che, in forza di un incarico redatto in forma scritta, «*mette in relazione due o più parti*» ai fini della conclusione, del rinnovo o della risoluzione di un contratto di prestazione sportiva professionistica di calciatori/calciatrici tesserati presso la F.I.G.C., del trasferimento delle prestazioni sportive di calciatori/calciatrici professionisti presso altre società sportive, del tesseramento di calciatori/calciatrici professionisti presso società sportive affiliate alla F.I.G.C.[78].

Va rimarcato che la nuova regolamentazione riconosce espressamente l'attività dell'agente sportivo come professione regolamentata, prevedendo il superamento di un esame di abilitazione tra le condizioni per l'iscrizione nel Registro degli Agenti Sportivi nazionale del C.O.N.I. e federale della F.I.G.C. La novità di maggiore rilievo del sistema attuale, rispetto al precedente Regolamento F.I.G.C. del 2015, risiede dunque nel fatto che il soggetto che oggi intende esercitare l'attività di agente sportivo è tenuto ad acquisire un apposito titolo abilitativo, che viene conferito in presenza dei requisiti minimi previsti dalla regolamentazione federale e al superamento dell'esame di abilitazione, articolato in una prova generale, da svolgersi presso il C.O.N.I., e in una prova speciale, da svolgersi presso la F.I.G.C., a garanzia

[75] In argomento v. M. PITTALIS, *L'attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 in tema di ordinamento sportivo, professioni sportive e semplificazione*, cit., p. 749; T. MAUCERI, *La nuova figura dell'agente sportivo nell'ordinamento statale*, cit., p. 312.

[76] Art. 1 d.m. 24 febbraio 2020 in materia di agenti sportivi.

[77] Artt. 2, comma 1, lett. e, *Definizioni*, e 1, comma 2, *Oggetto e ambito di applicazione*, Regolamento C.O.N.I. del 2022, cit.

[78] Artt. 2, comma 1, lett. d, *Definizioni*, e 1, comma 2, *Oggetto e ambito di applicazione*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.

ISSN 2036-7821

delle conoscenze, delle abilità e delle competenze per l'esercizio della relativa professione[79].

L'impianto normativo vigente potrebbe indurre a qualificare aprioristicamente l'attività dell'agente sportivo come prestazione d'opera intellettuale, dal momento che, s'è visto, non solo individua la prestazione nell'ambito dei servizi professionali di assistenza, consulenza e mediazione, ma anche reintroduce il superamento dell'esame di abilitazione per l'iscrizione nel Registro federale. Va tuttavia notato che, per inquadrare l'attività come professione intellettuale, non risulta determinante, di per sé solo, il fatto che l'agente sportivo sia tenuto al conseguimento di un titolo abilitativo, all'iscrizione presso l'apposito Registro, al possesso di specifiche competenze professionali (art. 4 d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37) e anche all'obbligo di aggiornamento periodico (art. 7, comma 2, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37), in quanto elementi comuni anche all'esercizio di attività legalmente protette, che però non configurano professioni intellettuali[80], senza poi considerare l'esistenza di numerose professioni intellettuali per l'esercizio delle quali non è richiesta alcuna iscrizione presso albi, registri o elenchi[81].

E si noti pure, al riguardo, che, se la presenza dei requisiti dell'iscrizione presso un albo, registro o elenco costituisce un indice importante per comprendere un'attività fra quelle indicate dall'art. 2229 c.c., la nozione di professione intellettuale va

[79] Capo IV, *Titolo abilitativo e prova speciale dell'esame di abilitazione nazionale*, Regolamento F.I.G.C. del 2025, cit.

[80] Si rammenta, in linea generale, che l'iscrizione presso un albo, registro o elenco professionale può aversi sia nelle professioni intellettuali, sia in altre attività legalmente tutelate. Occorre dunque distinguere tra albi, ruoli o elenchi di professioni "qualificate", per le quali la tenuta dell'albo è demandata a ordini o collegi professionali, in ragione dell'interesse pubblico su cui incide lo svolgimento dell'attività, da albi, ruoli o elenchi, la cui tenuta è affidata da un organismo non qualificabile come associazione professionale e in cui l'iscrizione costituisce una mera modalità di accertamento della sussistenza dei requisiti minimi necessari per lo svolgimento di una determinata attività (come, per esempio, nel caso del ruolo degli agenti di affari in mediazione). In argomento v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 396; G. FERRARO, *Diritto dei contratti di lavoro*, Bologna, 2011, p. 378; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229-2238*, cit., p. 17. Va infatti osservato che, per effetto della l. 3 febbraio 1989, n. 39, la mediazione è divenuta attività protetta, esclusiva e non delegabile, allo scopo di riservarne l'esercizio ad operatori in possesso di rigorosi requisiti di idoneità professionale e morale. L'attività di mediazione, anche quella occasionale, è stata quindi riservata ai soli iscritti nel relativo ruolo (artt. 2, 3 e 8 l. 3 febbraio 1989, n. 39), istituito presso ciascuna CCIAA e diviso in tre sezioni (per gli agenti immobiliari, per gli agenti merceologici e per quelli muniti di mandato a titolo oneroso). Successivamente l'art. 73 d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, ha soppresso il ruolo, disponendo che le attività disciplinate dalla l. 3 febbraio 1989, n. 39, sono soggette a segnalazione certificata di inizio di attività da presentare alla CCIAA territorialmente competente, che, verificato il possesso dei requisiti prescritti, provvede all'iscrizione dei dati nel Registro delle imprese, se l'attività è svolta in forma di impresa, oppure in una apposita sezione del REA, con effetto dichiarativo del possesso dei requisiti abilitanti.

[81] All'interno delle professioni intellettuali, ai sensi dell'art. 2229 c.c., occorre infatti distinguere tra le *professioni protette* o *riservate*, il cui esercizio è subordinato all'iscrizione in appositi albi o elenchi ed è assoggettato al potere disciplinare degli ordini o collegi professionali, in ragione essenzialmente degli interessi pubblici implicati, dalle *professioni non protette*, che sono esercitabili liberamente da chiunque, non connettendosi all'iscrizione in albi o elenchi. In argomento v, per tutti, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 377.

ISSN 2036-7821

comunque, in generale, individuata secondo un criterio sostanziale, intendendosi per professionalità la continuità e la relativa stabilità dell'attività e soprattutto la particolare competenza e preparazione richiesta[82]. Deve rilevarsi, in altri termini, che la qualificazione di una determinata attività, come professionale o meno, va ricercata non nella caratteristica formale dell'iscrizione ad uno specifico albo, ma nella natura dell'attività dedotta in contratto e di fatto svolta, valutando la prevalenza dell' attività intellettuale su quella materiale o viceversa[83].

Seguendo questa impostazione, nel contesto del nuovo regime regolativo, si può pertanto ancora riconoscere all'attività dell'agente sportivo una natura composita, in cui si ravvisano sia elementi riconducibili ad una forma di mediazione "atipica", per l'attività di mettere in contatto le parti per la conclusione dell'affare, sia elementi caratteristici di una prestazione intellettuale, per l'attività di assistenza nelle trattative e di definizione dei contenuti del contratto, senza che sia possibile, se non altro sul piano astratto, individuare la prevalenza di uno o dell'altro tipo di attività. Sembra perciò ragionevole concludere che il legislatore della riforma dello sport, sul piano definitorio (art. 1, comma 1, lett. a, d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37), con l'espresso richiamo alle attività di assistenza e consulenza, abbia voluto fornire un elenco esemplificativo delle prestazioni che l'agente può essere chiamato a svolgere in forza del contratto di mandato sportivo, confermando che la sua attività non sempre risulta limitata alla intermediazione, potendo in alcuni casi essere ricondotta ad una prestazione d'opera intellettuale.

5. *Il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751* bis*, n. 2, c.c.*

Le considerazioni fino a questo punto svolte hanno messo in evidenza che, per individuare l'esatta natura giuridica della figura dell'agente sportivo, occorre analizzare in concreto le prestazioni dallo stesso rese a favore dell'atleta e/o della società sportiva, con una valutazione da effettuare caso per caso, anche in base agli accordi contrattuali conclusi tra le parti[84]. Ciò che rileva, in altri termini, ai fini della corretta qualificazione dell'attività dell'agente sportivo, è sempre il concreto atteggiarsi del singolo rapporto contrattuale istaurato, al di là del *nomen juris* utilizzato dalle parti, mediante un'analisi da compiere sul piano concreto, tenendo

[82] In questi termini G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale. Artt. 2229-2238*, cit., p. 5. In senso conforme A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, cit., p. 378; M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Milano, 2009, p. 12; F. CAROCCIA, *Il contratto d'opera intellettuale tra professione e impresa*, in *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale*, cit., p. 129.

