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. 3/2025

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. 3/2025

## SOMMARIO

1. **I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025.**
di Gennaro Terracciano……...pag. 814
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

2. **A propósito del rechazo a la publicidad de bebidas alcohólicas por motivos de religión: la indiferencia de las normas internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol.**
di Rafael Valencia Candalija……...pag. 833

3. **Costituzione e amministrazione come strumenti indefettibili di contrasto alle mafie.**
di Francesco Rota……..pag. 866

4. **Incertezze giurisprudenziali in tema di criteri ambientali minimi.**
di Giuliano Taglianetti……pag. 880

5. **Governance sanitaria e diritto alla salute in prospettiva di genere. Il ruolo dell'amministrazione pubblica tra programmazione, equità ed effettività dei diritti.**
di Maria Camilla Spena……..pag. 892


ISSN 2036-7821

6. **I pagamenti dalla e alla P.A. in *Euro Digitale*: prime riflessioni sul progetto di regolamento europeo dalla prospettiva del diritto amministrativo.**
di Giuseppe La Rosa……pag. 938
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

7. **Mercato, uguaglianza e sovranità popolare La necessità dell'amministrazione nonostante i poteri oltre lo stato.**
di Daniele D'Alessandro…….pag. 976

8. **Il supporto dell'intelligenza artificiale nell'elaborazione dei "*compliance programs* 231" e i problematici profili della responsabilità penale dei programmatori e dei sorveglianti dei *software*.**
di Francesco Marzullo……..pag. 996
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)

9. **Processi evolutivi dei beni culturali immateriali. Problematiche e rappresentazioni attraverso casi di studio**
di Giuseppe Garzia…….pag. 1030

10. **Emergency, reconstruction and territorial vulnerability: challenges and perspectives for public administrations.**
di Simona Terracciano……...pag. 1045

11. **La rete dei servizi di facilitazione digitale e il servizio civile digitale come interventi pubblici per l'alfabetizzazione digitale.**
di Isabella Alberti……...pag. 1060
(*Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale"*)


ISSN 2036-7821

12. **Costruire l'integrità in tempi di crisi: contrasto e prevenzione della corruzione nell'esperienza giuridica palestinese tra sfide istituzionali e prospettive di riforma.**
di Valentina Maria Donini……pag. 1087

13. **Controversie relative a crediti per prestazioni professionali rese dagli avvocati in ambiti distinti da quello giudiziale civile (segnatamente in materia amministrativa). Riti esperibili e Fori territorialmente competenti. "Variazioni sul tema".**
di Paolo Cotza……pag. 1118

14. **L'anomalia dell'offerta in bilico tra "serietà" e "realizzabilità" quali criteri alternativi di verifica.**
di Dario Capotorto……pag. 1141

15. **L'attestazione della formazione del silenzio assenso: tra "certezze pubbliche" e incertezze applicative.**
di Augusto Di Cagno……pag. 1177

16. **Banks as Fiscal Gatekeepers in the European Union: Legal Duties, Fundamental Rights, and Comparative Accountability in Withholding Tax Enforcement under EU Law – Insights from Germany, the Netherlands, France, Italy, and the United Kingdom.**
di Filippo Luigi Giambrone……..pag. 1219


ISSN 2036-7821

**17. L'algoritmo nella costruzione del potere amministrativo, tra opportunità e questioni ancora aperte.**
di Adriana Ciafardoni……pag. 1248
*(Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale")*

**18. L'evoluzione della golden share in Italia.**
di Eugenio Piscino……..pag. 1267

**19. La revoca del RUP tra silenzi positivi e "*disinvoltura*" della prassi.**
di Raffaele Caroccia……pag. 1289

**20. Equilibrio di bilancio e diritti fondamentali: coordinate ermeneutiche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte costituzionale italiana sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità.**
di Francesco Maria Maglione……pag. 1307

**21. Teoria e prassi sull'utilizzo di sistemi artificiali all'interno della P.A., modelli di imputazione e prospettive.**
di Carmine Filicetti……pag. 1332
*(Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale")*

**22. Il ruolo dell'AgID nella digitalizzazione della Pubblica Amministrazione: considerazioni intorno al Piano Triennale per l'informatica 2024-2026.**
di Francesco Russo……pag. 1365
*(Saggio inserito anche nella sezione del sito della Rivista dedicato al "Focus su Transizione digitale e Intelligenza artificiale")*


ISSN 2036-7821

**23. Operatività risolutiva della convalida in presenza di conflitto di interessi: una lettura sistematica dell'art. 6-*bis* della Legge n. 241/1990.**
di Angiola Giovanna Modano……..pag. 1388

**24. La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari.**
di Caterina Vinti…….pag. 1433

**25. Riparazione del danno al terreno o bonifica del sito contaminato? Un doveroso aggiornamento.**
di Antonio Aruta Improta Maltese…….pag. 1499

**26. L'autotutela della Pubblica Amministrazione in caso di irregolarità fiscali sorte dopo l'aggiudicazione.**
di Lydia Martucci……...pag. 1521

**27. La decisione del CdM sui conflitti nei procedimenti di VIA. Spunti di riflessione.**
di Benedetto Marsili……..pag. 1531


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# I sistemi di intelligenza artificiale, l'attività amministrativa e il sindacato giurisdizionale, in considerazione della legge n. 132 del 2025

di Gennaro Terracciano

(Professore ordinario di diritto amministrativo e Prorettore dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

## Sommario

1 – I sistemi di intelligenza artificiale e la necessità di loro regolazione. - 2 – La I.A.A. (Intelligenza Artificiale Amministrativa). - 3 – La declinazione dei principi di riferimento del procedimento amministrativo algoritmico, in ragione dei rischi percepiti e dell'approccio giurisprudenziale. - 4 – Per una Carta dei diritti degli amministrati in ipotesi di utilizzazione di sistemi di IAA.

## Abstract

The paper systematically analyses the implications of using artificial intelligence (AI) systems in administrative activity and judicial review, considering the Italian Law No. 132 of 23 September 2025 and the European Union Artificial Intelligence Regulation of 2024. The discussion highlights the tension between technological progress and the protection of constitutional principles such as legality, impartiality, and good administration, emphasizing the need for a regulatory framework ensuring the "governability" of technology. The author introduces the notion of Administrative Artificial Intelligence (AAI) as a phenomenon permeating the entire administrative procedure, influencing the formation of public will, officials' accountability, and the transparency of algorithmic decision-making. The study argues for the establishment of a legal framework for algorithmic administrative action, grounded in the principles of algorithmic governance and supported by an enhanced judicial review encompassing substantive assessment. In this context, the author proposes a Charter of Citizens' Rights applicable to administrative uses of AI, inspired by the principles of honesty, trust, outcome, and the right to explanation, aiming to ensure a transparent, accountable, and value-oriented public administration in the digital era.

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


ISSN 2036-7821

***1. I sistemi di intelligenza artificiale e la necessità di loro regolazione.***

Si è avuto modo di evidenziare[1] che ormai i sistemi di Intelligenza Artificiale (IA), a seguito della ormai piena maturazione della rivoluzione informatica e digitale, evocano paure, dubbi etici[2], necessità di regolamentazione, rischi quanto agli effetti sulla vita stessa delle persone, ma allo stesso tempo promettono sviluppi e progressi positivi inimmaginabili in campo scientifico, in particolare medico-sanitario, industriale, economico e (forse) sociale.

Ogni progresso tecnologico, in fondo, potenzialmente può essere di per sé distruttivo o costruttivo, in ragione del suo utilizzo e della capacità delle società umane organizzate di dominare i conseguenti "poteri".

Come efficacemente è stato notato "*Si tratta di evocare non una catastrofe certa, ma un pericolo in atto, per giunta facilitato dall'ingenuità` dotta e incredibile di chi non ne vede l'avanzare. La risposta dei dotti e` nota: anche in tempi passati sono stati evocati pericoli per l'introduzione delle macchine, ma queste paure si sono dimostrate regressive e fallaci; l'importante e` capire che la macchina sarà` pur sempre sottoposta al controllo dell'uomo, anzi trasformerà` il lavoro pericoloso, sporco e servile in lavoro di intelligenza e programmazione, mentre libererà` nuova creatività` umana. Una tale replica, pur meritevole di attenzione, non sembra percepire il problema di cui si sta oggi parlando. A prescindere dalla più` generale osservazione per cui il fatto che in passato si sia contrastato efficacemente un pericolo non significa che il pericolo attuale sia ancora quello stesso, non va assolutamente trascurato che la situazione in cui si trova il genere umano oggi ha connotati di assoluta novità, per la quale occorrono adeguati strumenti di elaborazione critica.*"[3].

Anche solo due riflessioni iniziali possono essere utili a comprendere il suddetto richiamo: 1) gli ordinamenti, anche costituzionali, degli Stati e la disciplina normativa in generale in materia di digitalizzazione e di IA sono ancora decisamente incompleti e comunque del tutto insufficienti[4]; 2) lo sviluppo tecnologico e le applicazioni possibili dell'IA sono prevalentemente nella disponibilità delle

---

[1] Il presente scritto ricalca e rappresenta un'evoluzione ed aggiornamento, anche in ragione della entrata in vigore della legge n. 132 del 23 settembre 2025, del precedente G. Terracciano, *Intelligenza artificiale amministrativa (IAA): principi e regole per l'esercizio delle funzioni pubbliche e relativo sindacato giurisdizionale*, in Giustizia, lavoro e PA nell'era digitale, Editoriale scientifica, Napoli, 2025 (ISBN 979-12-235-0391-1), 533-553.

[2] P. Benanti, *Algor-etica: l'incertezza ci salverà*, in L'Osservatore romano, 2019. L'Autore è intervenuto più volte sull'argomento, sostenendo che "*Le AI rispondono in maniera autonoma a un problema che gli viene posto. Questi artefatti sono una nuova specie nelle macchine. Delle machine sapiens. Oggi il mondo non è più abitato solo dall'homo sapiens ma anche da machine sapiens*". L'algoretica "*Possiamo intenderla come una sorta di guardrail etico, che tiene la macchina all'interno di una strada e, per quanto possibile, evita alcuni eventi infausti. Si tratta anche di creare uno spazio di critica sociale in cui sia possibile chiederci cosa facciano gli algoritmi, che funzione abbiano*".

[3] G. Limone, *L'algoritmo e il mondo della vita. Nuovi appunti sul fondamentalismo macchinico nell'era contemporanea*, in rivista «Persona. Periodico internazionale di studi e dibattito», n. 1-2, Artetetra, Capua 2017, pp. 1-60, ISSN 2239-6667.

[4] J.B. Auby, *Conclusioni,* in L'amministrazione digitale, Ed.Scientifica, Napoli, 2023, pp. 287.


ISSN 2036-7821

"GAFAM" o delle "BATX", e il relativo "potere" appare, quindi, al momento appartenere a multinazionali private (algocrazia).

Naturalmente, non mancano dubbi che riguardano in profondità l'animo umano e spingono a riflessioni etico-filosofiche[5], finendo per domandarsi se la "macchina" esiste e se il pensiero astratto è esclusivo dell'intelligenza umana. Del resto, la tendenza ad antropomorfizzare[6] le macchine pensanti (caratteristica soprattutto della IA cd. forte[7]) porta poi a immaginare un triste e spettrale futuro di sostituzione del genere umano o quantomeno di prevaricazione della macchina autonoma rispetto alla persona umana[8].

E, tuttavia, non si può negare che "*... i progressi della scienza e della tecnica vanno considerati come una positiva conquista da parte dell'uomo. Non debbono perciò essere demonizzati a priori*" ma allo stesso tempo si deve anche evidenziare che le "*intelligenze artificiali*" sono comunque artefatti creati per finalità determinate, e quindi non sono "*neutri o neutrali*" [9].

In tale prospettiva, l'IA cd. debole (ammesso che tale definizione sia ancora valida) viene, quindi, considerata una rivoluzione tecnologica positiva, purché ben governata, nella costante ricerca di un equilibrio tra "*risultato computazionale e supervisione umana*"[10]. In fondo, anche la protezione delle libertà "*non incontra problemi sostanzialmente nuovi dinanzi agli algoritmi e alle decisioni delle macchine, perché in realtà è tuttavia l'uomo il protagonista dell'intero fenomeno*"[11], sebbene poi quando

---

[5] G. Chimirri, *IA Intelligenza Artificiale – Etica delle macchine pensanti*, Asterios, n. 64, 2021, con indicazioni bibliografiche ricchissime, sia riguardanti opere di informatica e del mondo digitale, sia saggi di filosofia della tecnica, della scienza e della cultura, dell'epistemologia e della sociologia.

[6] Si veda G. Natale, *Intelligenza artificiale, neuroscienze, algoritmi: le sfide future per il giurista. L'uomo e la macchina,* in Rassegna avvocatura dello Stato, 4/2020, 1-6.

[7] Si è già avuto modo di evidenziare che "*Al fine di affrontare il problema a livello sistemico, è necessario, nuovamente, evidenziare la summa divisio tra le procedure automatizzate in cui l'algoritmo è 'servente' (tradizionale), ovvero è in grado di sistematizzare, raccogliere e rielaborare i dati al solo fine di agevolare la decisione umana, e gli algoritmi di intelligenza artificiale 'forte', che sono in grado di auto-apprendere e di rappresentare autonomamente il processo decisionale, sostituendo, con funzione abduttiva, deduttiva e predittiva, la determinazione umana.*

*Gli algoritmi "forti", come detto, presentano un alto rischio di assenza di dominabilità, nel momento in cui il processo di continuo auto-apprendimento e di costante rielaborazione dei dati originariamente immessi nel sistema, determina il c.d. effetto black-box, generando una serie infinita di inferenze automatiche, sempre meno intellegibili, accessibili e sindacabili*", G. Terracciano, *I.A.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in Amministrativamente, fasc. 2 (anteprima), 2022, 1-10; si veda anche, G. Terracciano, *Automazione e processo amministrativo: una convivenza difficile?*, in Amministrativamente, fasc. 1, 2022, 25-32.

[8] Interessante l'analisi specifica di V. Tenore, *L'intelligenza artificiale può sostituire un giudice?*, EA Anicia, 2023, condotta in campo giuridico-processuale, che evidenzia l'utilità dell'IA (cd. debole) quale strumento di mero ausilio, però, della persona.

[9] V. Paglia, nella sua introduzione *a L'algoritmo della vita*, Piemme, 2024.

[10] Ciò anche in campo pubblicistico e nell'esercizio di funzioni pubbliche, come evidenzia G. Gallone, *Riserva di umanità e funzioni amministrative*, Cedam, 2023, pp. 165 e ss..

[11] Così, V.Caputi Jambrenghi, *Libertà e autorità*, II, Editoriale scientifica, 2023, pp. 253 e ss..