[83] In argomento v. anche A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Il contratto d'opera e il contratto d'opera intellettuale*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI, Milano, 2014, p. 89.

[84] Sul punto v. M. COLUCCI, *L'attività dell'agente sportivo alla luce del diritto europeo*, in *L'agente sportivo. Analisi giuridica e prospettiva di riforma*, cit., p. 32.

ISSN 2036-7821

conto delle prestazioni effettivamente rese dall'agente sportivo, senza la possibilità di catalogare genericamente tale figura professionale[85].

Diverse sono le conseguenze di una riconduzione della complessiva attività prestata dall'agente sportivo alla natura mediatoria, seppur "atipica" o "unilaterale", ovvero ad una prestazione d'opera intellettuale, nell'accezione di cui all'art. 2230 c.c.[86] Mentre nel secondo caso potrebbe riconoscersi a favore dell'agente sportivo la spettanza del privilegio generale sui mobili di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., nel primo caso, invece, l'attività da questi prestata avrebbe carattere precipuamente materiale, ontologicamente diversa da quella di un prestatore d'opera intellettuale, e quindi non rientrerebbe nell'ambito applicativo di tale norma, seppur ampliato anche ai prestatori d'opera non intellettuale a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del 1998[87].

Più precisamente, il privilegio *ex* art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. non può essere riconosciuto nel caso in cui l'attività dell'agente sia consistita in quella, essenzialmente mediatoria, finalizzata a trovare l'intesa tra le parti in merito al tesseramento o alla conclusione del trasferimento dell'atleta e, in tale contesto, la consulenza prestata si sia limitata a quella inerente alla risoluzione di questioni economiche o giuridiche di non particolare rilievo, per la risoluzione della quali non siano necessarie particolari competenze[88]. Al contrario, invece, il privilegio in questione deve essere riconosciuto nel caso in cui la prestazione dell'agente si sia caratterizzata, oltre che per l'essenziale profilo relativo all'intermediazione per la conclusione dell'affare, anche per la prestazione di un'attività di consulenza qualificata a più ampio raggio, che abbia implicato la risoluzione di questioni complesse e non affrontabili da qualsiasi soggetto dotato di esperienza nel settore[89].

Al fine del riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c., l'attività di consulenza, seppur finalizzata e strumentale a quella di intermediazione, nella

---

[85] Cfr. M. COLUCCI, *L'attività dell'agente sportivo alla luce del diritto europeo*, cit., p. 32; P. AMATO, *La figura dell'agente sportivo alla luce del diritto interno e comunitario*, cit., p. 102.

[86] Così viene espressamente rilevato anche da entrambe le decisioni annotate.

[87] La Corte Costituzionale con sentenza 29 gennaio 1998, n. 1, in *Giur. it.*, 1998, p. 864, ha statuito l'illegittimità dell'art. 2751 *bis*, n. 2 c.c. nella parte in cui, attraverso la previsione di un privilegio generale sui mobili in favore delle retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera intellettuale dovute per gli ultimi due anni di prestazione, esclude il riconoscimento di detto privilegio anche ai prestatori d'opera non intellettuali. Si legge nella decisione costituzionale che «la disparità di trattamento che, quanto alla garanzia della retribuzione, si viene in tal modo a determinare tra prestatori d'opera intellettuale e non intellettuale risulta […] palesemente irragionevole, attesa l'omogeneità delle categorie di soggetti (e di crediti) messe a confronto e riconducibili allo stesso tipo contrattuale delineato dall' art. 2222 codice civile», di talché ponendosi la norma in insanabile contrasto con gli artt. 3 e 35 Cost. Per un commento v. M. FERRO, *Estensione del privilegio al credito dei prestatori d'opera non intellettuali*, in *Fall.*, 1998, p. 466; M. TAMAGNONE, *Natura dei crediti per prestazioni degli amministratori e sindaci*, in *Fall.*, 1999, p. 353.

[88] Cfr. Trib. Bari 21 giugno 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*.

[89] Cfr. anche *infra*, par. 6.

ISSN 2036-7821

valutazione complessiva dell'*agere* dell'agente sportivo, deve assumere valenza preponderante o, comunque, qualificante la prestazione, in modo da poter escludere che si tratti di semplice attività materiale di intermediazione, equiparabile a quella propria del mediatore "atipico", al quale il privilegio è comunemente negato. Di conseguenza, anche per determinare la spettanza del privilegio in questione, viene avvalorata la necessità di verificare in quali prestazioni si sia concretizzata l'attività dell'agente sportivo in esecuzione dei contratti di rappresentanza o di mandato sportivo, individuando quale componente dell'attività resa (quella di intermediazione o di prestazione intellettuale) sia risultata nei fatti preponderante.

6. *Conferme rinvenienti in due recenti decisioni del Tribunale di Verona.*

In materia si segnalano due decisioni inedite del Tribunale di Verona, la prima dell'11 luglio 2023, n. 3044, e la seconda del 29 luglio 2024, n. 3491, che destano particolare interesse proprio per l'analisi svolta in merito alla qualificazione giuridica del procuratore (oggi agente) sportivo, in funzione di determinare il riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, nn. 2 o 3, c.c. ai crediti per i corrispettivi derivanti dallo svolgimento della loro attività. Tali decisioni, benché relative a contratti di rappresentanza stipulati in forza della regolamentazione F.I.G.C. del 2015, anteriore alla riforma dello sport, rivestono notevole importanza nel sancire un principio di diritto che, come si è osservato, trova applicazione anche alla luce delle novità legislative riguardanti la generale categoria degli agenti sportivi.

Nelle decisioni in oggetto i procuratori sportivi proponevano ricorso, ai sensi dell'art. 93 l.fall., nell'ambito della medesima procedura concorsuale, per l'ammissione al passivo del Fallimento di una società calcistica dei crediti relativi ai compensi professionali maturati in forza di contratti di rappresentanza, aventi ad oggetto l'attività di consulenza nelle trattative per il trasferimento o il tesseramento di calciatori, deducendo la natura privilegiata dei crediti *ex* art. 2751 *bis*, nn. 2 o 3, c.c. Il giudice delegato, con decreto di esecuzione dello stato passivo, rigettava le domande di insinuazione presentate dai procuratori sportivi, eccependo l'inapplicabilità del titolo di prelazione relativo ai crediti maturati a titolo di compenso professionale.

Avverso tali provvedimenti i procuratori sportivi proponevano opposizione, ai sensi dell'art. 98 l.fall., insistendo per l'ammissione in via privilegiata della pretesa creditoria, sul rilievo che l'attività dagli stessi svolta a favore dei propri assistiti presentava i requisiti per essere qualificata come prestazione d'opera intellettuale. Il Fallimento chiedeva, a sua volta, il rigetto dell'opposizione, contestando la mancanza dei presupposti per riconoscere il privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, nn. 2 o 3, c.c., poiché l'attività del procuratore sportivo risultava equiparabile a quella del

ISSN 2036-7821

mediatore "atipico" o "unilaterale", non riconducibile alla nozione di professione intellettuale.

Il Tribunale di Verona, in entrambi i casi, seguendo percorsi argomentativi tra loro affini, rigetta l'opposizione presentata dai procuratori sportivi, confermando integralmente i provvedimenti del giudice delegato e dunque ammettendo allo stato passivo i crediti al mero rango chirografario. Le decisioni in questione pervengono a questa conclusione confermando, sul piano argomentativo, la natura composita dell'attività prestata dal procuratore sportivo, che, come si è osservato, impone di verificare, anche per riconoscere la natura privilegiata dei crediti relativi ai suoi compensi professionali, quali prestazioni questi abbia effettivamente reso a favore dei propri assistiti, tramite una valutazione da effettuare caso per caso.

In base al ragionamento introdotto dalla pronuncia del Trib. Verona, 11 luglio 2023, n. 3044, «l'attività demandata al procuratore sportivo ha una natura composita, in cui si ravvisano sia elementi riconducibili ad una forma di mediazione unilaterale (nella misura in cui tale attività riguarda l'adoperarsi per mettere in contatto le parti ai fini della conclusione dell'affare) sia elementi più propriamente relativi ad un'attività di consulenza professionale (assistenza nelle trattative e nella definizione dei contenuti del contratto), senza che sia possibile, almeno sul piano astratto, individuare la prevalenza dell'una o dell'altra tipologia di attività». Viene stabilito, inoltre, che diverse sono le conseguenze «di una riconduzione della complessiva attività prestata ad una natura intermediaria (seppur atipica) ovvero ad una natura prevalente di prestazione d'opera intellettuale nell'accezione di cui all'art. 2230 c.c. Mentre nel secondo caso potrebbe evidentemente riconoscersi la spettanza del privilegio di cui all'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c., nel primo caso, invece, l'attività prestata avrebbe carattere precipuamente materiale, ontologicamente diversa da quella di un prestatore d'opera, e non rientrerebbe nell'ambito applicativo di tale norma»[90].