ISSN 2036-7821

dette tecnoscienze riguardino anche le modalità attraverso le quali si esercita il potere amministrativo, allora occorre chiedersi come possa assicurarsi il rispetto di valori e regole che tutelano o comunque sono strumentali alle libertà costituzionalmente protette[12].

Tale interrogativo è ancora più rilevante nelle ipotesi di esercizio del potere discrezionale amministrativo attraverso inconoscibili meccanismi volitivi di un sistema informatico che 'impara' da solo attraverso l'acquisizione di 'big data' non controllati o non controllabili, e che tende a sostituirsi alla decisione umana[13].

Del resto, la pervasività delle cc.dd. tecnoscienze e la velocità con la quale l'IA si evolve, con applicazioni inimmaginabili fino a poco tempo fa[14], finiscono per condizionare in modo per lo più incontrollato molti aspetti della vita dell'uomo: più crescono la specializzazione e la complessità delle scienze, più cresce l'urgente e comune domanda di valori e di senso[15] .

Il tema della 'dominabilità' delle scienze, ed in particolare di quelle che hanno applicazioni concrete pressoché immediate, come quelle riguardanti la digitalizzazione e le cc.dd. intelligenze artificiali, diviene fondamentale, in ragione della **trappola della semplicità di utilizzo a fronte della incomprensibilità delle regole di funzionamento** (cioè, degli algoritmi).

La ricerca di regole e profili valoriali non riguarda solo e tanto la tematica dell'atto amministrativo digitale o digitalizzato, che comunque, allo stato, pare essere frutto di un procedimento amministrativo necessariamente rispettoso delle norme a presidio della correttezza formale e sostanziale dell'atto stesso[16].

Allo stesso modo, detta ricerca non pare riguardare in modo preminente parametri e regole di algoritmi c.d. tradizionali (IA c.d. debole), che sono frutto di processi matematici che consentono una semplice verifica di correttezza e sono 'dominabili', nella misura in cui sia possibile verificare la congruità della traduzione in linguaggio

---

[12] P.Cucumile, Il sistema giuridico alla prova dell'intelligenza artificiale, in Lexitalia, 28 agosto 2024, pp 1-16, il quale ritiene che "*In quest'ottica, deve essere assicurato pertanto, in coerenza con il principio di legalita` e con l'assioma di responsabilita` ex art. 28 Cost., un segmento procedimentale di controllo e di verifica circa la logicita` e la legittimita` della scelta ottenuta quale output del processo automatizzato, rimettendo al titolare umano del potere amministrativo la competenza a controllare, validare o eventualmente smentire la scelta automatizzata*".

[13] M.C. Cavallaro, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in European Review of Digital Administration & Law – Erdal, 2020, Volume 1, Issue 1-2, June-December, p. 69-74.

[14] A. Barone, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in European Review of Digital Administration & Law – Erdal, 2020, Volume 1, Issue 1-2, June-December, p. 63-67.

[15] G. Limone, *Dare dignita` alla speranza e speranza alla dignita`. L'essere umano concreto al centro delle scienze e della vita: un crocevia di paradossi teorici ed etici*, Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 2006/2007 della Seconda Universita` degli Studi di Napoli.

[16] S. De Felice, *Intelligenza artificiale e "Invalidità e giustiziabilità dinanzi al giudice amministrativo"*, in www.giustizia-amministrativa.it, luglio 2021.


ISSN 2036-7821

matematico delle regole giuridiche[17].

Essi divengono, invece, determinanti e essenziali quanto alla possibilità di 'dominare' gli algoritmi scaturenti dall'applicazione di sistemi neurali o di intelligenza artificiale con autoapprendimento (cioè, con dati di input non controllati da un responsabile umano), così da consentire una sufficiente comprensibilità e trasparenza (e non mera conoscibilità) nella fase programmatoria, e, poi, una possibile sindacabilità in fase di esercizio del potere e di valutazione delle conseguenze, anche sul piano del merito (avuto riguardo non solo agli atti vincolati, ma anche a quelli a contenuto discrezionale, magari conseguenza di valutazioni predittive).

Del resto, la decisione amministrativa, umana o generata da IA, deve comunque essere giustificata, e il controllo sulla strumentalità dell'esercizio del potere all'interesse pubblico non può che appartenere al Giudice (amministrativo, in Italia), il quale deve essere dotato di un potere di **sindacato rafforzato**, proprio in ragione della maggiore complessità tecnologica, che rende difficilmente conoscibili o impenetrabili i meccanismi volitivi[18].

Ciò vale a maggior ragione quando è proprio il potere giurisdizionale che si dota di infrastrutture tecnologiche e utilizzi l'intelligenza artificiale in funzione predittiva dell'esito delle decisioni[19], con il rischio di una giustizia virtuale, automatica e a-valoriale, regolata da algoritmi che agiscono per mera riproduzione acritica dei precedenti[20].

Ciò che appare evidente dalle prime considerazioni introduttive è la necessità di fissare principi e regole generali a protezione delle libertà delle persone attraverso la costruzione di un complesso e delicato sistema di tutele valevoli a livello internazionale, che, tuttavia, non rappresenti un freno irrazionale al progresso tecnologico[21].

Ma, insieme, si rendono necessari sistemi regolatori nazionali, che, sulla base dei

---

[17] M. Corradino, *Intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: sfide concrete e prospettive future*, in www.giustizia-amministrativa.it, settembre 2021.

[18] Si veda, Cons. Stato, VI, n.881 del 2020, nel commento di A. Valsecchi, *Algoritmo, discrezionalità amministrativa e discrezionalità del giudice* (Nota a Cons. Stato, sez. VI, sent. del 4 febbraio 2020, n. 881), in iusinitinere, 14/09/2020.

[19] G. Terracciano, *L'applicazione in campo giuridico delle reti artificiali. Il programma "Giurinet"*, in T.A.R., 1998, II, 497.

[20] Oltre a V. Tenore, op. cit., C. Napoli, *Algoritmi, intelligenza artificiale e formazione della volontà pubblica: la decisione amministrativa e quella giudiziaria*, in Riv. AIC, 3, 2020.

[21] In tal senso, del resto, già ci sono stati tentativi, come la '*Rome Call for AI Ethics*', del 29 febbraio 2019, richiamata dal '*Hiroshima Addendum on Generative AI*' del luglio 2024.

Quanto all'approccio regolatorio dell'Unione Europea, fortemente critico è V. Zeno Zencovich: "*A parte il termine improprio, il secondo malinteso è che ciò che sappiamo dell'intelligenza artificiale e sull'intelligenza artificiale non è ciò che l'intelligenza artificiale sarà nel prossimo futuro. La legge è un tentativo di dare forma allo sviluppo di una tecnologia che è completamente fuori dalla portata dell'UE. Ciò denota la paura dell'ignoto e l'idea presuntuosa di dominarlo*", in Rivista di diritto dei media, 1/2024.


ISSN 2036-7821

diversi ordinamenti, fissino principi e criteri specifici di utilizzazione dell'IA per garantirne la piena conformità, formale e sostanziale, all'interesse pubblico, sia quanto all'esercizio del potere pubblico, sia quanto all'azione dei privati[22].

Del resto, "*una riforma dell'amministrazione all'insegna della digitalizzazione impone sfide anzitutto di tipo tecnologico. L'insieme dei dati utilizzati deve essere affidabile e soddisfare i requisiti di quantità (volume), qualità (value), varietà (variety), veridicità (veracity), velocità (velocity). Inoltre, agli utenti vanno fornite informazioni significative sui sistemi utilizzati, garantendo così trasparenza e conoscibilità (che non coincide comunque con la comprensibilità), senza poi trascurare la costante necessità di adottare elevati standard di sicurezza e di protezione della privacy. Sullo sfondo la questione, ineliminabile, dell'aumento del nostro condizionamento dai grandi colossi informatici, unici depositari delle competenze indispensabili a generare e gestire i sistemi*"[23].

L'esigenza regolatoria, come noto, è stata sentita più in Unione Europea che in altri contesti mondiali, e si è tradotta in un complesso Regolamento, pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 12 luglio 2024, con entrata in vigore dal 2 agosto 2024 e successiva efficacia graduale fino al 2 agosto 2026[24].

---

[22] Si veda la monografia di M. Falcone, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data,* Editoriale Scientifica, 2023, che giustamente evidenzia come la disciplina regolamentare in approvazione a livello Unionale Europeo privilegi un approccio alla minimizzazione del rischio (ineliminabile) connesso all'introduzione di sistemi gestionali fondati sull'IA, con applicazione dei principi di accuratezza, robustezza e sicurezza dei sistemi di IA, con allo stesso tempo adeguata rilevanza del principio di sorveglianza umana, in uno con la necessità di garantire un certo grado di trasparenza, ma soprattutto di corretta gestione di dataset (pp. 294 e ss.).

[23] M. Ramajoli, *L'amministrazione pubblica deve cercare di sfruttare tutte le potenzialità insite nell'Intelligenza artificiale, senza però abbandonare l'aspirazione a essere aperta e adattabile alle circostanze concrete*, in Rivista Il Mulino, maggio 2024. L'Autrice prosegue segnalando come "*Per l'amministrazione alle prese con i sistemi di Intelligenza artificiale non vi sono però solo sfide tecnologiche. Come precisato dal Regolamento europeo sull'IA e ribadito dal disegno di legge governativo in materia, il funzionario pubblico è l'unico responsabile degli atti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'Intelligenza artificiale, la quale deve limitarsi a svolgere una funzione di supporto all'attività amministrativa. Questa cosiddetta riserva d'umano, altrimenti definita human-in-the-loop, pone all'amministrazione sfide di carattere organizzativo e culturale in senso lato*".

[24] REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale). Approvato dal parlamento Europeo il 13 marzo 2024, e dal Consiglio dell'Unione Europea il 14 maggio 2024.

Sull'esigenza regolatoria sembra interessante quanto statuito al considerando n. 8: " *Si rende pertanto necessario un quadro giuridico dell'Unione che istituisca regole armonizzate in materia di IA per promuovere lo sviluppo, l'uso e l'adozione dell'IA nel mercato interno, garantendo nel contempo un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali la salute e la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione. Per conseguire tale obiettivo, è opportuno stabilire regole che disciplinino l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di determinati sistemi di IA, garantendo in tal modo il buon funzionamento del mercato interno e consentendo a tali sistemi di beneficiare del principio della libera circolazione di beni e servizi. Tali norme dovrebbero essere chiare e solide nel tutelare i diritti fondamentali, sostenere nuove soluzioni innovative e consentire un ecosistema europeo di attori pubblici e privati che creino sistemi di IA in linea con i valori dell'Unione e sblocchino il potenziale della trasformazione digitale in tutte le regioni dell'Unione. Stabilendo tali regole nonché le misure a sostegno dell'innovazione, con particolare attenzione alle piccole e medie imprese (PMI), comprese le*

In Italia risulta presentato un disegno di legge il 20 maggio 2024, ormai definitivamente approvato[25] recante disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale, ultimo di una lunga serie di progetti di legge sull'argomento già pendenti in parlamento[26], in qualche modo collegato al coevo disegno di legge recante disposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici, già approvato e già da tempo legge vigente[27].
I testi normativi si presentano di particolare complessità quanto alla loro interpretazione, e, soprattutto, sono forieri di seri dubbi quanto alla effettiva capacità di applicazione e alla loro utilità.
In particolare, poi, non sembra che vi sia una declinazione dei principi generali in criteri di azione quanto alla specifica problematica dell'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

## *2. La I.A.A. (Intelligenza Artificiale Amministrativa).*

La legge italiana sulla IA, n. 132 del 23 settembre 2025 definisce[28] l'intelligenza artificiale in analogia (anzi, rinviando) a quanto stabilito all'art. 3 del Regolamento Europeo: "*un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali*", in qualche modo comprendendo nella nozione (obiettivamente di difficile perimetrazione) sia sistemi predittivi, sia quelli cc.dd. generativi[29].

---

*start-up, il presente regolamento contribuisce all'obiettivo di promuovere l'approccio antropocentrico europeo all'IA ed essere un leader mondiale nello sviluppo di un'IA sicura, affidabile ed etica, come affermato dal Consiglio europeo, e garantisce la tutela dei principi etici, come specificamente richiesto dal Parlamento europeo*".

[25] l D.d.l. in questione è stato oggetto di un articolato e lungo iter legislativo: in prima lettura al Senato (20 marzo 2025); in seconda lettura alla Camera (25 giugno 2025; in terza lettura (17 settembre 2025) al Senato; la legge è la n. 132 del 23 settembre 2025

[26] Nella 19 legislatura sono 14 i progetti di legge presentati: S.917, C.1695, C.1783, S.1066, C.1444, C.1631, C.1514, S.1116, C.1084, C.1534, C.1832, C.1751, C.1577, C.1650.

[27] Legge n. 90/24 del 28 giugno 2024, GU n. 153 del 2 luglio 2024. Si veda anche il d.lgs. n. 134 del 4 settembre 2024 in tema di resilienza dei soggetti critici.

[28] Art. 2, comma 1, lettera a): "*il sistema definito dall'articolo 3, punto 1), del regolamento (UE) 2024/1689*"

[29] Si tratta di una definizione che sembra in tutto derivata dall'impostazione eurounitaria, se solo si legga il considerando n. 12 del Regolamento Europeo: "*La nozione di "sistema di IA" di cui al presente regolamento dovrebbe essere definita in maniera chiara e dovrebbe essere strettamente allineata al lavoro delle organizzazioni internazionali che si occupano di IA al fine di garantire la certezza del diritto, agevolare la convergenza internazionale e un'ampia accettazione, prevedendo nel contempo la flessibilita` necessaria per agevolare i rapidi sviluppi tecnologici in questo ambito. Inoltre, la definizione dovrebbe essere basata sulle principali caratteristiche dei sistemi di IA, che la distinguono dai tradizionali sistemi software o dagli approcci di programmazione piu` semplici, e non dovrebbe riguardare i sistemi basati sulle regole definite unicamente da persone fisiche per eseguire operazioni in modo automatico. Una caratteristica fondamentale dei sistemi di IA e` la loro capacita` inferenziale. Tale capacita` inferenziale si riferisce al processo di ottenimento degli output, quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni, che possono influenzare gli ambienti fisici e virtuali e alla capacita` dei sistemi di IA di ricavare modelli o algoritmi, o entrambi, da input o dati. Le tecniche che consentono l'inferenza nella costruzione di un*

I principi generali di riferimento sono fissati all'art. 3 della legge, all'art. 14 v'è una scarna regolazione dell'uso dell'intelligenza artificiale nella pubblica amministrazione, che tuttavia non innova in alcun modo quanto ai criteri di azione della P.A., e all'art. 15 vi sono limitate disposizioni sull'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria.

Il Regolamento Europeo non presenta, invece, norme specifiche per l'esercizio di funzioni pubbliche con o attraverso l'utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale, sebbene molti principi fissati in via generale per i cc.dd. deployer (nella cui nozione rientrano anche le autorità pubbliche che utilizzano un sistema di IA) possano applicarsi anche nell'ambito di procedimenti amministrativi[30].

Alla stregua di quanto evidenziato, potrebbe allora ritenersi che la IAA sia riferita all'utilizzazione dell'intelligenza artificiale nell'ambito dell'esercizio della funzione pubblica, indipendentemente dalla distinzione tra intelligenza artificiale 'debole', quale ausilio alla decisione, e quella 'forte', quale decisione vera e propria, così come quella tra IA predittiva e IA generativa, che tende a evidenziare una distinzione sul piano del risultato o dell'utilizzazione. L'art. 14 citato della legge italiana, in effetti, non evidenzia alcuna delimitazione che faccia riferimento alla "qualità" del sistema di IA utilizzato, ma solo funzionalizza detta utilizzazione all'incremento di efficienza, alla riduzione dei tempi di definizione dei procedimenti, al miglioramento della quantità e qualità dei servizi e richiama in modo generico due soli criteri: conoscibilità del funzionamento del sistema di IA e tracciabilità del suo utilizzo.

Forse il secondo comma del citato art. 14 può far pensare ad una sorta di delimitazione dell'utilizzo di sistemi di IA a mero supporto dell'attività provvedimentale o in funzione comunque strumentale, ribadendosi la centralità del

---

*sistema di IA comprendono approcci di apprendimento automatico che imparano dai dati come conseguire determinati obiettivi e approcci basati sulla logica e sulla conoscenza che traggono inferenze dalla conoscenza codificata o dalla rappresentazione simbolica del compito da risolvere. La capacita` inferenziale di un sistema di IA trascende l'elaborazione di base dei dati consentendo l'apprendimento, il ragionamento o la modellizzazione. Il termine "automatizzato" si riferisce al fatto che il funzionamento dei sistemi di IA prevede l'uso di macchine. Il riferimento a obiettivi espliciti o impliciti sottolinea che i sistemi di IA possono operare in base a obiettivi espliciti definiti o a obiettivi impliciti. Gli obiettivi del sistema di IA possono essere diversi dalla finalita` prevista del sistema di IA in un contesto specifico. Ai fini del presente regolamento, gli ambienti dovrebbero essere intesi come i contesti in cui operano i sistemi di IA, mentre gli output generati dal sistema di IA riflettono le diverse funzioni svolte dai sistemi di IA e comprendono previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni. I sistemi di IA sono progettati per funzionare con livelli di autonomia variabili, il che significa che dispongono di un certo grado di autonomia di azione rispetto al coinvolgimento umano e di capacita` di funzionare senza l'intervento umano. L'adattabilita` che un sistema di IA potrebbe presentare dopo la diffusione si riferisce alle capacita` di autoapprendimento, che consentono al sistema di cambiare durante l'uso. I sistemi di IA possono essere utilizzati come elementi indipendenti (stand-alone) o come componenti di un prodotto, a prescindere dal fatto che il sistema sia fisicamente incorporato nel prodotto (integrato) o assista la funzionalita` del prodotto senza esservi incorporato (non integrato)".*

[30] Può ad esempio farsi riferimento ai seguenti principi, variamente declinabili: Sorveglianza umana art. 14, Accuratezza, robustezza e cibersicurezza art. 15, Responsabilità continua e diffusa art. 25, Valutazione d'impatto sui diritti fondamentali art. 27, Trasparenza art. 50, Riservatezza art. 78, Diritto alla spiegazione art. 86.


ISSN 2036-7821

potere decisionale del responsabile del procedimento. Ma, a ben vedere, i sistemi basati sull'intelligenza artificiale non possono certo relegarsi alla fase decisionale dell'esercizio della funzione pubblica, rimanendo essi funzionali all'esercizio delle potestà amministrative pubbliche durante l'intero procedimento, dalla fase di iniziativa a quella decisoria.

In effetti, tutte le fasi del processo di formazione della volontà amministrativa possono essere interessate e condotte attraverso moduli algoritmici, sia in ambito procedimentale, sia in ambito processuale. Del resto, così si perimetra il principio di responsabilità insito nel comma 3 dello stesso art. 14 citato, ove si legge che "*Le pubbliche amministrazioni adottano misure tecniche, organizzative e formative finalizzate a garantire un utilizzo responsabile dell'intelligenza artificiale e a sviluppare le capacità trasversali degli utilizzatori*"

Ogni decisione presuppone una attività di raccolta e valutazione degli elementi fattuali e giuridici quali presupposti, e cioè di un *dataset*, che in ipotesi di procedimento algoritmico è rappresentato da informazioni digitalizzate, di modo che anche il fatto risulti 'algoritmizzato'.

Anche in tali casi, ovviamente, rimane ferma l'imputabilità del provvedimento alla persona del responsabile del procedimento, ma si fa fatica a comprendere quale sia lo spazio di autonomia riconoscibile.

Sembra, invece, in ragione dei principi generali che anche la legge italiana individua (art. 3), che il ruolo del responsabile umano possa esplicarsi in modo e misura significativi con riferimento ai dati di input: ciò che occorre garantire è la necessità che la raccolta e l'immissione dei dati siano sorvegliate e in qualche modo "certificate", come del resto accade nei procedimenti amministrativi "analogici".

Più precisamente, il comma 2 del citato art. 3 richiede che i dati e i processi siano oggetto di vigilanza circa la loro correttezza, attendibilità, sicurezza, qualità, appropriatezza, trasparenza e proporzionalità (che a ben vedere dovrebbero essere garantiti in qualunque procedimento amministrativo). Autonomia e potere decisionale dell'uomo possono essere preservati probabilmente solo attraverso la vigilanza sopraddetta del processo, più che come effettiva possibilità di esercizio di potere discrezionale.

L'Intelligenza Amministrativa Artificiale sembra, quindi, riguardare l'intero *iter* decisionale, mappando tutti i processi mediante l'elaborazione di regole di condotta, *alert* e indicatori di monitoraggio della loro attuazione, al fine di assicurare una trasparenza, accessibilità e sindacabilità algoritmica, consentendo di individuare garanzie essenziali e criteri di legalità che coniughino un giusto grado di autonomia della macchina con il contrasto a deviazioni, vulnerabilità o errori del sistema[31].

Occorre, allora, formalizzare uno statuto giuridico che riguardi la produzione e

[31] Come già detto in G. Terracciano, *I.A.A.* …, op cit.


ISSN 2036-7821

l'utilizzazione dell'intelligenza artificiale in ambito procedimentale amministrativo, che sia declinato in regole concrete sulla base di criteri aggiuntivi a quelli vigenti per il procedimento analogico, sempre in attuazione dei principi costituzionali di legalità e buon andamento: in definitiva, si vuole fare riferimento a criteri e regole di "governance algoritmica".

Non mancano, ovviamente, già ricerche e decaloghi in tal senso diretti, ispirati ai principi costituzionali e normativi attinenti all'attività amministrativa, diretti ad evitare diseguaglianze o discriminazioni e nell'interesse ad una azione imparziale[32]; così come a volte si finisce per ritenere sufficiente o comunque applicabile la esistente regolamentazione riguardante il procedimento amministrativo[33]. In effetti, lo stesso art. 3 citato è ricco di riferimenti a principi costituzionali e diritti fondamentali di ogni cittadino, in chiave di protezione di rischi potenziali.

Tuttavia, l'impressione è che l'IAA non sia relegabile a semplice strumento di ausilio al responsabile decisore umano, ma abbia già in sé **l'attitudine a "fondersi" con il decisore umano**, se non tendenzialmente a sostituirlo, almeno quando non vi sia discrezionalità amministrativa o spendita di potere politico-amministrativo o, ancora, quando gli interessi pubblici e privati coinvolti nell'azione non siano di particolare rilevanza[34].

Proprio per questo pare necessario che si giunga alla formulazione di **regole di buona amministrazione algoritmica**, ovviamente nel rispetto dei principi generali fissati nella legge n. 132 citata, ma con la fissazione di disposizioni operative per l'utilizzo di modelli automatizzati con controllo o sorveglianza in fase di acquisizione dei fatti e verifica dei risultati a valle della decisione, rimanendo, allo stato, insufficienti anche quelli ipotizzati nella legge più volte richiamata.

In altri termini, sembra che occorra una diversificata disciplina sul procedimento informatizzato con utilizzazione di I.A.A, anche con protocolli processuali che comunque diano garanzia di contraddittorio e non comprimano il diritto di difesa, ma soprattutto che consentano una **effettiva verificabilità e sindacabilità** in termini di corretto perseguimento dell'interesse pubblico.

In tale direzione sembra diretta la specifica disciplina dettata dall'art. 30 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023), che anche con riferimento a sistemi di intelligenza artificiale declina i principi di conoscibilità, comprensibilità, non

[32] E. Carloni, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate di fronte al giudice amministrativo*, in Dir.Amm., 2/2020, 271 e ss.; D. Ponte –G. Pernice, *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2021.

[33] M.C.Cavallaro, G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in Federalismi, 16/2019, 18 e ss..

[34] Si veda la riflessione di G. Armao- C. Cutuli, *Coesione digitale, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione*, Gruppo 24ORE, 2025, 94 e ss., ove si evidenzia che "*... il paradigma sottostante non si fondi sulla mera sostituzione dell'elemento umane, bensì sulla ricerca di una proficua complementarietà tra le prerogative proprie del dipendente pubblico e le potenzialità offerte dagli strumenti computazionali avanzati*".


ISSN 2036-7821

esclusività della decisione algoritmica e non discriminazione, assicurando ampia conoscenza degli atti del procedimento di appalto, ivi compreso il c.d. codice sorgente, ma senza tuttavia specificare alcun criterio sulla qualità dei dati e sul controllo nella fase di adozione delle soluzioni tecnologiche e delle automazioni[35]

La necessità di verifica della correttezza e congruità della decisione amministrativa, però, non riguarda solo l'algoritmo in sé, come sembra ritenere allo stato la giurisprudenza amministrativa italiana[36], ma deve avere come perimetro di valutazione e controllo l'intero procedimento "algoritmico", cioè il processo decisionale nel suo insieme, con attribuzione di potere sindacatorio più penetrante, anche sugli assetti conseguenti all'adozione del provvedimento o al comportamento dell'amministrazione, nel rispetto dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità[37].

In definitiva, nessuno può dubitare della necessità di un giusto grado di tracciabilità e trasparenza dei processi, ma diviene fondamentale il controllo dei risultati dell'azione amministrativa, quanto alla conformità ai parametri legali, ma soprattutto quanto al **perseguimento "giusto" dell'interesse pubblico**: controllo procedimentale e processuale, sia di legittimità, sia di merito.

Tale necessità di valutazione e controllo del risultato dell'azione amministrativa algoritmica coinvolge tanto la funzione di amministrazione attiva, tanto la funzione giurisdizionale, che indagano e operano su una gerarchia di interessi che emergono dalla fattispecie, condividendo la difficoltà di interpretare, di eseguire, di applicare norme e principi, spesso ad elevato contenuto di astrattezza, nella concretezza della realtà fattuale[38], in modo **"onesto".**

---

[35] Per una disamina si veda A. Moretti, *L'intelligenza artificiale nell'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici: verso un'automazione responsabile dei pubblici appalti*, in Lexitalia, 18 giugno 2025.

[36] Si veda, ad esempio, TAR Lazio, Roma, sez. III bis, 16 agosto 2025, n. 15557, che, con riferimento al diritto di accesso, si limita ad affermare che l'utilizzo di sistemi informatici, dagli algoritmi al c.d. machine learning, va inteso quale modulo procedimentale per lo svolgimento dell'attività autoritativa in modalità più efficienti ed è regolato dai principi di conoscibilità e comprensibilità, non esclusività della decisione algoritmica e non discriminazione algoritmica.

[37] Interessante pare l'approccio di G. Lo Sapio, L'Intelligenza Artificiale Generativa nella Giustizia Amministrativa: scenari, rischi e opportunità, in Giustizia-amministrativa.it, 3 febbraio 2025, che si interroga sulla dominabilità dei sistemi di intelligenza artificiale in ambito legale, e con specifico riferimento al Giudice amministrativo, su: "*come conformare, fin dalla fase della progettazione, i LLM, affinché diventino "copiloti" efficaci in ordinamenti giuridici di Civil Law; quali competenze multidisciplinari sono necessarie perché siano addestrati e adattati alla giustizia amministrativa, in modo responsabile; come interagire in modo consapevole con tali modelli, in modo da assicurare che il rapporto dialogico non si traduca in una acritica validazione delle risposte fornite dall'IA; in definitiva, come assicurare, anche sul piano concreto dell'attività giurisdizionale, il delicato equilibrio tra la fiducia e la supervisione umana, evitando che la prima si tramuti in cieco affidamento e la seconda in un controllo eccessivo, neutralizzando di fatto gli eventuali benefici derivanti dalle innovazioni tecnologiche*".

[38] G. Terracciano – A. Colarusso, *L'indizio nella decisione amministrativa (teoria e prassi dell'inferenza probatoria nell'esercizio della funzione amministrativa e del potere giurisdizionale)*, editoriale scientifica, Napoli, 2021.


ISSN 2036-7821

***3. La declinazione dei principi di riferimento del procedimento amministrativo algoritmico, in ragione dei rischi percepiti e dell'approccio giurisprudenziale.***

A fronte di diffusi approcci generalisti al tema (il pensiero comune), che segnalano rischi e vantaggi che possono essere conseguenti a qualunque introduzione di innovazioni tecnologiche, specie quelle informatiche, e che riproducono paure ed esaltazioni proprie dell'essere umano rispetto all'ignoto, occorre invece essere pronti a gestire una diversa prospettiva di sviluppo, che vede la IA come possibile protagonista della formazione della volontà amministrativa, in funzione predittiva e generativa insieme, opportunamente combinate.

Questa diversa prospettiva richiede un differente approccio, dovendosi prendere atto che i criteri di azione che regolano l'agire pubblico non appaiono sufficienti per garantire che l'esercizio del potere pubblico, in era di IA, sia effettivamente diretto alla massimizzazione dell'interesse pubblico.

Ciò vale anche per l'esercizio del potere giurisdizionale, che non può rimanere relegato nel paradigma tradizionale che non consente un effettivo sindacato quanto alle scelte di merito della P.A..