Tale argomentazione viene ripresa e meglio sviluppata nella più recente pronuncia Trib. Verona, 29 luglio 2024, n. 3491, la quale conferma anzitutto la natura composita della prestazione del procuratore sportivo, che potrebbe caratterizzarsi anche «per l'assolvimento di compiti non limitati alla messa in relazione delle parti e alla definizione dei termini economici del trasferimento, ma anche ad una consulenza […] di più ampia portata e non strettamente limitata a quella, invero basilare, che può essere fornita da un qualsiasi intermediario o mandatario, anche privo di competenze specifiche, che aiuti un soggetto a concludere una transazione». La decisione in questione conferma peraltro che «il privilegio non potrà essere riconosciuto nel caso in cui l'attività del procuratore sia consistita in quella – essenzialmente materiale – finalizzata a trovare l'intesa tra le parti in merito alla

[90] Viene così accolto l'orientamento espresso sul punto da Trib. Bari 21 giugno 2021, cit.

ISSN 2036-7821

conclusione del trasferimento (anche per quanto attiene ai profili economici) e la consulenza a tal fine prestata si sia limitata a quella inerente, oltre alla opportunità di concludere il trasferimento ed alla convenienza delle condizioni economiche proposte, alla risoluzione di questioni giuridiche od economiche di non particolare rilievo, per la risoluzione della quali non siano necessarie particolari competenze (ma solo l'esperienza maturata *"sul campo"* nella trattazione di simili affari)». Viene stabilito che «il privilegio dovrà essere riconosciuto nel caso in cui, invece, la prestazione del procuratore sportivo si sia caratterizzata – oltre che per l'essenziale profilo inerente all'intermediazione per la conclusione dell'affare – anche per la prestazione di un'attività di consulenza qualificata a più ampio raggio, che abbia implicato la risoluzione di questioni complesse e non affrontabili da qualsiasi soggetto dotato di esperienza nel settore».

Tenendo conto di quanto sopra esposto, sembra potersi pienamente concordare con le decisioni in questione, là dove, nel vigore della regolamentazione F.I.G.C. applicabile *ratione temporis*, seguendo la medesima *ratio decidendi*, qualificano l'attività del procuratore sportivo, a seconda del suo concreto esercizio, come mediazione "atipica" o prestazione d'opera professionale. Il principio che si trae dalle recenti pronunce del Tribunale di Verona assume pieno rilievo anche nel contesto normativo successivo al regime all'epoca applicabile, giacché, come s'è visto, per il corretto inquadramento della figura dell'agente sportivo, oggi, occorre ancora verificare in quali prestazioni si sia concretizzata l'attività da questi svolta e quale componente di tale attività sia risultata nei fatti preponderante[91].

7. *Conclusioni*.

Tutto quanto osservato, dunque, dimostra come, in forza della regolamentazione federale F.I.G.C. e delle recenti evoluzioni normative derivanti dalla riforma dello sport, risulti possibile qualificare l'attività del procuratore (oggi agente) sportivo come di mediazione "atipica" o di prestazione d'opera intellettuale. Più precisamente, ai fini della corretta qualificazione dell'attività dell'agente sportivo, come espressamente stabilito anche dalle citate decisioni del Tribunale di Verona, assume rilievo il concreto atteggiarsi del singolo rapporto contrattuale istaurato tra le parti, mediante una valutazione da compiere sul piano concreto, in base alle prestazioni effettivamente rese dall'agente sportivo, senza la possibilità di catalogare genericamente tale figura professionale.

Così qualificata sul piano civilistico la figura dell'agente sportivo, occorre rimettere alla valutazione sul piano concreto dell'attività da questi prestata (intermediazione o

[91] In argomento v. *supra*, parr. 3 e 4.

ISSN 2036-7821

prestazione intellettuale) anche la determinazione della natura privilegiata, ai sensi dell'art. 2751 *bis*, n. 2, c.c., dei crediti maturati a titolo di compenso professionale. In altri termini, la natura composita dell'attività prestata dall'agente sportivo impone di verificare, anche per riconoscere la natura privilegiata dei crediti relativi ai suoi compensi professionali, quali prestazioni questi abbia effettivamente reso a favore dei propri assistiti (società sportiva o calciatori), tramite una valutazione da effettuare caso per caso.

In definitiva, per determinare la spettanza del privilegio richiesto, si impone di verificare che l'attività dell'agente sportivo non si sia limitata all'assolvimento di compiti limitati alla messa in relazione delle parti e alla definizione dei termini economici del trasferimento, dovendo riguardare una consulenza di più ampia portata e non strettamente limitata a quella, invero basilare, che viene fornita da un qualsiasi intermediario o mandatario che aiuti un terzo a concludere una transazione. Il che vale a dire che l'attività di consulenza, per quanto finalizzata e strumentale a quella di intermediazione, nella valutazione complessiva dell'attività svolta dall'agente sportivo deve assumere valenza preponderante o, comunque, qualificante la prestazione, in modo da poter escludere che si tratti di semplice attività di intermediazione, non meritevole del privilegio *ex* art. 2751 *bis*, n. 2, c.c.

ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

La situazione fiscale dell'operatore economico

di **Michela Guarino**

(Dirigente coordinatore dell'UCB c/o MI –Ragioneria Generale dello Stato - MEF)

e **Sara Crisci**

(Funzionario dell'UCB c/o MI - Ragioneria Generale dello Stato - MEF)

Sommario

1. Premessa; 2. Le cause di esclusione; 3. Sulla regolarità fiscale; 4. Sulla regolarità contributiva; 5. Sull'illecito professionale grave; 6. Sulla continuità del possesso dei requisiti; 7. Brevi considerazioni alla luce dell'ordinanza del Cons. Stato, sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518.

Abstract

This contribution analyzes a fundamental aspect relating to the participation requirements of the economic operator in the context of public procurement whose verification aims to ascertain the financial solidity and its reliability through the analysis of the requirements on fiscal regularity that it is called upon to possess to be able to contract with the Public Administration. The relevance of the causes of exclusion in relation to the lack or loss of the participation requirements is examined and, in these terms, the fiscal situation of the economic operator becomes a crucial element in the recognition of the suitability of the same for participation in tenders and in any case, more specifically general, to stipulate contracts with the public administration.

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

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Le cause di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici si prefiggono l'obiettivo di circoscrivere l'accesso alle procedure di aggiudicazione a concorrenti il più possibile affidabili sia sul piano morale che su quello sostanziale.

Da questo punto di vista, le cause di esclusione, hanno lo stesso obiettivo del principio della massima partecipazione, essendo finalizzate alla selezione dell'impresa valutata come più idonea.

Ad ogni buon fine, posto che le cause di esclusione ed il principio di massima partecipazione muovono verso lo stesso obiettivo, è di evidenza, tuttavia, che percorrono strade diverse.

Infatti, se da un lato le cause di esclusione limitano l'accesso alle gare ai soli concorrenti valutati più affidabili perché in possesso di determinati requisiti, dall'altro il principio di massima partecipazione mira ad ottenere un confronto sul mercato più ampio possibile attraverso il favore di un confronto concorrenziale [1].

Vista l'esigenza di bilanciare i due aspetti apparentemente contrapposti si è reso necessario l'intervento del legislatore al fine di determinare un punto di equilibrio che è stato individuato nel principio di tassatività delle cause di esclusione. In tal senso, "*la tassatività delle cause di esclusione costituisce una sintesi tra l'interesse pubblico alla massima partecipazione* (cd *favor partecipationis*) *e la discrezionalità dell'Amministrazione nella definizione dei requisiti attraverso i quali accertare l'affidabilità morale e professionale dei concorrenti*" [2].

Invero, l'individuazione delle cause di esclusione, un tempo rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti in relazione alla singola procedura di affidamento, oggi è inquadrata in un sistema più rigido e predeterminato ed è governata dal citato principio di tassatività [3].

L'intervento del legislatore è stato realizzato, in maniera circostanziata, su una materia che ha dato luogo, nel tempo, a molti problemi interpretativi e a continui

---

[1] Cons. Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 607, sul punto ha stabilito che deve *"… essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor partecipationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2232; id., V, 24 febbraio 2017, n. 869)" (Consiglio di Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4644).* Va poi anche evidenziato che il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, è inoltre ribadito dall'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) *"sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione".*

[2] *L'esclusione dalle gare pubbliche: una misura residuale?* di S. Colombari in *Giurisprudenza Italiana* – Marzo 2024, 742.

[3] Il principio di tassatività è stato introdotto dall'articolo 4, comma 2, lettera d), D.L. n. 70/2011 conv. in L. n. 106/2011 che ha inserito il comma 1°- *bis* all'art.46, D.Lgs n. 163/2006, confermato nel Codice dei contratti pubblici, D.Lgs n. 50/2016, art. 83, VIII comma, e da ultimo ribadito dall'art. 10 del nuovo Codice D.Lgs n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

contenziosi. L'intento è stato cercare di chiarire i dubbi e le principali questioni aperte, tenendo conto anche degli orientamenti giurisprudenziali maturati nella vigenza della normativa contenuta nel codice precedentemente in vigore e si è mosso con lo scopo di diminuire il più possibile le occasioni di contestazione.
La nuova disciplina introduce un approccio più sistematico, superando le precedenti lacune interpretative e aiuta maggiormente l'interprete ad orientarsi nella complessità di questa materia.
In base al principio di tassatività è il legislatore a stabilire le possibili cause di esclusione, in modo da "*selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco*" [4].
Ciò implica, evidentemente, che il sistema si stia muovendo nel senso della progressiva configurazione dell'esclusione quale rimedio residuale, circostanza che risulta evidenziata anche dalla sistematica riduzione degli spazi di discrezionalità delle stazioni appaltanti.
Peraltro, quanto sopra, risulta confermato anche da istituti quali la *nullità delle cause di esclusione atipiche*, il *soccorso istruttorio* e quello *procedimentale e* il *self cleaning* [5] che tendono ad evitare esclusioni dalla procedura per ragioni di tipo squisitamente formali al fine di garantire la partecipazione più ampia possibile. In tal senso l'esclusione, per casi tassativamente previsti in ipotesi specifiche soltanto nei confronti dell'operatore economico che non risulti affidabile sul piano morale e sostanziale, rappresenta il giusto contrappeso in termini di garanzia dell'interesse pubblico che è in ogni caso sotteso alla procedura concorrenziale.
Inoltre, a dare evidenza del preciso intento del legislatore è l'art. 10 [6] del codice dei contratti pubblici il quale mette in relazione la tassatività delle cause di esclusione ed il principio della massima partecipazione nel senso che limitando le ragioni per escludere un'impresa, si favorisce una concorrenza più ampia e trasparente.

---

[4] Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

[5] Il *self cleaning* (o *ravvedimento operoso*) costituisce un diritto dell'operatore economico e la portata di tale istituto è stata via via ampliata nel tempo. La sentenza della Corte di Giustizia UE 14 gennaio 2021 (causa C-387/19) ha affermato che le misure di ravvedimento operoso possono essere poste in essere "*in qualunque fase della procedura che proceda l'adozione della decisione di aggiudicazione*" (cfr. § 29 della sentenza).

[6] D.Lgs. n. 36/2023, Art. 10. sui principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione stabilisce al I comma che "*I contratti pubblici non sono affidati agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza di cause di esclusione espressamente definite dal codice*"; al II comma "*Le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*"; *al II comma " Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese*".

ISSN 2036-7821

2. Le cause di esclusione.

Come noto, per eseguire un appalto, l'operatore economico deve possedere sia i requisiti d'ordine generale (*cd "di moralità"*) che quelli d'ordine speciale; i primi sono fissati per legge e, pertanto, validi in ogni gara, i secondi sono fissati dalla *lex specialis* e valevoli per la singola procedura.

I requisiti generali impongono che il concorrente dimostri di esser degno di contrarre con la P.A., ovvero di non aver avuto alcuni comportamenti, per esempio di non essere incorso in determinate sanzioni di tipo penale ovvero amministrativo.

Nel precedente codice n. 50/2016 l'intera disciplina sui requisiti di moralità era racchiusa in una articolata disposizione (art. 80), più volte oggetto di modifiche legislative poiché causa di dubbi interpretativi.

Il nuovo Codice (D.Lg. 36/2023) ha "scorporato" la precedente norma in cinque differenti disposizioni, con l'obiettivo di rendere più sistematica l'intera disciplina.

Nello specifico, l'istituto delle "cause di esclusione" risulta oggi suddiviso in:

- art. 94 - Cause di esclusione "automatica";
- art. 95 - Cause di esclusione "non automatica";
- art. 96 - Disciplina dell'esclusione;
- art. 97 – Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;
- art. 98 - Illecito professionale grave.

a. Cause di esclusione "automatiche"

L' art. 94 individua le cause di esclusione "automatica", ovvero quelle che operano sulla base di un accertamento *"sic et simpliciter"* e senza, quindi, lasciare alcun margine di valutazione all'Amministrazione appaltante, che deve, di conseguenza, disporre l'estromissione dal procedimento di gara al mero accertamento del "fatto storico".

I commi da 1 a 4 del predetto articolo riproducono quanto già statuito dal precedente art. 80 D.Lgs.n. 50/2016 in merito all'esclusione automatica in caso di condanne penali divenute irrevocabili per i reati previsti ed elencati in detto articolo (salvo il caso di depenalizzazione, revoca o estinzione).

La prima novità che occorre evidenziare è che non rileva più, ai fini dell'esclusione, la sentenza d'applicazione della pena su richiesta delle parti (il c.d. patteggiamento) per i reati gravi elencati dalla norma stessa.

Quanto ai soggetti sottoposti all'accertamento circa il possesso dei requisiti d'ordine generale, altra importante novità è rappresentata dall'eliminazione di ogni riferimento ai c.d. "cessati" dalla carica mentre, nel caso di concorrente, in cui uno dei soci è una persona giuridica, si precisa che l'accertamento dev'essere fatto in capo agli amministratori di detta società (se "controllante").

ISSN 2036-7821

L'art. 94 inserisce poi, tra i nuovi soggetti da accertare, anche il c.d. "amministratore di fatto", soggetto che assume decisioni e compie atti di gestione, in nome e per conto della società, pur senza essere stato investito da un atto di nomina validamente formatosi all'interno della società medesima (sulla base della legge o dello statuto).
Infine, tra i soggetti nei confronti dei quali rilevano determinati provvedimenti, si conferma l'inserimento de "*l'operatore economico ai sensi e nei termini di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*" (comma 3, lett. a); avvallando dunque il rilievo, ai fini espulsivi, delle sanzioni che derivano da illeciti amministrativi dipendenti da reato ex D.Lgs.n. 231/2001, come disposto dal successivo comma 5° del medesimo art. 94.
Il comma 5, unitamente al 6, prevede poi l'esclusione dovuta a provvedimenti antimafia, alla violazione della normativa sull'assunzione di soggetti svantaggiati, alle interdittive ANAC, alla sottoposizione a procedure fallimentari e per gravi violazioni, definitivamente accertate, di cui all'All. II.10 (per intenderci quelle di importo almeno superiore a 5.000,00 euro, ovvero la soglia utile al rilascio del DURC).
A tal proposito, una novità di rilievo è quella secondo cui l'esclusione per interdittiva non operi se la società è stata ammessa al controllo giudiziario ex art. 34-bis del D.Lgs 159/2011 entro la data di aggiudicazione (art. 94, comma 2).
Si segnala che di recente, sull'esclusione in parola, l'ANAC con il parere di precontenzioso n. 564 del 3.12.2024 ha così chiarito:
"*In caso di violazioni fiscali gravi definitivamente accertate è obbligatoria l'esclusione dell'operatore economico dalla gara in quanto, al ricorrere di entrambi i presupposti della gravità della violazione e della definitività dell'accertamento, la fattispecie è sussumibile tra le cause di esclusione automatica ai sensi dell'art.94 comma 6 D.lgs.36/2023.*
Il limite dei € 5.000 di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica
29 settembre 1973, n. 602 è da riferirsi all'importo complessivo delle violazioni accertate dall'Agenzia delle Entrate e la somma va considerata comprensiva di interessi, sanzioni e altri oneri.
Nel caso delle irregolarità fiscali di cui all'art. 94 co.6 il meccanismo escludente possiede natura vincolata e quindi non è consentita alcuna valutazione in ordine all'incidenza delle violazioni riscontrate sull'affidabilità dell'operatore economico.
L'iscrizione interdittiva nel Casellario ANAC nonché l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a causa della dichiarazione non veritiera in ordine ad una violazione fiscale grave e definitivamente accertata vengono stabilite tenendo conto dei presupposti del dolo e della colpa grave di cui all'art.18 e dei parametri di cui all'art. 21 del Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio di cui alla Delibera n. 271 del 20 giugno 2023".