Nel procedimento algoritmico, e quindi a seguito di utilizzazione della I.A.A., non sarà possibile discernere l'esercizio di discrezionalità tecnica da quello di discrezionalità amministrativa, a maggior ragione nelle ipotesi di utilizzo di applicazioni che si fondano su algoritmi conseguenza di autoapprendimento, che rimarrebbero oscuri alla comprensione anche in caso di massima trasparenza e accessibilità, tenuto conto che si tratterebbe di stringhe o formule alfanumeriche che non consentono valutazioni simili a quelle che potrebbero farsi in relazione all'agire umano. Come già evidenziato in altro scritto "*In altri termini, il processo di sussunzione tra fattispecie concreta e norma non è facilmente perimetrabile, e la discrezionalità insita in ogni decisione, umana o automatizzata che sia, è caratterizzata da un continuo confronto tra elementi di input e dati esperienziali, con cicli tendenti all'infinito. Il presupposto di fatto e quello di diritto si confondono e l'istruttoria finisce per essere simultanea alla decisione, in modo indistinguibile*"[39].

Si è pure già rilevato che a fronte della capacita` della tecnoscienza di generare effetti straordinariamente invasivi nella sfera delle comunità, non si manifesta altrettanta capacità della stessa tecnoscienza di prevedere con adeguata certezza ciò che accadrà[40].

Eppure, **i sistemi c.d. predittivi sembrano possedere una forza persuasiva tale da divenire 'influenzanti' al punto da essere fattori determinanti delle scelte**

[39] G. Terracciano, I.A.A. …, op. cit..

[40] G. Limone, *Dare dignita` alla speranza e speranza alla dignita`. L'essere umano concreto al centro delle scienze e della vita: un crocevia di paradossi teorici ed etici*, Prolusione all'inaugurazione dell'anno accademico 2006/2007 della Seconda Universita` degli Studi di Napoli.


ISSN 2036-7821

**collettive** (non solo in campo politico[41]). Così l'IA è in grado di trascendere dalla mera funzione predittiva per riuscire a indirizzare ogni "elemento causale" verso l'evento supposto, **realizzando in concreto la predizione: capacità predittiva o elemento causale primario (di un evento che non si sarebbe realizzato senza la previsione)?**

In Italia, la giurisprudenza amministrativa, soprattutto del Consiglio di Stato, ha preso atto della esistenza di decisioni amministrative con utilizzazione di algoritmi, ad esempio quanto alle procedure di assunzioni e assegnazioni di docenti con procedure automatizzate, stabilendo limiti e condizioni per l'accettabilità della decisione automatizzata in ambito amministrativo, fissando i criteri di conoscibilità, trasparenza e accessibilità[42] del procedimento; della non esclusività e della dominabilità umana della decisione; della non discriminatorietà dei dati immessi nel sistema[43].

Si tratta, comunque, di approcci giurisprudenziali di matrice tradizionale, limitate dalla tipologia di giudizio che ha natura esclusivamente di legittimità e non di merito.

Ciò che pare ancora mancare è il riconoscimento della limitatezza di tale risposta giustiziale, a fronte della necessità di non limitarsi alla valutazione della sussistenza dei vizi di legittimità nell'azione amministrativa algoritmica, ma invece di ampliare la potestà dei giudici per verificare in concreto il risultato e le conseguenze dell'agire amministrativo, in funzione dell'effettivo perseguimento del pubblico interesse, e nel rispetto dei criteri di giustizia ed equità, e non di sola legalità.

Del resto, lo scarno art. 15 della legge n. 132 citata finisce per trattare i sistemi di intelligenza artificiale in ambito giudiziario semplicemente richiamando la necessità di adeguata formazione 'digitale' e ribadendo che "*Nei casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti*". Nulla, in effetti, è detto quanto all'ambito di sindacato che la giurisdizione ha nel decidere controversie con oggetto l'utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale.[44]

---

[41] Indicativo pare essere il comma 4 dell'art. 3 citato della legge n. 132, laddove evidenzia il rischio di pregiudizio della democraticità della vita istituzionale e politica del paese.

[42] E., Prosperetti, *Accesso al software e al relativo algoritmo nei procedimenti amministrativi e giudiziali. Un'analisi a partire da due pronunce del TAR Lazio*, in Dir.Inf. e Informatica, 4/2019, 979 e ss.; N. Muciaccia, *Algoritmi e procedimento decisionale: alcuni recenti arresti della giustizia amministrativa*, in Federalismi, 10/2020.

[43] D. Ponte –G., Pernice, *L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo: rischi e speranze*, in www.giustizia-amministrativa.it, ottobre 2021.

[44] Per un primo commento alla legge con riferimento al sistema processuale e sostanziale penale, si veda N.M. Tritto, Verso il c.d. diritto digitale: prime riflessioni sulla riforma in materia di intelligenza artificiale, in Lexitalia, 22 settembre 2025.


ISSN 2036-7821

Non mancano, per la verità, posizioni giurisprudenziali di apertura verso un sindacato più penetrante[45], affermandosi che "*L'importanza del risultato nella disciplina dell'attività dell'amministrazione non va riguardata ponendo tale valore in chiave antagonista rispetto al principio di legalità, rispetto al quale potrebbe realizzare una potenziale frizione: al contrario, come pure è stato efficacemente sostenuto successivamente all'entrata in vigore del richiamato d. lgs. n. 36 del 2023, il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad "ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo", facendo "transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili*".
A ben vedere, la richiamata decisione del Consiglio di Stato pare conseguire ad una interpretazione particolarmente avanzata del perimetro della legalità sindacabile da detto Giudice, tenuto conto che a legislazione invariata non sarebbe ammissibile un sindacato sostanzialmente di merito che valuti il rispetto dei principi del risultato e della responsabilità.
Allo stesso tempo, si è anche preso atto che, pur con riserva di "umanità", l'utilizzazione in attività amministrativa di sistemi di IA è ormai comune e diffusa[46], e si è anche provato a delimitare il confine tra decisione algoritmica e algoritmo di mero supporto all'attività decisionale amministrativa[47], ciò al fine di riconoscere o meno il diritto di accesso al c.d. 'sorgente'.
Tuttavia, nell'attuale ordinamento v'è altro Giudice amministrativo (la Corte dei

[45] Consiglio di Stato - III Sezione – 26 marzo 2024, n. 2866.

[46] TAR Lazio, Sez. II, sentenza 3 marzo 2025, n. 4546; si veda anche l'interessante commento di A. Moretti, *Intelligenza artificiale in gara d'appalto*, in Lexitalia, 22 luglio 2025.

[47] Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4857 del 4 giugno 2025. Traspare dalla sentenza ancora un approccio sostanzialmente tradizionale, laddove ritiene *"che l'adozione delle tecnologie dell'informazione, sia pure con funzione di mero supporto alla decisione affidata al fattore umano, si riflette sugli istituti del procedimento amministrativo, contribuendo alla costruzione di una amministrazione che si adatti ai mutamenti tecnologici al fine di gestire in maniera più efficiente e trasparente il procedimento.*

*La digitalizzazione ha inciso sulle modalità di esercizio del potere, ampliando le possibilità di azione amministrativa con l'obiettivo di fornire nuovi servizi.*

*L'uso della telematica nell'azione amministrativa è oramai riconosciuto come principio generale di un nuovo diritto amministrativo; in questa direzione può essere letto l'art. 3 bis della L. n. 241 del 1990 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"), inserito a seguito della novella del 2005, il quale prevede che per conseguire maggiore efficienza nella loro attività le amministrazioni incentivano l'uso della telematica, anche nei rapporti con i privati.*

*Prima del riconoscimento espresso di tale principio, la rilevanza dell'attività amministrativa in forma elettronica era stata sancita in maniera indiretta nel Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000) e nel Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 82/2005).*

*Le procedure ad evidenza pubblica non sfuggono alla propensione del procedimento amministrativo verso gli strumenti telematici (artt. 20, 27 e 28, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36)".* La sentenza, quindi, conclude affermando che le decisioni che si avvalgono di un algoritmo di mero supporto – che restano rigorosamente ancorate al fattore umano – non sono disciplinate dall'art. 30, comma 2, lett. a), del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 il quale, di contro regolamenta solamente i principi che devono governare l'adozione dei "provvedimenti per algoritmi" (principio di trasparenza, principio di non esclusività della decisione algoritmica, principio di non discriminazione).


ISSN 2036-7821

Conti) che già è deputato a verificare non solo la correttezza dell'agire amministrativo quanto alla spendita di risorse pubbliche, ma anche l'utilità, la speditezza, l'efficienza dell'azione pubblica, non solo in sede di controllo ma anche in sede giurisdizionale attraverso il giudizio sulla responsabilità amministrativa e che ben potrebbe esercitare un sindacato forte in ipotesi di utilizzazione di applicazioni di I.A. in via concomitante, oltre che quanto al risultato dell'azione, a presidio del rispetto dei principi costituzionali.

In altri termini, quindi, occorre prendere atto che i principi e criteri legislativi che attualmente regolano l'azione delle pubbliche amministrazioni attraverso procedimenti, a dir così, analogici, e limitano il sindacato giurisdizionale, non sono sufficienti a garantire legalità e soprattutto democraticità quanto ai procedimenti caratterizzati da utilizzazione di algoritmi non tradizionali, cioè scaturenti da macchine evolute attraverso autoapprendimento, che rendono la *Black box* indecifrabile per natura[48], o c.d. ricorsivi, cioè che utilizzano la tecnica della ricorsione per risolvere un problema suddividendolo in sotto problemi più piccoli dello stesso tipo[49].

Un adeguamento dei principi di riferimento pare necessario anche per evitare che in ambito pubblicistico si rallenti l'utilizzabilità dell'IA, che invece in ambito privatistico sembra non avere limiti, con l'effetto di aggravare ancor più il già esistente divario tecnologico tra le grandi imprese private e gli Stati[50].

Legalità, buon andamento, imparzialità, trasparenza, imputabilità, responsabilità, prevenzione, precauzione, proporzionalità, umanità, sono principi e criteri che indubbiamente devono essere rispettati con dovuti adattamenti, ai quali occorre aggiungere, come specifici del procedimento algoritmico e per pervenire **alla "verità" algoritmica, almeno quelli della onestà, della fiducia e del risultato, con una più specifica declinazione del principio di trasparenza, e cioè la comprensibilità attraverso un diritto di spiegazione**[51].

---

[48] M.Corradino, *Intelligenza artificiale …*, op. cit.

[49] G.E. Sacks, Teoria della ricorsività, Rend. Sem. Mat, Politecnico di Torino, conferenza 23 gennaio 1996.

[50] Qualche apertura giurisprudenziale è anche descritta in M. Pani e C. Sanna, *Procedure di gara e intelligenza artificiale,* in Lexitalia, 3 luglio 2024, pp. 1-8.

[51] Sui principi e criteri applicabili ai procedimenti algoritmici, solo da ultimo si vedano: G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in Politica del diritto, 2, 2019, 199 ss.; G. Resta, *Algoritmi, diritto, democrazia*, in Giustizia civile.com, Editoriale, 2019; A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in Analisi giuridica dell'economia, 1, 2019, 47 ss.; P. Zuddas, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, sul sito www.giurcost.org, 2020; M.C. Cavallaro e G. Smorto, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in Federalismi.it, 2019; G.C. Feroni, C. Fontana, E.C. Raffiotta, AI Anthology, *Profili giuridici, economici e sociali dell'intelligenza artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2022; G. Carullo, *Dati, banche dati, blockchain e interoperabilità dei sistemi informatici nel settore pubblico*, in R. Cavallo Perin e D.U. Galetta (a cura di), Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale, Giappichelli, Torino, 2020, 191-221; A.G. Orofino, *L'attuazione del principio di trasparenza nello svolgimento dell'amministrazione elettronica, in* Judicium, 2020; B. Ponti, *L'amministrazione come fornitore e come fruitore di dati personali pubblici: sono praticabili soluzioni basate sulla Big Data Analytics/Machine*


ISSN 2036-7821

***4. Per una Carta dei diritti degli amministrati in ipotesi di utilizzazione di sistemi di IAA.***

Come introdurre i suddetti principi e criteri con riferimento all'azione amministrativa algoritmica non pare sia cosa semplice e, quindi, occorre forse prendere le mosse da alcune considerazioni svolte, che possono sintetizzarsi come segue:

a) la regolamentazione generale in tema di IA predittiva e generativa appare complessa e comunque al momento non idonea a regolare la IAA, anche perché prevalentemente basata su una matrice dei rischi;

b) la disciplina specifica sull'IAA e sul procedimento amministrativo algoritmico è sostanzialmente inesistente;

c) la tecnologia e le risorse dirette alla ricerca in questo campo sono prevalentemente nella disponibilità di multinazionali private (GAFAM – BATX), le quali, se pure dovranno orientare i loro progetti in modo da rispettare la disciplina europea, accentueranno il loro dominio tecnico a scapito della capacità di controllo del sistema pubblico;

d) i rischi di alterazione del rapporto Autorità-Libertà a seguito dell'utilizzo di IA nell'esercizio del potere pubblico è sentito come grave, e pur tuttavia a ciò non pare esserci un riscontro in termini reattivi;

e) la concentrazione del "potere" dell'IA in capo a multinazionali private, associata alla assenza o difficoltà di sorveglianza e controllo di natura pubblica, può condurre ad una sorta di Tecnocrazia (algocrazia), che finirebbe per condizionare fortemente i governi degli Stati (democratici o meno che siano i relativi sistemi politici) o addirittura per sostituirli;

f) non pare possibile (né conveniente) fermare o rallentare il progresso tecnologico e quindi occorre fare in modo che l'IA sia "dominabile" (governance inclusiva);

g) gli algoritmi complessi o avanzati fondati su autoapprendimento sono difficilmente valutabili (e comprensibili) ex post in chiave di legittimità o conformità con le attuali regole dell'agire amministrativo, e pertanto v'è bisogno di un sindacato giurisdizionale forte.

L'approccio della regolamentazione generale, sia quanto agli 11 principi del G7 di Hiroshima, sia quanto al Regolamento sull'IA dell'Unione Europea (che ha creato

---

*Learning?*, in R. Cavallo Perin (a cura di), L'amministrazione pubblica con i Big Data, Torino, 2021, 233-250; N. Rangone, *Intelligenza artificiale e intelligenza umana a supporto di una buona amministrazione*, in Munera, n. 2/2022; F. Luciani, *Brevi note sull'innovazione tecnologica come strumento di buona amministrazione*, in La cittadinanza europea, n. 2/2022, 199-218; G.M. Racca, *La responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede*, in Dir. Amm., n. 3/2022; V. Fanti, *Intelligenza artificiale e diritto amministrativo: prospettive, limiti, pericoli*, in Dir. e proc. amm., 2022, 1002; G. Gallone, Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo, cit., Milano, 2023; A. Romeo, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato alla prova della trasformazione digitale*, in Scritti in onore di Maria Immordino, Napoli, 2022; P. Rubechini, *Tecnologia blockchain e fiducia amministrativa*, Napoli, 2023.