ISSN 2036-7821

b. Cause di esclusione "non automatica"

L'art. 95 regolamenta le cause d'esclusione "facoltative" (o "non automatiche") e si applica quando alla P.A. appaltante è riconosciuta la facoltà di valutare in maniera discrezionale l'affidabilità dell'operatore economico. Quelle previste nei successivi commi dell'art 95 sono le gravi infrazioni in materia di diritto del lavoro, di diritto ambientale e sociale, il conflitto di interesse non risolvibile, la distorsione della concorrenza non risolvibile, l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, il grave illecito professionale, a cui devono aggiungersi le gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale (all. II.10, ovvero quelle d'importo almeno pari o superiore ad € 5.000,00). La gravità deve in ogni caso essere valutata in relazione al valore dell'appalto.

c. Disciplina dell'esclusione

Quanto all'art. 96, viene introdotta per la prima volta una disposizione di "*self cleaning*" con cui si prevede che i concorrenti possono sempre dimostrare di aver adottato misure idonee a garantire la loro affidabilità, anche con riferimento alle cause di esclusione automatiche, con la precisione che, se tali misure sono idonee e tempestive, non si dà luogo ad alcuna esclusione.

Unica eccezione all'applicazione di dette misure diciamo riabilitative attiene alle violazioni definitivamente accertate in materia fiscale e tributaria, cui risulta espressamente esclusa ogni eventuale ipotesi "riparatrice".

In relazione invece alle eventuali misure (quali ad es. il risarcimento del danno, la collaborazione nella ricostruzione dei fatti, il ravvedimento operoso in caso di violazioni tributarie ecc.), adottate dagli operatori economici in pendenza di contestazione, esse vengono valutate considerando la gravità e le particolari circostanze di detta contestazione, anche tenuto altresì conto della tempestività della loro assunzione. Risulta poi espressamente stabilito che l'operatore economico ha l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante la sussistenza dei fatti e provvedimenti che possono costituire causa d'esclusione ai sensi degli artt. 94 e 95, qualora questi non dovessero risultare menzionati nel proprio Fascicolo Virtuale (FVOE).

d. Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti

Venendo all'art. 97, si è voluto "differenziare" la posizione delle cause d'esclusione per gli operatori economici facenti parte di raggruppamenti temporanei di impresa, creando una disposizione *ad hoc* ed ammettendo una generalizzata possibilità di "sostituzione" od "estromissione" del partecipante al raggruppamento.

e. Illecito professionale grave

ISSN 2036-7821

Quanto all'art. 98, esso contiene un elenco piuttosto esteso delle condizioni che possono determinare la sussistenza di un "illecito professionale grave" (quali le risoluzioni contrattuali, le condanne al risarcimento-danno ovvero i reati tributari, urbanistici, bancarotta semplice e fraudolenta, i reati previsti dal D.Lgs.n. 231/2001); l'elenco è solo apparentemente tassativo, in quanto vengono comunque inserite condotte anche "generiche" idonee ad incidere notevolmente sull'affidabilità dell'offerente. Degno di nota è anche l'inserimento di una clausola generale utile all'individuazione di atti o fatti idonei a provare un grave illecito, che contribuisce a integrare l'elenco di mezzi di prova tipizzati precedentemente indicati.

3. Sulla regolarità fiscale.

Come visto, relativamente ai requisiti che l'operatore economico deve possedere per poter partecipare alle gare d'appalto viene in rilievo il requisito della regolarità fiscale.

La disciplina dei contratti pubblici, impone, tra i requisiti generali che devono essere posseduti dagli operatori economici per la partecipazione alle procedure di gara, l'assenza di debiti tributari definitivamente accertati superiori alla soglia di cinquemila euro.

Invero, già l'art. 38, I comma, lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006, stabiliva l'esclusione per i soggetti "*che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*".

La citata disposizione affidava alla discrezionalità dell'Amministrazione la valutazione sulla gravità delle violazioni in relazione all'oggetto e alle modalità di svolgimento della specifica procedura di affidamento.

Il legislatore ha con il tempo ridotto la discrezionalità dell'Amministrazione prima con l'art. 4, comma 2, lett. b), D.L. n. 70/2011, conv. in L. n. 106/2011, con cui viene indicata la soglia di valore che qualifica l'inadempimento come grave ("*superiore all'importo di cui all' articolo 48 - bis , commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602*"), poi con l' art. 1, comma 5, D.L. n. 16/2012 , conv. in L. n. 44/2012, che ha fornito una definizione normativa di definitività dell'accertamento ("*costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili*").

Appare evidente che il legislatore abbia voluto circoscrivere l'esclusione a casi determinati dalla norma di legge [7].

[7] Sul punto Cons. Stato, Ad. plen., 5 giugno 2013, n. 15 "*…l'attribuzione di un effetto rigidamente preclusivo solo all'inadempimento fiscale legislativamente qualificato "risponde all'esigenza di contemperare la tendenza dell'ordinamento ad ampliare la platea dei soggetti ammessi alle procedure di gara alla stregua del canone del favor partecipationis con la necessaria tutela dell'interesse del contraente pubblico ad evitare la stipulazione con soggetti gravati da debiti tributari che incidono in modo significativo sull'affidabilità e sulla solidità finanziaria degli stessi*".

ISSN 2036-7821

Tale quadro di riferimento ha trovato conferma nell'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, ove vengono individuate "*le gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse*" quali possibili causa di esclusione.
Attraverso una serie di interventi normativi, il legislatore ha delineato il concetto di "grave violazione fiscale non definitivamente accertata", demandando a un decreto interministeriale il compito di completare il quadro normativo. Invero, il D.M. 28 settembre 2022 *"Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedure d'appalto per gravi violazioni fiscali non definitivamente accertate"* emanato dal *Ministero dell'economia e delle finanze,* individua limiti e condizioni per l'operatività della causa di esclusione con la precisazione che in ogni caso, *l'importo della violazione non deve essere inferiore a 35.000 euro*.
Il carattere residuale ed eccezionale dell'esclusione per violazioni fiscali non definitivamente accertate trova conferma anche nel precedente impianto normativo in quanto già prima dell'entrata in vigore del Nuovo Codice si escludeva l'applicazione di una sanzione così drastica in assenza di un accertamento definitivo.
Invero, va in ogni caso precisato che la sussistenza di violazioni non definitivamente accertate, "*pur se quantitativamente superiori alla soglia di gravità fissata dal legislatore ai fini della loro rilevanza escludente ...*" non generava un effetto espulsivo automatico, ma in ogni caso doveva essere subordinato a "*motivata valutazione espressa dalla stazione appaltante in ordine alla sua incidenza negativa sulla affidabilità del concorrente*". In considerazione, invero, della "*ratio sottesa alla causa escludente in discorso [che] ha carattere composito, in quanto scaturente sia da una valutazione negativa di moralità del concorrente - il quale, essendosi reso inadempiente all'obbligo di puntuale e tempestivo pagamento delle imposte, ha violato uno dei fondamentali doveri di solidarietà economico-sociale che fanno capo ai cittadini - sia da una prognosi negativa quanto alla sua capacità di fare fronte agli oneri economici connessi alla esecuzione dell'appalto, tenuto conto, da un lato, dell'esposizione debitoria da cui è gravato nei confronti dell'Erario (il quale dispone di mezzi particolarmente penetranti al fine di conseguire il soddisfacimento delle sue pretese), dall'altro lato, della sua dimostrata inclinazione a non assolvere gli obblighi assunti (o, come per quelli di carattere fiscale, generatisi ex lege a suo carico)* [8] ".
La disciplina attuale è contenuta nel nuovo Codice, che individua nel Capo II "*I requisiti di ordine generale*" e il cui art. 94 prevede le cause di esclusione *automatica*, in particolare, nel caso che ci occupa, al comma 6 che "*esclude l'operatore economico che ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti*".
Il successivo art. 95 disciplina invece le cause di esclusione *non automatiche* e il cui comma 6 dispone l'esclusione dell'operatore economico qualora la stazione

[8] Cons. Stato, Sez. III, 24 luglio 2023, n. 7219.

ISSN 2036-7821

appaltante ritenga, sulla base di qualunque mezzo di prova adeguato, che lo stesso abbia commesso "*gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali*".

Le gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali (artt. 94 comma 6 e 95 comma 2) sono indicate nell'Allegato II.10 del codice. La violazione si considera grave quando comporta l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse per un importo pari o superiore al 10% del valore dell'appalto. In ogni caso l'importo della violazione non deve essere inferiore a trentacinquemila euro.

Va rilevato che con riferimento all'Allegato II.10 sulla disciplina delle violazioni gravi degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, a differenza della maggior parte degli allegati al codice, non è previsto che debba essere sostituito da un corrispondente regolamento, sebbene tale ipotesi fosse stata invece contemplata dallo schema definitivo del Codice dei Contratti Pubblici [9].

Il carattere residuale o eccezionale dell'esclusione è ribadito dal fatto che, in base agli artt. 94, comma 6 e 95 comma 2, D.Lgs. n. 36/2023, *il ravvedimento tempestivo e integrale dell'operatore lo riabilita e quindi preclude il provvedimento espulsivo non rilevando invece il ravvedimento solo parziale* [10].

Infatti, l'esclusione è preclusa "*quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o sanzioni, oppure quando il debito tributario o previdenziale sia comunque integralmente estinto, purché l'estinzione, il pagamento o l'impegno si siano perfezionati anteriormente alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta*".

Per "*impegno vincolante*" a pagare le imposte, la giurisprudenza [11] ha inteso il fatto che *l'istanza di adempimento, ovvero di rateizzazione o dilazione del debito tributario, sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta dall'Amministrazione prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara* [12].

Tale orientamento trova ispirazione nel principio di diritto affermato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2013, n. 15, in relazione al primo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163/2006) secondo cui "*il requisito della regolarità fiscale può dirsi sussistente solo qualora, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'istanza di rateizzazione sia stata accolta con l'adozione del relativo provvedimento costitutivo*" non essendo invece sufficiente la sola

[9] Quanto emerge dalla relazione illustrativa.
[10] T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 20 novembre 2023, n. 1296.
[11] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 9012.
[12] *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale* di G. Figuera in *Urbanistica e appalti* 2024, 5, 659.

ISSN 2036-7821

presentazione dell'istanza [13].

Secondo un orientamento minoritario è ritenuta valida la partecipazione alla gara dell'operatore economico che abbia presentato istanza di rateizzazione del debito tributario prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte [14] , al fine di evitare una sorta di penalizzazione all'impresa che, seppur irregolare, abbia manifestato l'intenzione di rateizzare il debito, ma risulta costretta a "sottostare" ad eventuali lungaggini procedurali finalizzati alla valutazione e all'accoglimento dell'istanza di rateizzazione.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. III, 9 maggio 2024, n. 4168 nel fare chiarezza sulla tematica in parola ha statuito che "*Mentre non è ammissibile la partecipazione dell'operatore economico che, al momento della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione, non abbia ancora conseguito il provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione, può invece considerarsi in regola con il fisco il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale ex articolo 19 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, atteso che la rateizzazione del debito tributario del partecipante alla procedura selettiva si traduce in un beneficio che, una volta accordato, comporta la sostituzione del debito originario con uno diverso, con novazione dell'obbligazione originaria e nascita di una nuova obbligazione tributaria*".

Da ultimo, sulle modalità per la verifica della regolarità fiscale dell'operatore economico, va segnalato che in sostituzione dell'AVCPASS [15] v'è stata l'introduzione del FVOE [16], che, come precisato anche dall'ANAC, permette rispettivamente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti il controllo centralizzato e automatizzato dei requisiti di partecipazione garantendo una maggiore efficienza e trasparenza nelle procedure di affidamento. Atteso che i dati e i documenti contenuti nel FVOE sono utilizzati in tutte le procedure di affidamento cui l'operatore partecipa, "*l'utilizzo delle funzionalità del FVOE consente una sostanziale riduzione dei tempi delle verifiche e,*

---

[13] Nota di F. Manganaro, *Regolarità fiscale e partecipazione a gare di appalti pubblici* in Giurisprudenza amministrativa, 2013, 10, 1052.

[14] Cons. Stato, Sez. V, 9 febbraio 2022, n. 942 la cui pronuncia statuisce che "*A voler condizionare l'ammissione dell'operatore economico che abbia presentato istanza di rateizzazione del debito tributario o contributivo all'accoglimento della domanda da parte dell'ente creditore, si finisce per far dipendere la sorte dell'impresa (nella procedura evidenziale) da un evento sul quale la stessa non ha alcun potere di intervento e che può sopraggiungere anche a distanza di tempo dal momento di presentazione; è vero che l'impresa irregolare, in vista della partecipazione ad una procedura di gara, potrebbe per tempo e, comunque, con ogni premura consentita, richiedere la rateizzazione ed assicurarsi, così, che questa sia assentita in tempo utile per presentare offerta, ma, in realtà, anche in questi casi nulla esclude che possano verificarsi intoppi formali o rallentamenti procedurali - come quelli verificatisi a danno dell'odierna appellante - che possano determinare un eccessivo ed imprevedibile allungamento dei tempi per l'accoglimento della istanza di rateizzazione*".

[15] *Authority virtual company passport* era un servizio telematico gestito dall'ANAC finalizzato alla gestione digitale delle procedure di gara e alla verifica automatizzata dei requisiti di partecipazione.

[16] *Fascicolo virtuale dell'operatore economico* previsto dall'art. 24, D.Lgs. n. 36/2023, operante presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

ISSN 2036-7821

pertanto, assume rilevanza anche ai fini del rispetto dei termini di conclusione delle procedure di cui all'articolo17, comma 3, del codice dei contratti pubblici" [17].
In altre parole, *il "FVOE consente alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti, attraverso i servizi di interoperabilità con gli enti certificanti, l'acquisizione delle informazioni certificate comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per l'affidamento dei contratti pubblici"* [18].

4. Sulla regolarità contributiva.

Il D.Lgs. n. 163/2006 stabiliva già l'esclusione degli operatori economici che non fossero in regola con gli obblighi contributivi in caso di *violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti* [19].
La giurisprudenza consolidata attribuiva al DURC [20] (*Documenti unico di regolarità contributiva*) la sola funzione di attestare la regolarità contributiva dell'operatore economico, demandando alla stazione appaltante il discrezionale giudizio sulla gravità delle violazioni in relazione al concreto contesto della procedura di affidamento [21].
L'intervento del legislatore ha modificato la disciplina con l'introduzione dell'art. 4, comma 2, lett. b), D.L. n. 70/2011, che, modificando l'art. 38, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006, ha precisato che "*si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva*".
Ne deriva che "*la nozione di violazione grave non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva*" e che la verifica della regolarità contributiva "*è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto* [22]".
Con l'avvento del D.Lgs. n. 50/2016, la medesima impostazione era prevista dall'art. 80, comma 2, sulle gravi violazioni non definitivamente accertate in materia contributiva e previdenziale. Le cause ostative al rilascio del DURC determinano l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara, fermo restando che la

[17] Delibera ANAC n. 262 del 20 giugno 2023.
[18] *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale* di G. Figuera in *Giurisprudenza Amministrativa* 2024, 5, 654.
[19] Art. 38 Requisiti di ordine generale, I comma, lett. i).
[20] Art. 2, D.L. n. 210/2002, conv. in L. n. 266/2002.
[21] Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2009, n. 5896: "*La competenza in materia di verifica della regolarità contributiva è attribuita, in via esclusiva, agli enti previdenziali; in capo alle stazioni appaltanti residua un mero potere discrezionale di valutazione dell'incidenza, sulla procedura di affidamento, di quanto attestato dal DURC*".
[22] Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8. Principio che ha trovato applicazione nella pronuncia resa dal T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 febbraio 2024, n. 1998.

ISSN 2036-7821

violazione contributiva non definitivamente accertata, anche prima della novella codicistica, costituiva una causa di esclusione non automatica, subordinata ad una motivata valutazione discrezionale della stazione appaltante [23].

Il D.Lgs. 36/2023 introduce un regime sostanzialmente analogo a quello previsto per la regolarità tributaria anche in relazione alla regolarità contributiva degli operatori economici. Invero, l'articolo 94, comma 6, prevede l'esclusione automatica degli operatori economici che abbiano commesso gravi violazioni contributive definitivamente accertate, mentre l'articolo 95, comma 2, introduce una causa di esclusione non automatica per le violazioni non definitivamente accertate. Per quanto concerne gli aspetti squisitamente applicativi, si rinvia all'Allegato II.10, che prevede l'esclusione dalla gara in caso di violazioni, salvo che l'operatore economico provveda al tempestivo e integrale pagamento delle somme dovute.

5. Sull'illecito professionale grave.

Altro profilo oggetto di interesse attiene all'illecito professionale grave, anch'esso sensibilmente modificato dall'attuale normativa e dove si percepisce, in maniera significativa, l'intento del legislatore di voler comprimere sempre più la discrezionalità dell'Amministrazione.

L'art. 80, comma 6, lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 prevedeva l'esclusione dell'operatore economico allorquando la stazione appaltante fosse stata in grado di dimostrare, con mezzi adeguati, che l'operatore economico "*si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*".

Si trattava di esclusione non automatica *consistente in una fattispecie tendenzialmente aperta e che introduceva una clausola generale, dando rilievo a ogni possibile accadimento idoneo a incidere sull'affidabilità del concorrente, purché attinente con la vita professionale dell'impresa* [24].