ISSN 2036-7821

anche un Ufficio europeo per l'IA e previsto una struttura di governance europea e strutture analoghe nazionali; in Italia sono l'Agenzia per l'Italia digitale 'AgID' e l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale 'ACN'), evidenzia il comune sentire come rilevante la necessità di un sistema chiaro di responsabilità in itinere dei soggetti che creano, immettono, distribuiscono e utilizzano sistemi avanzati di IA, a cui corrisponde la necessità di valutazione, controllo e, si potrebbe aggiungere, di certificazione da parte dei poteri pubblici, a protezione degli utenti (e dei cittadini amministrati)[52].

Tale approccio può essere utilizzato anche per le più specifiche regole dell'azione amministrativa algoritmica, e in tale direzione dovrebbero essere considerati i principi e criteri sopraddetti.

In particolare:

**A)** **L'onestà** in ambito procedimentale pubblico o comunque nell'esercizio del potere pubblico richiede l'adesione a standard di verità (veridicità), correttezza, integrità, equità (e non discriminazione) e affidabilità, nell'intero processo del farsi dell'atto amministrativo. Ciò richiede una idonea preparazione del soggetto responsabile del procedimento, che, in una dimensione antropocentrica (come pure recita l'art. 1 della legge n. 132 citata), massimizzi le opportunità e minimizzi i rischi.

**B)** Peraltro, l'onestà è un presupposto della **fiducia**.

Se con **"fiducia"** si vuole intendere il modo di sentire il rapporto tra l'Autorità amministrativa e il Soggetto amministrato, come peraltro statuito di recente dal nuovo Codice dei contratti pubblici italiano (n. 36 del 2023), che si sostanzia nella reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e, correlativamente, degli operatori economici, allora esso richiede che sia l'Autorità pubblica a sorvegliare la qualità e quantità di dati di input strumentale, in funzione di addestramento, a costruire l'algoritmo da utilizzarsi nell'ambito o in sostituzione di procedimenti amministrativi. Detta sorveglianza potrebbe confluire in una sorta di abilitazione o autorizzazione all'utilizzazione di modelli o applicazioni di IA nell'ambito dell'esercizio dell'attività amministrativa, indipendentemente dalla circostanza che i controlli in itinere vengano autocertificati o certificati da operatori economici o svolti dalla stessa pubblica amministrazione.

In definitiva, il principio della fiducia giocherebbe un ruolo essenziale quanto al controllo dei presupposti tecnici dell'algoritmo.

La valutazione, anche giurisdizionale, della correttezza sostanziale e quindi della giustezza giuridica e, in fondo, dell'equità della decisione, sarebbe così concentrata su due momenti essenziali: la quantità e qualità dei dati (input) e la decisione finale (output), divenendo quasi irrilevante il processo di elaborazione e l'esame

[52] Si veda l'art. 16 della legge n. 132 citata, con riferimento ai principi e criteri direttivi della delega.


ISSN 2036-7821

dell'algoritmo.

**C)** Sulla decisione finale svolge la sua funzione anche il **principio del risultato**, in attuazione del principio di buona amministrazione (art. 97 Cost) e dei criteri di efficacia, economicità ed efficienza.

La decisione amministrativa, anche algoritmica, non può che essere orientata al benessere complessivo degli amministrati, e quindi all'interesse pubblico generale, sia pur nel perseguimento dell'interesse pubblico specifico, in modo tale che la spendita delle risorse sia proporzionata e responsabile: il buon andamento riguarda principalmente la capacità della decisione finale di realizzare tali obiettivi contemperando tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone.

Ma ciò che più rileva è che il principio del risultato impone una valutazione effettiva, di merito e non solo di mera conformità a norma, della decisione finale, sia da parte della stessa autorità amministrativa che sorveglia la produzione attraverso un processo algoritmico, sia dell'autorità giurisdizionale (o di controllo, come sopra adombrato – Corte dei Conti), che dovrebbe concentrarsi non più su vizi di forma o procedimentali (tenuto conto dell'iniziale abilitazione o autorizzazione all'utilizzo dell'algoritmo), ma valutare con pienezza il rapporto amministrativo per come risulta regolato in concreto e la decisione finale (l'atto amministrativo prodotto dal sistema di IA o con l'ausilio dello stesso), per valutarne la conformità all'interesse pubblico, con pienezza di poteri e con rivalutazione del vizio di sviamento di potere, quale divergenza tra l'azione concreta e l'interesse pubblico da perseguire, prendendosi atto della inutilità, in questi ambiti, della distinzione tra discrezionalità tecnica e quella amministrativa.

Il principio della fiducia verso la correttezza dell'agire pubblico e quello del risultato quanto alla sorveglianza del processo di costruzione dell'algoritmo, sembrerebbero sminuire l'importanza dell'accesso e della conoscibilità dell'algoritmo, anche in ragione della sua natura insondabile e difficilmente soggetta a valutazioni di conformità a regole legali.

**D)** Tuttavia, il principio di trasparenza, che è connaturato all'esercizio del potere pubblico, può essere declinato in modo coerente con la particolare natura dei procedimenti algoritmici, attraverso il riconoscimento di un **diritto di spiegazione**, funzionale a rendere non semplicemente conoscibile il processo che è giunto a definizione con un atto amministrativo, ma a consentirne **la comprensione.**

In definitiva, appare necessario valutare l'adozione di una vera e propria **Carta dei principi e criteri di azione amministrativa algoritmica**, anche ad integrazione delle disposizioni della legge n. 241 del 1990, a tutela dei diritti degli amministrati e allo stesso tempo per costituire un nucleo sia pur minimo di disposizioni funzionali alla


ISSN 2036-7821

concreta regolazione del procedimento amministrativo algoritmico e alla sua giustiziabilità[53].

[53] Oltre ai principi generali già declinati, si potrebbe inizialmente prevedere una integrazione alla legge n. 241 del 1990: a) alla fine dell'art. 1, comma 1, aggiungere "*In ipotesi di utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale l'attività amministrativa risponde anche ai principi e criteri di onestà, della fiducia, del risultato e della comprensibilità, riconoscendosi all'amministrato il diritto di spiegazione*";

b) all'art. 2, dopo il comma 1, inserire il comma 1-bis "*Il provvedimento conclusivo di un procedimento con utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale deve obbligatoriamente evidenziare quale parte è stata oggetto del sistema di IA e dare atto della certificazione del sistema e dei dati di input*";

c) all'art. 3-bis, dopo il comma 1 è aggiunto il comma 2 "*In ipotesi di azione con utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale occorre in ogni caso garantire il rispetto dei diritti fondamentali e la tracciabilità dell'utilizzo del sistema*";

d) all'art. 8, comma 2, è aggiunta la seguente lettera e): "*l'eventuale utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale e le modalità per la conoscibilità del loro funzionamento*";

e) all'art. 10, alla fine del comma 1, lett. b), aggiungere: "*In ipotesi di memorie o documenti redatti con utilizzazione di sistemi di intelligenza artificiale l'interessato deve darne specifica evidenza*";

f) all'art. 21- septies, aggiungere alla fine: "*Il provvedimento e ogni atto di valutazione tecnica di cui all'art. 17 sono altresì nulli in caso di assenza di espressa menzione nel provvedimento o nella valutazione tecnica che si è utilizzato un sistema di intelligenza artificiale*";

g) all'art. 22, comma 1, lettera a), alla fine aggiungere: "*nonché di ottenere spiegazioni per la comprensione dell'atto e delle sue modalità di formazione in ipotesi di utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale*".


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# A propósito del rechazo a la publicidad de bebidas alcohólicas por motivos de religión: la indiferencia de las normas internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol

## di Rafael Valencia Candalija

(Professore Associato di Diritto ecclesiastico presso l'Università di Siviglia)

## Sommario

1. Introducción. 2. Casuística: 2.1. La FIFA y las cervezas oficiales de los mundiales de fútbol. 2.2. La controversia generada por el patrocinio de bebidas alcohólicas en las competiciones del territorio UEFA. 2.3. La tradición cervecera del fútbol alemán: especial referencia al Bayern de Múnich. 3. ¿Intersecciones? entre libertad religiosa y publicidad en la normativa de las instituciones internacionales encargadas de la legislación del Derecho del futbol: 3.1. Consideraciones Previas. 3.2. La cuestión religiosa en la normativa federativa. 3.3. Previsiones normativas en materia de publicidad. 4. Propuesta de solución: la acomodación razonable como fórmula de resolución de conflictos religión-trabajo en el fútbol. 5. Conclusión.

## Abstract

This article aims to examine recent cases in football where objections have been raised to the advertising of alcoholic beverages on religious grounds. To this end, it analyzes the rules issued by the associations responsible for the governance in football. In the absence of answers from these associations, it addresses other types of solutions that have been considered in recent international tournam.

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


ISSN 2036-7821

## *1. Introducción.*

"El día que Jägermeister cambió para siempre el negocio del fútbol"[1]. Con este impactante titular, que desvelaba a sus lectores cuál fue el inicio de los patrocinios en el fútbol profesional abría el diario argentino *El Independiente* su sección de economía el día 3 de noviembre de 2018. Seguidamente, el subtítulo relataba que "el licor alemán, hoy tan popular chupito a chupito, revolucionó en los setenta el balompié convirtiéndose en la primera marca que puso publicidad en la camiseta de un equipo". Efectivamente, se trataba de la primera vez que la camiseta de un equipo profesional lucía un logotipo publicitario, todo un boom para la época, los años setenta, cuya sobriedad en cuanto al estilo de las equipaciones de fútbol contrasta con los tan cuidados diseños y la gran cantidad de publicidad que puede advertirse en las indumentarias actuales. Pero, si echamos la vista cincuenta años atrás, lo cierto es que esa fue la única forma viable para que todo un clásico del fútbol alemán como el Eintrach Braunschweig pudiera hacer frente a la situación de endeudamiento que estaba afectando al normal funcionamiento del club. Una decisión nada pacífica, que encontró el rechazo, en primer lugar, de la propia Federación Alemana de fútbol (DFB), que denegó la primera solicitud de esponsorización de Jägermeister en la camiseta. Tampoco los aficionados encajaron de manera afable la noticia, pues asistían a los partidos con pancartas que alentaban a la negativa a este tipo de práctica. En palabras del presidente de Jägermeister, Günter Mast incluso "los árbitros tenían órdenes de no pitar si los jugadores aparecían con una camiseta de Jägermeister" [2]. El debate estaba más que servido y sólo finalizaría en febrero de 1973 cuando los jugadores del Eintrach Braunschweig aparecieron con el nuevo escudo del club (que no era otro que el logotipo de la compañía del licor). Con esta estrategia, se sorteaban las prohibiciones sobre la publicidad que habían sido impuestas por la DFB, al tiempo que Jägermeister conseguía finalmente convertirse en patrocinador del Eintrach Braunschweig. Un *Win Win*, como se conoce en el argot periodístico-deportivo actual, el club solucionaba sus problemas financieros y la licorera podría ser publicitada.

Como puede comprobarse, uno de los aspectos que, desde el momento justo de su inicio, genera más debates en el mundo del fútbol es la publicidad. Un mal necesario

* La redacción de este trabajo se produce como consecuencia de la participación del autor en el Proyecto de Investigación PID2020-119089RB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033, "La gobernanza global del deporte. Lex Sportiva y autonomía. Del Soft Law a los derechos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación, cuyo investigador principal es el Prof. J. L. PÉREZ TRIVIÑO;

[1] La referida noticia, autoría de D. PAGE, que vio la luz en las fechas señaladas al comienzo del texto, puede seguirse a través del siguiente enlace:
https://www.elindependiente.com/economia/2018/11/03/el-dia-que-jagermeister-cambio-para-siempre-el-negocio-del-futbol/#google_vignette [consultado por última vez el 23 de julio de 2025].

[2] También se hacen eco del suceso D. ROMERO y M. SANCHÍS en su libro *Odio el Fútbol Moderno*, Editorial Planeta, Barcelona, 2018, pp. 52 y 53.

tal vez, pero sin el que no podría afrontarse el ingente caudal que se precisa para el mantenimiento y buen funcionamiento de la industria deportiva. Por ello, es normal que el deporte, en general y, particularmente, el fútbol, esté lleno de sponsors que destinan grandes cuantías para convertirse en el patrocinador de un determinado equipo o de algún jugador concreto. En una sociedad donde la importancia del deporte de alta competición y su repercusión desde el punto de vista del marketing es tan alta, cada vez está más reforzada la tendencia a tratar de conseguir que la imagen de los grandes clubes o los deportistas de élite se asocie a una marca. De hecho, hay veces que no son sólo los propios equipos los que adoptan la referencia de su patrocinador, sino también los respectivos estadios o recintos deportivos, que llegan incluso a modificar su nombre para dar cabida al de las grandes firmas.

Lo expuesto debe contextualizarse en la realidad actual. Una realidad en la que es fácilmente apreciable que el mundo occidental está experimentando una serie de cambios como consecuencia de fenómenos como la inmigración y la globalización. Algo que ha desembocado en una sociedad occidental más plural, más rica en la convivencia tanto de culturas, como de nacionalidades y, esencialmente, más diversa. Por razones obvias, la incidencia de estos fenómenos tiene su reflejo en el diseño del mapa religioso de los diferentes Estados europeos[3]. Ello se traduce en el afianzamiento no sólo de nuevas creencias, sino también, en la aparición de nuevas prácticas, ritos y formas distintas de religiosidad que, en ocasiones, puede llegar a colisionar con el orden establecido, dando lugar a situaciones en las que bien los derechos de los demás, o bien el interés colectivo, pueden verse amenazados[4].

Y, comoquiera que el deporte no es sino fiel reflejo de la sociedad actual, entre todas esas posibles colisiones a las que aludíamos, ocasionadas por la pervivencia del hecho religioso, las que se producen en el ámbito deportivo no representan ninguna excepción[5]. Si tomásemos como referencia la sociedad europea, por ejemplo, podremos convenir que el pluralismo religioso de la misma se traslada a los clubes y asociaciones profesionales, los combinados nacionales y los recintos deportivos, fundamentalmente porque parece obvio que, en los deportistas de alto nivel, como en cualquier otro trabajador, a menudo conviven dos aspectos, son deportistas y creyentes al mismo tiempo. Una coincidencia que, para algunos, resulta incompatible y que, en no pocas ocasiones, acaba desembocando en el sacrificio de las obligaciones deportivas (laborales, en muchos casos) en aras al cumplimiento de las

[3] N. DOE, *Law and Religion in Europe: A comparative introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 10.

[4] S. FERRARI, *Los problemas de la libertad religiosa*, en I. C. IBÁN, y S. FERRARI, *Derecho y Religión en la Europa Occidental*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 13.

[5] En este sentido, vid. G. TROVATI, *Citius, Altius, Fortius. Religione e sport, un legame antico e profondo*, Brandipolibri, Torino, 2021, pp. 83 y 84. Cfr. también, R.T. ALPERT, *Religion and Sport. An introduction and case studies*, Columbia University Press, New York, 2015, pp. 97-142.


ISSN 2036-7821

prescripciones religiosas[6].

A todo lo anterior, resulta imprescindible añadir que, aunque pueda parecer extraño, se han registrado ciertos supuestos en los que también la cuestión publicitaria ha provocado controversias cuando ha tenido que compartir espacio con la religiosidad de los deportistas, sobre todo en el fútbol. Entre los casos más extendidos podemos citar los de los jugadores musulmanes cuando el patrocinador del equipo en el que se empeñan profesionalmente puede relacionarse con alguna de las prohibiciones propias de la religión islámica. Fundamentalmente, se trata de poner de manifiesto una distinción de vital importancia para el día a día del creyente musulmán, la distinción entre lo permitido o *halal* y lo prohibido o *haram*. Así, podemos afirmar que, de entre todas las acciones vedadas o calificadas como *haram*[7] para los musulmanes, la que ha obtenido mayor repercusión en el mundo del fútbol es la falta de aceptación de la publicidad de bebidas alcohólicas. Por esta razón, esta temática ocupa un lugar esencial en nuestro trabajo. De hecho, los supuestos a los que acabamos de aludir representan precisamente nuestro cometido en estas páginas y aunque pueda resultar paradójico, nuestra intención será la de tratar de adentrarnos en el *invisible* (que no inexistente, a nuestro parecer) régimen jurídico de quienes rechazan la publicidad de su camiseta, de su lema o la de los grandes torneos internacionales del fútbol por considerarlos ofensivos con sus creencias y sentimientos religiosos. No en vano, hemos de recordar que dichos rechazos no constituyen sino un fenómeno, cada vez más de actualidad en el balompié moderno, la objeción de conciencia.

Decíamos en líneas anteriores que la diversidad y el pluralismo de las sociedades modernas tenían su proyección en el fútbol, pues esta es una de las consecuencias de tal situación. La multiplicidad de opciones religiosas y, con ellas, la de las objeciones de conciencia ha llegado también al conocido como deporte rey en Europa, provocando situaciones cuya solución no siempre está visible en la normativa de los códigos deportivos que se encargan del mismo, siendo tal vez necesario poner la mirada en otras cotas, las que desde mediados de siglo pasado vienen dando regulación a los derechos que son inherentes a las personas por el mero hecho de serlo. Una vía de escape cuyo concurso puede parecer fácil y cercano, pero la realidad nos muestra que se trata de una senda compleja a la par que distante, pues los herméticos confines de la normativa deportiva no siempre contemplan con

[6] Vid. R. VALENCIA CANDALIJA, *El binomio religión-deporte en Europa. Una cuestión de ¿gobernanza?*, en L. ÁVILA DA COSTA y C. PEREIRA MARTINS, *Sport and Religion. Antiquiti, Modernity and Contemporaneity*, Editora Dialetica, São Paulo, 2025, p. 212.

[7] También pueden señalarse como supuestos con consecuencias similares a los que nos ocupan los de aquellos futbolistas que se negaron a publicitar marcas de compañías dedicadas al mundo de las apuestas o al negocio de la usura. A tal efecto, Vid. R. VALENCIA CANDALIJA, *Está la religión en fuera de juego: reflexiones relativas a la presencia de símbolos religiosos en el fútbol*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIV, 2018, pp. 248-254.


ISSN 2036-7821

buenos ojos *compartir la cancha*[8] con el derecho internacional, universal y regional, en materia de protección de derechos fundamentales y, mucho menos, aceptar un rol subsidiario ante la magnificencia de los anteriores.

## *2. Casuística.*

### *2.1. La FIFA y las cervezas oficiales de los mundiales de fútbol.*

Durante los meses de junio y julio de 2025 se ha celebrado en Estados Unidos por primera vez el Campeonato Mundial de clubes de fútbol organizado por la Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol (en adelante, FIFA). Como en cualquier otro campeonato de esta magnitud es fácilmente apreciable la importancia que la mencionada asociación concede al patrocinio. De esta manera, si se siguieron con detalle todos los aspectos que rodearon al torneo, pudo apreciarse que el jugador más valioso de cada partido recibió como premio un trofeo que, en la mayoría de los casos, estaba rotulado con uno de los principales sponsors del evento, una cerveza fabricada en los Estados Unidos, *Michelob Ultra*. En realidad, es una de las referencias filiales de la todopoderosa cervecera americana *Anheuser-Busch*, que tiene sede en la ciudad belga de Lovaina. El apoyo de la Copa Mundial de Clubes de la FIFA no representa sino una continuación del compromiso de *Anheuser-Busch* con el fútbol en los Estados Unidos y con la propia FIFA. Hemos de recordar que, en los últimos cuarenta años la cerveza oficial de los mundiales de FIFA ha sido *Budweiser*, que también forma parte del grupo. Se trata pues de una arraigada relación, que tiene además visos de permanencia e incluso horizontes futuros[9], pues la referida cervecera consiguió firmar una vinculación que abarca todos los grandes torneos internacionales que se desarrollen en Estados Unidos durante los próximos cuatro años, incluyendo el próximo mundial de selecciones (a celebrar en Estados Unidos, México y Canadá) y los propios Juegos Olímpicos de Los Ángeles en 2028. A través de sus diferentes marcas, *Anheuser-Busch* también esponsoriza las selecciones nacionales de soccer, masculinas y femeninas de México y los Estados Unidos, siendo embajador de la marca Lionel Messi, que actualmente juega en el Inter Miami de la *Mayor League Soccer* estadounidense.

Pero antes de continuar, no hemos de ignorar que en esta consolidada vinculación de

[8] La cursiva es nuestra.

[9] Debe además señalarse que el compromiso de la firma con el deporte no se agota en el fútbol. El seguimiento de otras disciplinas deportivas permite constatar que en los últimos años no es la primera vez que se relaciona esta cerveza en concreto con alguna competición deportiva. Sin ir más lejos, desde 2024, es una de las patrocinadoras de la mismísima NBA, la liga profesional de baloncesto norteamericana que reúne a los mejores baloncestistas del mundo. Además, en 2025, durante el desarrollo de la *Super Bowl* de la NFL (National Football League), que tuvo lugar en febrero de este mismo año en Nueva Orleans, uno de los principales reclamos publicitarios del también conocido como evento deportivo más seguido del año fue *Michelob Ultra*. No en vano, y debido a su escasa graduación alcohólica, es la apuesta de la compañía para su aceptación y consolidación en el sector deportivo, fundamentalmente entre los aficionados asistentes a los estadios y otros recintos.


ISSN 2036-7821

patrocinio no todo han sido días de vino y rosas. En algunos momentos se han producido situaciones en las que ha sido necesario que se produzcan aclaraciones o que alguna de las partes haya tomado decisiones en aras al mantenimiento de la paz social y la globalidad de los torneos en cuestión. Podríamos decir que lo apuntado es lo que sucedió en los mundiales de Rusia en 2018 o el de Qatar 2022, fundamentalmente por las controversias que genera la esponsorización oficial cuando colisiona con la religiosidad de los profesionales o, como sucedió en Qatar, con el propio país organizador. Por todos es conocido que en el islam el consumo de alcohol está prohibido, pues se trata de sustancias *haram* o no permitidas, siendo su libro sagrado, el Corán, el que lo determina[10]. Esta es la razón que lleva algunos futbolistas, como sucedió en Rusia 2018, a rehusar el recibimiento de galardones en los que figura la publicidad de este tipo de bebidas. Esta fue la reacción del portero de la selección de Egipto, Mohamed El Shenawy, tras ser declarado mejor jugador del partido en el encuentro celebrado entre su selección y la de Uruguay, siendo pues merecedor del premio *Man of the match*. El guardameta egipcio, en el acto correspondiente de condecoración organizado por la FIFA se negó a posar con el trofeo y consecuentemente, a recibirlo, debido a que la publicidad inserta en el mismo se correspondía con una bebida alcohólica[11].

La actitud del portero recibió una excelente respuesta, por *Budweiser*, y también por la FIFA, que mostraron su máximo respeto por la actitud de El Shenawy. La cervecera señalaba en un comunicado: "Respetamos las creencias religiosas de todos los jugadores y hemos trabajado con la FIFA para poner en marcha un procedimiento para los jugadores designados como los mejores de cada partido y que no deseen mostrarse con la marca Budweiser por motivos religiosos". Asimismo, como desvela el portal uruguayo *Referi*, la empresa reveló que hechos de este tipo no podían suponer situaciones de discriminación, razón por la cual confirmaban que los jugadores que decidan rechazar que su imagen aparezca junto a su marca por motivos religiosos recibirían "igualmente todos los honores" de manera respetuosa con las creencias de cada uno[12]. Para ello, los responsables de la cita mundialista decidieron que, a partir de este momento, si el jugador del partido pertenecía a la religión islámica, se arbitraría un sistema para que pudiera ser condecorado sin que

[10] En el Versículo 92 de la *Surah* V del Corán puede leerse: "Oh creyentes, el vino, las imágenes y los juegos de azar son detestables y obra de Satanás. Evitadlos para que os vaya bien. Satanás sólo quiere sembrar la enemistad y el odio entre vosotros a través del vino y el juego y apartaros del pensamiento de Alá y de la oración. ¿No desistiréis, pues? Obedeced a Alá y a los mensajeros y estad en guardia".

[11] Vid. R. VALENCIA CANDALIJA, *Diversidad, religión y política durante la Copa del Mundo de Rusia 2018*, en *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte,* vol. 12, p. 40.

[12] *Fue el mejor del partido, pero por su religión se negó a recibir el premio*. Publicado el 19 de junio de 2018 en el portal *Referi*. Puede seguirse a través del link: https://www.referi.uy/fue-el-mejor-del-partido-pero-su-religion-se-nego-recibir-el-premio-n1244980 [consultado el 25 junio de 2025].

se aparecieran eslóganes publicitarios de la marca[13].

Pero, lo que en Rusia pareció ser tan solo una anécdota, cuatro años más tarde, en Qatar 2022, se convirtió en una de las polémicas esenciales en la antesala del torneo. Debe tenerse en cuenta que el país qatarí caracterizado por su fuerte carácter confesional en el que la importancia de la *Sharia* o ley islámica desempeña un papel esencial. Ello implica que la legislación estatal está absolutamente inspirada en las directrices emanadas del texto sagrado para los musulmanes y la interpretación de la misma, ha de hacerse desde el punto de vista religioso. Ante esta tesitura, el conflicto con el consumo de alcohol, incluso a pesar del patrocinio oficial de *Budweiser* tan solo era cuestión de tiempo. Tan es así que, ni siquiera había comenzado el campeonato cuando se desató la polémica. El 18 de noviembre, apenas a dos días de que tuviera lugar la ceremonia de inauguración, la FIFA se vio obligada, por las exigencias del país anfitrión, a retirar las bebidas alcohólicas de los estadios. Dado que, como consecuencia del respeto a la *Sharia,* en Qatar no puede dispensarse alcohol en lugares públicos, los puestos donde podían comprarse este tipo de productos debían ser instalados, por imperativo de la Familia Real qatarí, fuera de los recintos deportivos, sensiblemente alejados de los campos de fútbol, concretamente en las denominadas *Fans Zone* destinadas a la reunión y concentración de las aficiones de los diferentes combinados nacionales y durante la denominada *Happy Hour* en hoteles, restaurantes y otros establecimientos privados. Solamente se permitiría, por tanto, la consumición de cerveza sin alcohol en el seno de los majestuosos ochos nuevos estadios en los que se desarrolló la competición. Tan es así que, como decíamos, justo antes del comienzo del mundial, la FIFA se vio obligada a publicar en sus redes sociales el siguiente comunicado: "Tras las conversaciones mantenidas entre las autoridades del país organizador y la FIFA, se ha tomado la decisión de centrar la venta de bebidas alcohólicas en el FIFA Fan Festival, otros lugares de encuentro de los hinchas y los locales que dispongan de licencia para ello, y eliminar los puntos de venta de cerveza del perímetro de los estadios de la Copa Mundial de la FIFA Catar 2022. No se verá afectada la venta de *Bud Zero*, que seguirá estando disponible en todos los estadios mundialistas de Qatar. Las autoridades del país organizador y la FIFA seguirán velando por que los estadios y sus zonas adyacentes ofrezcan una experiencia agradable, respetuosa y placentera a todos los aficionados. Los organizadores del torneo agradecen la comprensión y el apoyo continuo de *AB InBev* al compromiso que nos une de atender a todas las personas durante la Copa Mundial de la FIFA Qatar 2022".

Como puede imaginarse la decisión de la FIFA, generó un sinfín de críticas. La primera de ellas, la de la propia afectada, la de la cerveza oficial del mercado, a los

[13] Vid. R. VALENCIA CANDALIJA, *Diversidad, religión y política durante la Copa del Mundo de Rusia 2018*, cit., p. 40.


ISSN 2036-7821

pocos minutos publicó en la red social entonces *twitter*, en el que podía leerse: "Bueno, esto es incómodo". Una reacción instintiva tal vez que, a las pocas horas fue matizada, en declaraciones a la agencia de prensa AFP por representantes de la marca. En esta segunda declaración: "Esperamos con ansias activar nuestras campañas del Mundial para celebrar el fútbol con nuestros consumidores, pero algunas de las activaciones planificadas en los estadios no pueden avanzar debido a circunstancias que escapan a nuestro control". Debe tenerse en cuenta que instalar infraestructuras de refrigeración y dispensación de cerveza en un país que no dispone de las mismas, precisamente por las prohibiciones reales, había supuesto una fuerte inversión por parte de la compañía publicitaria. Una inversión que no solo no iba a recuperar, sino que podía a exponerse a pérdidas millonarias. De este modo, trataron hacer de la necesidad virtud y aprovechar la polémica suscitada para, al menos, fomentar la estrategia publicitaria. Y es que, se había prohibido el consumo de cerveza mas no su publicitación. Tan es así que, al día siguiente, no sin cierta sorna, *Budweiser* publicara un enorme almacén repleto de millones de cervezas empaquetadas (las que no podrían ser consumidas por las restricciones impuestas), anunciando que sería la selección campeona quien recibiría el premio de poder disfrutar esa ingente cantidad de bebida.