La norma evidentemente non tipizzava il grave illecito professionale in maniera oggettiva, costituendo, lo stesso, un concetto giuridico indeterminato. In effetti si trattava di una formulazione estremamente generica, che conferiva alla stazione appaltante un ampio potere discrezionale nell'apprezzare la gravità delle violazione senza neppure che fossero indicati i soggetti le cui condotte erano da ritenersi rilevanti [25].

Attraverso il D.Lgs. n. 36/2023 il legislatore ha inteso modificare profondamente il quadro di riferimento innanzitutto cercando di oggettivizzare il più possibile i casi di illecito professionale grave in modo da comprimere la discrezionalità fino ad allora utilizzata dalla stazione appaltante per la decisione. Invero, l'art. 98, comma 3

[23] Cons. Stato, Sez. V, 18 luglio 2022, n. 6131.
[24] Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.
[25] Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023, n. 2801.

ISSN 2036-7821

fornisce elementi al verificarsi dei quali si può desumere l'illecito e al comma I ne circoscrive l'ambito.

Il successivo comma 6 ne determina anche i mezzi di prova adeguati. Alla luce della normativa ora in vigore, l'esclusione in ragione dell'illecito professionale grave può avvenire solo se nella motivazione l'Amministrazione dimostri: a) *gli elementi sufficienti ad integrare il grave illecito professionale*; b) *l'idoneità del grave illecito professionale ad incidere sull'affidabilità e integrità dell'operatore*; c) *la presenza degli adeguati mezzi di prova di cui al comma 6*.

Ai fini della valutazione della gravità della violazione, si deve considerare non solo l'entità della stessa, ma anche il tempo trascorso e le eventuali misure correttive adottate dall'operatore economico, al fine di verificare se sussistono le condizioni per escludere la persistenza di un rischio per la correttezza delle procedure di affidamento.

Ferma dunque la natura "non automatica" dell'esclusione nel caso di illecito professionale grave, va comunque evidenziato che la semplice constatazione di un grave illecito professionale non è sufficiente a determinare l'esclusione automatica dell'operatore economico, essendo demandata alla stazione appaltante una valutazione discrezionale, ancorata ad una pluralità di elementi che tengano conto del bene giuridico, dell'entità della lesione e il tempo trascorso dalla violazione.

Una delle principali novità nel nuovo Codice concerne il riordino della c.d. "*teoria del contagio*", ai sensi della quale "*la presenza stessa, in determinate cariche, di una persona fisica non dotata in sé della necessaria affidabilità/integrità, trasmetterebbe tale caratteristica all'operatore economico "per contagio"*, ossia *de facto*" [26].

L'ipotesi di grave illecito professionale disciplinata D.Lgs 50/2016 era estesa ai sensi dell'art. 80, comma 3, anche a "*soggetti che rivestono un ruolo rilevante capace di influenzare le decisioni della persona giuridica. Diversamente, la nuova disciplina esclude l'estensione della fattispecie di illecito professionale alle ipotesi di "contagio" dell'operatore economico per condotte ascrivibili a persone fisiche, salvo alcune eccezioni circoscritte ai reati di particolare gravità, individuati alle lettere g) e h) del comma 3 del medesimo articolo*" [27].

L'altro aspetto attiene ai mezzi di prova in riferimento alle ipotesi di reato previste dall'art. 98 comma 3 lett. g) e h) del Codice.

Va inoltre rilevato che la mera iscrizione nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., di per sé, non costituisce più un elemento sufficiente per determinare l'esclusione automatica di un operatore economico dalla partecipazione alle procedure di gara [28].

---

[26] *ex multis* Consiglio di Stato, Sez. V, 22.4.2022 n. 3107.

[27] *Il grave illecito professionale tipizzato dal Codice dei contratti pubblici* di A.Turi in *Altalex*.

[28] Il nuovo "approccio" appare coerente con la riforma della giustizia penale attuata con il D.Lgs. n. 150/2022, Riforma Cartabia, che ha introdotto nel codice di procedura penale all'art. 335-bis c.p.p. la nuova disciplina ai sensi della quale "*La mera iscrizione nel registro di cui all'articolo 335 non può, da sola, determinare effetti pregiudizievoli di natura civile o amministrativa per la persona alla quale il reato è attribuito*".

ISSN 2036-7821

Il nuovo Codice ha previsto una tipizzazione anche con riferimento ai reati consumati di cui all'art. 98 comma III lett. h), per i quali il Codice richiede la "*..contestata o accertata commissione, da parte dell'operatore economico oppure dei soggetti di cui al comma 3 dell'articolo 94*".

Il successivo comma 6 lett. h) ne elenca i mezzi di prova adeguati quali *la sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile, la condanna non definitiva, i provvedimenti cautelari reali o personali ove emessi dal giudice penale* il che a significare che è il "*legislatore ad imporre quale elemento costitutivo della fattispecie di illecito professionale grave, la contestata o accertata commissione di un reato ed elenca i provvedimenti rilevanti in tal senso conduce necessariamente ad escludere tutte quelle ipotesi che non siano espressamente previste dalla citata disposizione*"[29].

Ultimo aspetto attiene al tempo trascorso dalla violazione. L'art. 96, comma 10 , lett. c) del D.Lgs 36/2023 stabilisce in tre anni l'ambito temporale di riferimento.

Sul punto v'è consolidato orientamento [30] il quale stabilisce che "*è precluso alla Stazione appaltante estendere il proprio controllo a fattispecie che si collocano al di fuori dell'ambito temporale individuato dalla norma, ponendosi ciò anche in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione e di interpretazione restrittiva delle stesse, in quanto deve prevalere il principio del favor partecipationis*".

6. Sulla continuità del possesso dei requisiti.

Alla luce di quanto esaminato, emerge una complessa disciplina cui ogni operatore economico deve sottostare per la partecipazione ad una gara ed al contempo ne deriva un onere in capo all'Amministrazione di verifica e di bilanciamento nel corso delle procedure di affidamento.

Il generale obbligo dell'operatore economico di agire nella contrattazione pubblica in modo collaborativo e secondo buona fede, e conseguentemente di informare immediatamente la stazione appaltante delle circostanze sopravvenute incidenti sulla condizione soggettiva di regolarità fiscale appare significativo in tutte le procedure di affidamento con l'Amministrazione Pubblica ed è stato di recente cristallizzato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen.

Con sentenza resa in data 24 aprile 2024, n. 7, il Consiglio di Stato ha, fissato, seppur alla luce del D.Lgs. n. 50/2016, dei principi applicabili anche alla normativa oggi vigente ed ha sentenziato che "*In una procedura di gara, in caso di contemporanea applicazione, non sussiste alcun contrasto tra il principio giurisprudenziale secondo cui le certificazioni relative alla regolarità contributiva e tributaria delle imprese partecipanti*

[29] cit. *Il grave illecito professionale tipizzato dal Codice dei contratti pubblici* di A.Turi in *Altalex*

[30] cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione IV, 15 luglio 2024 n. 2189; Consiglio di Stato, IV, 31 maggio 2023, n. 5393; III, 14 maggio 2020, n. 3084; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 20 giugno 2024, n. 1901; IV, 11 giugno 2024, n. 1764; IV, 27 febbraio 2023, n. 494.

ISSN 2036-7821

rilasciate dagli enti certificatori preposti si impongono alle stazioni appaltanti che non possono in alcun modo sindacarne il contenuto e il principio giurisprudenziale secondo cui l'effettivo possesso dei requisiti di ammissione si impone ai concorrenti a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica e fino alla completa esecuzione del contratto. Il partecipante è obbligato ad informare tempestivamente e senza alcun filtro preventivo l'amministrazione di ogni sopravvenienza idonea ad incidere sul requisito della regolarità fiscale in forza della generale previsione dell'art. 1, comma 2-bis, L. n. 241/1990. L'amministrazione, a sua volta, è tenuta a eseguire gli accertamenti previsti sul possesso del requisito della regolarità fiscale durante l'intero periodo indicato come rilevante, per come si desume dall'art. 80, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016. Il concorrente che impugna l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, ab origine, della regolarità fiscale, sia che egli abbia perso quest'ultima in corso di gara. Comporta il difetto della regolarità fiscale ai sensi dell'art. 80, comma 4, D.Lgs. n. 50/2016, il debito definitivamente accertato dell'aggiudicataria nei confronti del Segretariato generale della giustizia amministrativa per omesso versamento del contributo unificato o delle conseguenti sanzioni pecuniarie applicate per il ritardato pagamento".

In buona sostanza il Collegio ritiene che il concorrente aggiudicatario sia obbligato ad informare tempestivamente l'amministrazione di ogni sopravvenienza atta ad incidere sui requisiti generali di partecipazione in ossequio al principio contenuto nell'art. 1, comma 2-*bis*, L. n. 241/1990 [31] (in quanto disposizione generale è senz'altro applicabile al settore dei contratti pubblici) il quale stabilisce che i "*rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*".