Por parte de la FIFA, justo el día siguiente al anuncio de las restricciones alcohólicas, a través de las palabras de su presidente, Giani Infantino, quiso salir al paso del ruido mediático ocasionado convocando una rueda de prensa en la que criticó las dudas de occidente con respecto a las imposiciones de Qatar a la hora de albergar un evento global de esta naturaleza. De hecho, abrió su intervención asegurando: "Hoy me siento qatarí, hoy me siento árabe, hoy me siento africano, hoy me siento gay, hoy me siento discapacitado, hoy me siento trabajador migrante". Pero no bastó con eso, quiso subir el tono, sentenciando que las lecciones morales que, según el máximo responsable del organismo suizo se estaban profiriendo desde Europa, eran solo producto de la hipocresía". A ello añadió: "Antes de comenzar a dar lecciones morales a las personas, los europeos deberíamos disculparnos los próximos 3.000 años por los que hemos estado haciendo durante los últimos 3.000". Obviamente, no eludió referirse a la cuestión del alcohol. A su juicio, no resultaba un problema que los aficionados tuvieran que estar tres horas sin beber alcohol (aproximadamente el tiempo que transcurre entre que se entra en los estadios y se abandonan tras los partidos).

Con mayor o menor acierto, la FIFA había tomado una decisión en lo que concierne al consumo del alcohol. Sin embargo, faltaba por conocerse cuál sería la tendencia ante la polémica que se había suscitado en ediciones anteriores de la copa del mundo, los trofeos que tradicionalmente corrían a cargo del principal espónsor del campeonato. Comoquiera que el patrocinio no fue intervenido, la FIFA parecía tener


ISSN 2036-7821

el derecho de seguir condecorando a los mejores jugadores de cada partido con las distinciones concretas en las que figurara la imagen de *Budweiser*. Cuestión distinta sería el grado de responsabilidad de la organización de cara al respeto de las creencias personales, máxime, cuando ya en Rusia se habían producido ciertos rechazos por parte de algunos futbolistas. En este sentido, ha de reseñarse que la FIFA pareció haber implementado mejoras en aras a la gestión de la diversidad y la protección de los sentimientos religiosos de los principales protagonistas. Así, se previó que existieran dos tipos de premio. El considerado estándar que además de los logos de la cervecera tenía una botella dentro y otro, con el mismo diseño, el mismo color y tamaño, pero sin los citados logos ni, por supuesto, la cerveza en su interior. Además, podemos referir una diferencia más. Cuando se entregaba el trofeo al mejor jugador del encuentro, en el momento de tomar la instantánea luego distribuida en los canales oficiales, podía observarse como por detrás del jugador figuraba un mural rojo con los logos de la marca de cerveza americana. Mural, que sería eliminado para aquellos jugadores que no se encontraran cómodos con que su imagen fuera vinculada a este tipo de bebidas. Se trataba, en cualquier caso, de una opción que satisfizo a jugadores de religión musulmana, pero también a todos aquellos que no desean ser fotografiados con marcas de aquellos productos que no consideran saludables o perjudiciales para salud no solo de los deportistas profesionales, también de sus seguidores, sobre todo, si no olvidamos que gran parte de los fans de estas estrellas son menores. Tan es así, que uno de los primeros futbolistas que posó con el nuevo formato del premio sin publicidad de Budweiser rotulada fue el francés Kylian Mbappé, y no fue por motivos religiosos[14]. Pero a Mbappé le siguieron otros muchos. Entre ellos como el portero marroquí Yassine Bounou, elegido hasta en dos ocasiones Man of the Match y otros como su compatriota Hakim Ziyech, el jugador saudí Mohammed Alowais, el camerunés Vicent Aboubakar, los tunecinos Wahbi Khazri y Aissa Laidouni, el iraní Mehdi Taremi o el senegalés Famara Diedhiou.

De esta manera, en el mundial de Qatar, parecían haberse solucionado las dificultades que emergieron en el pasado con el asunto del patrocinio por parte de una bebida alcohólica. De hecho, desde la propia empresa que ostentaba y sigue ostentando la condición de espónsor oficial de la competición se afirmaba que "se habían llevado a cabo y se seguirían haciendo ajustes alternativos y culturalmente

[14] A pesar de que su madre, Fayza Lamari, es de origen argelino y profesa la religión islámica, su hijo Kylian, siguiendo los padres de su padre Wilfred Mbappé, camerunés de religión católica. Así lo certificaba el propio jugador en una entrevista que le hicieron hace años, resolviendo de primera mano las posibles dudas acerca de su religiosidad. Puede seguirse en la editorial el portal deportivo *Tribuna* en su edición en español del 11 de abril de 2024 titulada *¿De qué religión es Kylian Mbappe? Contestado*, través del siguiente link: https://tribuna.com/es/news/realmadrid-2024-04-11-de-que-religion-es-kylian-mbappe-contestado/ [consultado el 29 de julio de 2025].


ISSN 2036-7821

apropiados para los jugadores con objeciones de buena fe por motivos religiosos"[15]. Se trata de una acomodación en toda regla. Aunque en el fútbol eso es imposible es la fórmula perfecta para que todos ganen. El reclamo publicitario permanece latente pues el trofeo sigue siendo el mismo y ello implica que todos asocian el mismo a *Budweiser*. Al mismo tiempo, los jugadores que rechazan la publicidad por motivos de religión pueden recibir su merecida condecoración y posar para los medios y los aficionados, recibiendo el merecido reconocimiento que éstos últimos le han otorgado a través de las votaciones realizadas durante cada encuentro.

Y siguiendo el orden cronológico de los principales eventos deportivos a nivel FIFA, tras la línea marcada por las soluciones puestas en práctica en el mundial de Qatar, procede finalizar con las arbitradas para el mundial de clubes que ha tendido lugar este verano. Afortunadamente, parece que no se están reproduciendo los patrones que años atrás se encargaron de introducir los elementos de discusión, siendo sustituidos por otros en los que parece velarse por el respeto tanto a los sentimientos religiosos y a otras circunstancias que hasta ahora no habían sido contempladas. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a la edad de los futbolistas, pues no debe dejarse de lado que algunos de ellos, a pesar de su calidad y técnica, no han alcanzado la mayoría de edad. Y es que, podemos aseverar que, como sudeció en Qatar, por razones obvias, ha sido necesario tener en cuenta las normas del país que acoge el torneo. Por ello, se ha estado a lo dispuesto por la *National Minimun Drinking Age Act* de 1984 que, desde su entrada en vigor, obligó a todos los estados federados a elevar a 21 años la edad mínima para la compra y posesión pública de alcohol. Dato, este último que demanda una necesaria y exigida reserva a la hora de vincularlos con bebidas con graduación alcohólica.

Observando las consignas descritas en el párrafo que precede, podríamos señalar como durante la celebración del mundial hemos distinguido dos estrategias diferentes a la hora de entregar el premio a mejor jugador del partido. La habitual, en la que los futbolistas posan con un trofeo blanco, rotulado con la leyenda *Michelob Ultra Superior* en Rojo, observándose detrás de ellos un gran mural azul con el emblema y los distintivos de la marca. Por el contrario, hay otros casos en los que el trofeo que reciben es blanco y el mural posterior tan solo contiene la leyenda *Superior Player of the Match*. Esto último es lo que ha sucedido con menores de edad para beber en Estados Unidos como Estevao, de Palmeiras, el argentino de River Plate, recientemente fichado por el Real Madrid, Franco Mastantuono, el jugador de origen turco de la Juventus de Turín Kenan Yildiz o el futbolista inglés del Borussia

[15] Vid. *Alternative arrangements made for Budweiser sponsored Player of the Match winner amid Kyliam Mbappé claims*, publicado pot M. SLATER el 9 de diciembre de 2022 en *The Athletics*. Puede ser consultado a través del siguiente enlace:
https://www.nytimes.com/athletic/3985309/2022/12/09/budweiser-kylian-mbappe-player-of-the-match/
[consultado el 29 de julio de 2025].


ISSN 2036-7821

Dortmund, Jobe Bellingham. Y por supuesto, con jugadores de religión musulmana entre los que destacaremos al lateral del París Saint Germain Achraf Hakimi, su compatriota del Al Hilal Yassine Bounou, el alemán de origen turco del Machester City, Ilkay Gündogan o el argelino del Esperancce tunecino Yousef Belali. Decimos más, en su propia web, la FIFA contiene un portal con la foto de todos los que han recibido el reconocimiento de *Man of the Match*.[16] En el mismo, puede apreciarse con claridad la diferencia de tratamiento en relación con las circunstancias especiales a las que hemos aludido. Así, los menores de 21 años y los futbolistas musulmanes aparecen sin el trofeo de *Michelob Ultra* y sin el logotipo de la marca a su espalda.

**2.2.** ***La controversia generada por el patrocinio de bebidas alcohólicas en las competiciones del territorio UEFA.***

En el ámbito futbolístico regional europeo, gestionado por las normas de la Unión de Asociaciones de Fútbol Europeas (UEFA), también hemos constatado algunos sucesos que deben ser consignados en nuestro texto. Para ello, hemos de trasladarnos hasta el verano de 2021, en el que pudo celebrarse la Eurocopa de Naciones de 2020 (en adelante *UEFA Euro 2020*), suspendida el año anterior, con motivo de las limitaciones impuestas en todo el continente tras la declaración de pandemia del virus Covid-19. Una edición especial, que conmemoraba el 60 aniversario de la competición. Razón por la cual, sería desarrollada en diferentes sedes (Sevilla, Ámsterdam, Bakú, Bucarest, Budapest, Copenhague, Glasgow, Londres, Múnich, Roma y San Petersburgo), en las que los aficionados, aún con restricciones, pudieron comenzar a asistir de nuevo a los estadios y que, como en la mayoría de los eventos deportivos internacionales, no estuvo exenta de polémicas. Quizá la más recordada fueron los debates sobre la prohibición exhibición de la bandera multicolor en los brazaletes de capitanes, o en los propios estadios, como sucedió en el Allianz Arena[17], pero se produjeron otras que estaban íntimamente ligadas a los patrocinadores del evento y el conflicto con los sentimientos religiosos de algunos de los principales jugadores.

Todo comenzó casi a modo sarcástico, cuando el capitán de la selección de Portugal, Cristiano Ronaldo, retiró dos botellas de *Coca Cola* en la rueda de prensa anterior a su partido contra Hungría. Nada más sentarse, observó que justo delante de él tenía las dos botellas de cristal de la famosa bebida carbonatada y una botella de agua.

[16] Como decíamos, en el apartado que FIFA destina al mundial de clubes puede consultarse quiénes han sido los premiados a través del siguiente enlace:
https://play.fifa.com/potm/ [consultado el 29 de julio de 2025].

[17] Vid. L. VILLAESCUSA, *La UEFA rechaza la iluminación arcoíris del Allianz Arena en el Alemania – Hungría.* Publicado el 22 de junio de 2021 en el diario *El País*. Puede seguirse mediante el siguiente enlace:
< https://elpais.com/deportes/eurocopa-futbol/2021-06-22/la-uefa-rechaza-la-iluminacion-arcoiris-del-allianz-arena-en-el-alemania-hungria.html> [consultado el 23 de agosto de 2025].


ISSN 2036-7821

Seguidamente, decidió esconder las dos botellas a las que hemos hecho alusión y levantó la de agua enérgicamente gritando al mismo tiempo: "¡Agua. No *Coca Cola*!". Por todos es conocida la férrea disciplina en materia de ejercicio y alimentación que mantiene cada día el astro portugués y que le ha llevado a seguir compitiendo al máximo nivel con cuarenta años. Además, es bastante habitual en entrevistas o en otro tipo de publicaciones verlo criticando la comida procesada y este tipo de bebidas que considera nada recomendables para la salud, incluso restringiendo el consumo de este tipo de productos por parte de sus hijos. Pero lo que para los periodistas que estaban presentes significó un momento de distensión previo antes de proceder a recoger las declaraciones del futbolista, en realidad, tuvo una repercusión mucho mayor de la que puede imaginarse. Según se estima, pudo llegar a los 300 millones de seguidores en redes como *Instagram*[18]. Lo que no podía imaginarse sería el tremendo efecto negativo que el acto de Cristiano ocasionó en los mercados, registrándose una caída en el precio de las acciones de Coca Cola del 1,6%. El valor de las acciones paso de los 242.000 dólares a los 238.000[19]. Unas cifras que habla muy a las claras del efecto que las celebridades tienen en el campo de la publicidad y que permiten imaginar el grado de contrariedad con el que el gigante de las bebidas recibió la noticia.

Con todo, la actuación de Cristiano no sería la única de ese estilo en el campeonato. El jugador italiano Manuel Locatelli también imitó al portugués en una comparecencia de presa y, días después pudieron comprobarse algunas reacciones adversas a la publicidad de bebidas alcohólicas. Especialmente con la de la cerveza oficial del campeonato, la cervecera neerlandesa *Heineken*. Habitual patrocinador de la competición de clubes más laureada del continente y hasta podríamos decir que del mundo, la *UEFA Champions League*. En 2019, este compromiso comercial fue extendido en el tiempo con la conclusión de un proceso de renovación, en virtud del cual, *Heineken* sería una de las imágenes oficiales de la mencionada competición en los tres años siguientes y de *UEFA Euro 2020*. Así se manifestó en el acto que sirvió para dar publicidad al nuevo vínculo en el que se contó con la presencia de Guy-Laurent Epstein, director de marketing de UEFA Events[20], Hans Erik Tuijt, director

[18] Vid. *La pérdida de US$4.000 millones en bolsa de Coca-Cola después de que Cristiano Ronaldo apartara dos botellas*, publicado el 16 de junio de 2021 en la web de la *BBC*. Puede accederse a través del link: https://www.bbc.com/mundo/deportes-57484146 [consultado el 2 de julio de 2025].

[19] *Ibidem*.

[20] En el mencionado evento Guy-Laurent Epstein manifestaba lo siguiente: "sabemos el valor que *Heineken* aporta a través de su excelente compromiso con los aficionados de la UEFA Champions League en todo el mundo, y estamos encantados de ampliar esta asociación por otras tres temporadas. También estamos muy entusiasmados, ya que podremos contar con la experiencia y las innovadoras campañas de marketing de *Heineken* en la preparación de la UEFA EURO 2020 y durante la misma". Por su parte, Hans Erik Tuij afirmó que *Heineken* estaba encantada de "poder seguir cimentando la relación con el patrocinio de la UEFA EURO 2020, lo que significa que estaremos involucrados con los torneos más importantes de clubes y de selecciones a nivel europeo. La UEFA EURO 2020 permitirá a *Heineken* crear más experiencias para los aficionados a lo largo de Europa y


ISSN 2036-7821

de patrocinios globales de *Heineken* y Thierry Henry como embajador de la UEFA en el Estadio de Wembley, en Londres. Estadin que, para esa fecha, ya había sido elegida como la sede que albergaría la final del campeonato. La imagen de la cerveza con sede en Ámsterdam, en virtud de la oficialidad de su patrocinio estaría presente no solo en las ruedas de prensa, también en la entrega del reconocimiento al mejor jugador del partido en cada encuentro. *Star of the match* fue la denominación elegida. Su obtención conllevaba el recibimiento de un trofeo que simulaba la estrella verde que representa el logo de la marca, pero promocionando su versión sin alcohol (0,0 %). Mismo logo y apreciación (nos referimos a la versión no alcohólica) podían visibilizarse en el mural verde que se solía situar a espaldas de los galardonados.