Per il giudice amministrativo, quindi, nella contrattazione pubblica, i principi di collaborazione e buona fede vanno intesi in senso oggettivo ed impongono un dovere di reciproca correttezza e lealtà, facendo sorgere in capo all'operatore economico un vero e proprio onere di informarla, tempestivamente, di ogni circostanza sopravvenuta in grado di modificare, in negativo, la propria condizione rispetto al possesso dei requisiti generali.

"Ne consegue, evidentemente, che deve essere disposta l'esclusione per l'operatore economico partecipante che non fornisce un aggiornamento delle dichiarazioni rese, relativamente alle vicende sopravvenute e agli sviluppi di procedimenti pendenti a suo carico. Il comportamento omissivo costituisce elemento, ex se, di inaffidabilità dell'operatore e dunque autonomo motivo di esclusione, in quanto non consente alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti relativi alla propria attività professionale sulla reale integrità e

[31] Il comma 2-*bis* è stato introdotto dall'art. 12, comma 1, lett. a), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120.

ISSN 2036-7821

affidabilità, morale e professionale" [32].

In conformità a tali inderogabili principi di collaborazione e buona fede, poiché i requisiti di partecipazione devono sussistere per tutta la durata della gara sino alla stipula del contratto, nonché poi ancora fino all'adempimento delle obbligazioni contrattuali, "*discende, il dovere della stazione appaltante di compiere i relativi accertamenti con riguardo all'intero periodo* [33]".

Il Collegio evidenzia come tale regola sia desumibile anche dall'art. 80, comma 6, del D.Lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che: "*Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5*".

Da quest'ultima regola discende, infine, l'ulteriore corollario che il concorrente che impugna l'aggiudicazione può sempre dimostrare, con qualunque mezzo idoneo allo scopo, sia che l'aggiudicatario fosse privo, *ab origine*, della regolarità fiscale, sia che egli abbia perso quest'ultima in corso di gara.

L'intervento del Collegio appare dirimente sul punto in quanto "*La pronuncia citata fornisce un indirizzo interpretativo assai rilevante in merito alla necessaria continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, per tutta la durata della stessa, posto che, sebbene non sussista una norma specifica che imponga all'operatore economico di comunicare la perdita di uno dei requisiti di partecipazione, lo stesso è comunque tenuto a farlo in ossequio ai generali principi di collaborazione e di buona fede cui, in ossequio all'art 1, comma 2-bis, della L. n. 241/1990, devono essere ispirati i rapporti tra cittadino e Amministrazione"* [34].

Allo stesso tempo l'Amministrazione ha l'obbligo di verificare che i requisiti di partecipazione, tra cui quello attinente alla regolarità fiscale, siano posseduti per tutta la durata della gara, compiendo le necessarie verifiche riguardo all'intero periodo.

7. Considerazioni finali alla luce dell'ordinanza del Cons. Stato, sez. III, ordinanza 11 settembre 2024, n. 7518.

Con ordinanza in data 11 settembre 2024, n. 7518, la Terza Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 4, secondo periodo, del d.lgs. 50/2016**,** laddove prevede la soglia di gravità per le violazioni tributarie definitivamente accertate, discostandosi dai precedenti della Sez. V (che aveva già dichiarato manifestamente infondate analoghe

[32] *Brevi note sul possesso del requisito della regolarità fiscale* di G. Figuera in Urbanistica e appalti 2024, 5, 663.

[33] C.d.S., Ad. plen., 20 luglio 2015, n. 8; 25 febbraio 2014, n. 10; Sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2231; Sez. III, 10 novembre 2021, n. 7482.

[34] *Regolarità fiscale e continuità dei requisiti di partecipazione* di C. Chirieleison in Giurisprudenza amministrativa.

ISSN 2036-7821

questioni di illegittimità costituzionale).

Come noto, in base all'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016:

- le violazioni tributarie definitivamente accertate sono gravi se superano l'importo di euro 5.000,00, stabilito dall'art. 48-bis d.P.R. n. 602 del 1973;
- le violazioni non definitivamente accertate, invece, sono gravi se sono pari o superiori al 10% del valore **del contratto e** comunque superiori ad Euro 35.000,00.

Con l'ordinanza in parola, il Consiglio di Stato, esclusa la disapplicazione per contrasto con il principio di proporzionalità che deve informare le deroghe alle cause di esclusione previste dalle Direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50/2016, in relazione all'art. 3 della Costituzione.

Ad avviso del Collegio, il sistema di determinazione della soglia di gravità per le irregolarità fiscali definitivamente accertate (a portata automaticamente escludente) "*si pone in tensione insanabile con l'art. 3 Cost. quale crogiuolo in cui si fondono secondo un sapiente dosaggio assiologico i principi cardinali di proporzionalità e ragionevolezza*" [35]. In particolare, secondo il Collegio, la norma è irragionevole e sproporzionata, in buona sostanza, per due ordini di ragioni:

(a) l'art. 80, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016 richiama la soglia di un meccanismo (quello dell'art. 48 *bis* del d.P.R. n. 602 del 1973) che comporta la compensazione automatica tra crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni e debito erariale. Con la conseguenza che lo stesso debito, se sorto prima della partecipazione alla gara, comporta automaticamente l'esclusione (indipendentemente dal valore del contratto e dalle dimensioni dell'operatore economico), mentre se sorto in corso di esecuzione comporta solo il congelamento del credito vantato dal contribuente nei confronti della p.a. per la somma corrispondente al debito tributario;

(b) la soglia per le violazioni tributarie definitivamente accertate è ingiustificatamente più bassa di quella prevista per le violazioni tributarie non definitivamente accertate, ove la gravità è commisurata al valore del contratto da aggiudicare e presidiata da una soglia *de minimis* (Euro 35.000,00).

Il Consiglio di Stato, consapevole della discrezionalità del legislatore in materia, quasi "*suggerisce*" alla Corte costituzionale una sentenza additiva di principio, con la quale cioè venga sancito che sono "*gravi violazioni definitivamente accertate quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29*

[35] Corte Cost. 21 febbraio 2019, n. 20, in *Foro it.*, 2020, I, 142, con nota di ROMBOLI; Giur. Cost., 2019, 226, con nota di REPETTO; Giornale dir. Amm., 2019, 601 (m), con nota di AVEARDI; *Guida al dir.*, 2019, 12, 90, con nota di PONTE; *Dir. informazione e informatica*, 2019, 79, con nota di POLLICINO, RESTA; *Riv. corte conti*, 2019, 1, 227, con nota di CHIATANTE; *Dir. Internet*, 2019, 57, con nota di MARONGIU; *Foro it.*, 2020, I, 125, con nota di TRAPANI; *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2019, 393 (m), con nota di TROIANIELLO.

ISSN 2036-7821

settembre 1973, n. 602", ossia superiore ad Euro 5.000,00,"*e che, in ogni caso, sono correlate al valore dell'appalto*", lasciando perciò al legislatore la determinazione della proporzione rispetto al valore dell'appalto.

In altre parole, secondo il Consiglio di Stato, il legislatore non sarebbe tenuto ad estendere alle violazioni definitivamente accertate la soglia di rilevanza del 10% del valore del contratto da aggiudicare.

La questione sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale è di particolare attualità, poiché l'art. 94, co. 6, l'art. 95, co. 2, e l'Allegato II.10 del d.lgs. n. 36/2023 ripetono la medesima disciplina della gravità delle violazioni tributarie. In buona sostanza, poi, il d.lgs. 36/2023 ha in un certo senso ulteriormente sottolineato la disparità di trattamento tra le violazioni tributarie definitivamente accertate e quelle non definitivamente accertate, collocando quelle definitive nell'art. 94, cioè fra le cause di esclusione automatica, e quelle non definitive nell'art. 95, cioè fra le cause di esclusione non automatica. Pertanto, ancorché l'ordinanza di rimessione si riferisca solo all'art. 80 dell'abrogato codice dei contratti pubblici e, pertanto, l'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale possa avere effetti solo in relazione a quella norma, non è da escludere che una pronuncia sull'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 possa comunque avere effetti anche sulla disciplina attualmente vigente.

Invero e per le stesse ragioni evidenziate dal Consiglio di Stato, è lecito dubitare anche della legittimità costituzionale dell'art. 94, co. 6, d.lgs. n. 36/2023. Sicché non è da escludere che, nelle more della decisione della Corte costituzionale, possa essere sollevata anche una questione di legittimità costituzionale dell'attuale disciplina di questa causa di esclusione.

ISSN 2036-7821