Pero centrándonos en el asunto que nos ocupa, emulando al capitán de Portugal, hemos de decir que fue el mediocampista francés Paul Pogba quien, tras el triunfo de su selección ante Alemania, en su comparecencia de prensa, apartara otra botella de bebida. En este caso, no las de *Coca-Cola*, pero sí la botella de la cerveza *Heineken* que presidía la mesa destinada al desarrollo de la mencionada comparecencia. Nada más sentarse y antes de articular palabra, lo primero que hizo fue retirar la botella de la considerada cerveza oficial del torneo. En realidad, no era una práctica novedosa, en la liga española, hace algunos años que se registró una negativa similar. Ocurrió en Valencia, en octubre de 2015 cuando el defensa alemán de ascendencia albanesa y religión musulmana, Shkodran Mustafi rechazó comparecer ante los medios con una botella de Estrella Damm, cerveza patrocinadora de su club, el Valencia, durante la campaña 2014/2015. Al igual que Mustafi, Paul Pogba, desde su conversión al islam es un ferviente observador de los actos de culto propios de la citada concepción religiosa. Un buen ejemplo son sus peregrinaciones a la Meca, publicadas en redes al menos en dos ocasiones, tanto en el año 2017, como en el 2018. Siendo este uno de los pilares de esta opción religiosa y que todo musulmán debe completar al menos una vez en la vida[21].

Distinto fue lo que sucedió con el premio al reconocimiento por ser el mejor jugador del partido. Sorprende que quisiera desligar su imagen de la de *Heineken*, tratando de

---

alrededor del mundo". Las declaraciones han sido extraídas de la publicación de la noticia *Heineken se asocia con la UEFA EURO 2020 y renueva su patrocinio con la UEFA Champions League*, publicada el 13 de noviembre de 2019, en el portal web de la UEFA. Puede consultarse a través del enlace que a continuación se relaciona:
https://es.uefa.com/news-media/news/0257-0f8e71de803f-ce8baf4b738f-1000--heineken-se-asocia-con-la-uefa-euro-2020-y-renueva-su-patr/ [consultado el 24 de julio de 2025].

[21] Como puede extraerse de las fuentes del islam, el Corán (su libro sagrado), la tradición o *Sunna* y la *Sharia* o ley islámica (que nace de la interpretación de las dos anteriores), la religión musulmana se fundamenta en los cinco pilares siguientes imprescindibles para sus fieles:

- La *shahada* o testimonio de fe
- El *Salat* o realización de las oraciones diarias
- El *zakat* o caridad
- El *Siam* que representa el ayuno del mes de Ramadán
- El *Hayy* o la peregrinación a la Meca.


ISSN 2036-7821

evitar cualquier tipo de asociación con la cervecera a pesar de que la botella que retiró era un ejemplar de cerveza sin alcohol (justo la que se estaba promocionando en la *UEFA Euro 2020)*. La misma publicidad que aparecía, por cierto, en el trofeo de *Star of the Match* que, minutos antes, había recogido sobre el verde, sin que ello le reportara ningún tipo de desagravio con respecto a sus convicciones y sentimientos religiosos. Una situación que se repitió hasta en tres ocasiones más con futbolistas musulmanes. Son los casos del delantero francés de origen argelino Karim Benzemá, tras su doblete a la selección de Portugal o el de los jugadores Xerdan Shaquiri y Granhit Xhaka, jugadores de la selección de Suiza, pero con orígenes kosovares y nacidos en el seno de familias con profundas raíces musulmanas que fueron elegidos mejor jugador del partido en los encuentros ante Turquía y Francia respectivamente. Todos ellos recogieron el galardón sin plantear ningún tipo de objeción a tal efecto.

En cualquier caso, y para proteger la salud de las relaciones comerciales y de patrocinio, UEFA quiso pronunciarse sobre lo que consideraba una falta de cortesía de los profesionales con algunos de sus principales socios como *Coca-Cola* o *Heineken*. Así, Martin Kallen, director del torneo quiso recordar a todas las selecciones la importancia de este tipo de negocios para el mantenimiento del fútbol. Tras los sucesos acaecidos en declaraciones a los medios remarcó que "los ingresos de los patrocinadores son importantes para el torneo y para el fútbol europeo" [22]. A ello añadió que "las reglas del torneo estipulan que hay que cumplir con los compromisos publicitarios de la UEFA, aunque señaló que los jugadores que tengan objeciones religiosas no necesitan tener una botella allí"[23]. De este modo, podemos comprobar como el representante de UEFA hacía una clara distinción entre las personas que simplemente no querían ser fotografiados o grabados con ciertas marcas y las que presentaban una verdadera objeción por motivos de religión. La excepción solo estaría prevista pues para este tipo de situaciones, concediendo la patronal una relevancia especial a las convicciones personales de los futbolistas. Un ajuste en toda regla, mostrando su cara más amable a la diversidad que hoy puede preconizarse de nuestra sociedad y a la que el fútbol, entendemos, no puede situar al margen. En este sentido, resulta imprescindible no dejar en el olvido que las palabras de Martin Kallen no fueron papel mojado, la intención de la UEFA de respetar las creencias religiosas se hizo realidad a partir de ese momento. Tras ser declarado *Star of the Match* en el Francia-Portugal, como habíamos anticipado, Karim Benzema se puso a disposición de los medios en la sala de prensa del Puskas Arena de Budapest. Allí se encontraban las dos botellas de *Coca-Cola* objeto de las primeras contrariedades en materia de patrocinio, junto a ellas, el trofeo de Karim y nada más.

[22] Declaraciones tomadas del artículo de G. DUMBAR, *UEFA pide a jugadores no retirar botellas de patrocinadores*, en la agencia de noticias *AP News* del 17 de junio de 2021. Puede encontrarse en la dirección web: https://apnews.com/article/400890c0d594223fdf110d1c185ec9f8 [consultado el 3 de agosto de 2025].

[23] *Ibidem*.


ISSN 2036-7821

En momento alguno pudo divisarse ninguna botella de cerveza que incomodara al entonces delantero del Real Madrid por mor de la religión que orgullosamente profesa.

La decisión adoptada en el verano de 2021 se extendió hasta la siguiente edición del torneo, la celebrada en 2024 en Alemania, y que concluyó con victoria de la selección española el 14 de julio en Berlín. Aunque *Heineken* sigue siendo uno de los socios principales de la UEFA, como atestigua su férrea conexión con la *Uefa Champions League*, en la *UEFA Euro 2024* fue *Vivo*, compañía china especializada en la fabricación de smartphones y otros productos electrónicos, quien adoptó el papel predominante, en términos de publicidad, que en 2021 había correspondido a la cervecera de países bajos.

Probablemente serían razones comerciales las que aconsejaran este cambio de rumbo, o tal vez no. La única cosa cierta es que en Alemania no hubo noticia alguna de las polémicas que tres años atrás habían copado las previas y post de los partidos en zonas mixtas y salas de prensa[24]. La religiosidad de los jugadores pareció estar a protegida sin fisuras sin que, ninguno de ellos, plantease ninguna objeción en los lugares destinados a este tipo de actos ni en el momento de recibir el *Vivo Player of the Match* de cada partido.

### *3.3. La tradición cervecera del fútbol alemán: especial referencia al Bayern de Múnich.*

La publicidad de bebidas alcohólicas en el fútbol en Alemania, en particular de cerveza, está más que extendida. La cerveza es un componente esencial de la tradición alemana, plenamente integrada en su sociedad[25]. El fútbol, lejos de resultar una excepción, participa activamente de este uso social. Hay equipos como el Werder Bremen cuyos seguidores se identifican con una marca específica como la Haacke-Beck. Para otros, la cerveza está incluso en el origen del club, el nombre de Borussia Dortmund nació de una cervecería, la *Dortmunder Borussia-Brauerei*, siendo los bajos de una pequeña taberna, la Zum Wildschütz, los lugares utilizados a modo de vestuario y ducha para equipos locales y visitantes en los primeros años de la

[24] Tan solo hemos de hacer referencia a la limitación del consumo de cerveza (a solo dos unidades por persona) que se produjo en el encuentro entre las selecciones de Serbia e Inglaterra, aunque exclusivamente por motivos de seguridad, sin que la decisión adoptada por la UEFA tuviera relación con motivos religiosos. Con mayor profundidad, Vid. D. TORRES, *Prohibido el alcohol en el estadio de la cerveza*, publicado el 24 de junio de 2024 en el diario *El País*. Puede encontrarse siguiendo el link:
<https://elpais.com/deportes/eurocopa-futbol/2024-06-16/prohibido-el-alcohol-en-el-estadio-de-la-cerveza.html> [consultado el 14 de agosto de 2025].

[25] Hasta el punto de pese a que la edad legal para consumir alcohol son los 16 años, está permitido el consumo de cerveza por menores de esta edad si están acompañados por sus padres Así lo estipula el artículo 9 de la *Jugendschutzgesetz* (Ley de protección de la juventud), de 23 de julio de 2022.


ISSN 2036-7821

entidad[26]. Incluso hay campos cuyos nombres están asociados a una marca de cerveza como el Veltins-Arena, estadio del Schalke 04, que recibió el nombre de la cervecera Veltin. Este estadio cuenta con un innovador sistema de aproximadamente 5 kilómetros de tuberías que dispensan más de 50.000 litros de cerveza en cada partido. Hasta tal punto existe esta conexión que, ya en 2014, el director ejecutivo de la Unión de Cerveceros, Holger Eichele llegó a afirmar: "allá donde vayas se nos conoce por dos cosas: el Bayern Múnich y la cerveza", destacando que cuando Alemania se alzó con el título de campeona del mundial de fútbol en Brasil, el consumo se elevó en un 14%[27]. Y es concretamente el club al que el director del sector de cerveceros aludía, el Bayern, el protagonista de las páginas que siguen pues, en los últimos años, su tradición cervera ha provocado algunas situaciones íntimamente relacionadas con el objeto de nuestro trabajo

"Solo los Bávaros celebran así". Este es uno de los lemas con los que la tradicional cervecera afincada en Múnich, *Paulaner*, suele hacerse eco de los triunfos cosechados por el Bayer de Múnich. En realidad, no solo es un lema, es una auténtica estrategia de mercado que conecta a dos marcas de las más representativas de la región de Baviera, el Bayer de Múnich y la cerveza *Paulaner*. De hecho, la conexión entre ambas representa precisamente el arraigo a la tradición y a la tierra y la internacionalidad de ambas al mismo tiempo. En este sentido, no es extraño ver como cada año, antes del inicio de la *Oktoberfest*, los jugadores del Bayern posan con el *Lederhosen*, el tradicional atuendo bávaro, con una pinta de cerveza, *Paulaner* por supuesto, en la mano o como la propia marca, durante los primeros partidos de la temporada en el Allianz Arena, pone a disposición de todos los asistentes y de manera gratuita 100 litros de cerveza por cada gol que anoten los jugadores del conjunto alemán. Hasta tal punto se produce la colaboración que Paulaner ha patentado una edición limitada de su cerveza dedicada al Bayer, la *Paulaner Weisbier FC Bayer*. Así pues, como puede observarse, nos encontramos ante una afirmada relación comercial que en los últimos años ha desembocado en patrocinios más específicos. Buen ejemplo de ello es el equipo de veteranos del club, *Bayern Legends* cuyo esponsor oficial es la marca de cerveza o la propia tienda del club, tanto en su localización física, como en su edición

[26] Vid. M. MOSULL, *El origen del Borussia Dortmund está en el fondo de una jarra:nació en una taberna y gracias a una cervecería*, publicado el 15 de abril de 2025 en *Relevo*. Puede consultarse siguiendo la dirección:
<https://www.relevo.com/futbol/champions-league-masculina/origen-borussia-dortmund-fondo-jarra-20250414165208-nt.html#:~:text=El%20origen%20del%20Borussia%20Dortmund%20está%20en,una%20taberna%20y%20gracias%20a%20una%20cervecería >[consultado el 20 de julio de 2025].

[27] Cfr. M. ZUIL, *Cerveza y fútbol, combinación alemana de éxito*. Publicado el 24 de agosto de 2014 en el diario *MurciaEconomía*. Puede seguirse a través del link:
<https://murciaeconomia.com/archive/28005/cerveza-y-futbol-combinacion-alemana-de-exito> [consultado el 25 de agosto de 2025].


ISSN 2036-7821

*on line*, en la que pueden adquirirse jarras y vasos de cerveza en los que aparecen tanto el escudo del equipo como el logotipo de uno de los reclamos cerveceros más importantes de la región.

Pero, y aunque pueda parecer extraño, también este vínculo ha generado algún que otro incidente por razón de la religiosidad de los jugadores. Todos ellos, naturalmente, profesan la religión islámica. El primer jugador en poner de manifiesto su rechazo a verse relacionado con la cerveza fue el mediocampista francés, converso al islam, Frank Ribery, fundamentalmente en un incidente que le llevó a hacer público una acalorada discusión con el entonces central del Bayern, Jerome Boateng. Todo ocurrió en la celebración de la consecución de la Bundesliga al finalizar la temporada 2012/2013 en la jornada 33. El Bayer ganaba 3-0 al Augsburgo y ello le permitía matemáticamente declararse campeón de la competición. Tras el partido se produjo la tradicional celebración de los jugadores del Bayern en la que pueden observarse los famosos vasos de tres litros de cerveza de la referida marca. De hecho, en el encuentro que nos ocupa, *Paulaner* había afirmado que regalaría 10.000 litros a los aficionados para celebrar la consecución del torneo doméstico, como así sucedió. Parte de ellos, irían destinadas a las tradicionales duchas de cerveza con la que los profesionales del conjunto bávaro suelen celebrar en el césped de su propio estadio la consecución de los campeonatos. Por esta razón, Ribery había anunciado a sus compañeros que sus creencias musulmanas le impedían tener contacto con el alcohol por ser considerada una sustancia prohibida. Además de ello, les pidió que en caso de victoria no trataran de acercarle los famosos vasos típicos en las celebraciones del equipo. Pero nada más lejos de la realidad, sus compañeros tomaron a broma sus peticiones. Probablemente, sin ser conscientes de la importancia que representa para los fieles musulmanes dar cumplimiento a preceptos como la prohibición de alcohol, a modo de broma, corrieron detrás de él tratando de mojarlo hasta que lo consiguieron. El primero que pudo alcanzarlo fue el defensa austriaco David Alaba, luego vinieron otros muchos que mancharon también a Ribery pero lo que más molestó al francés fue que, cuando no lo esperaba, Jerome Boateng le vertió de manera íntegra un gran vaso de tres litros de cerveza sobre su cabeza, resultando el mediocampista absolutamente empapado en cerveza. Lo que pretendía ser la celebración por el título acabó en un enfado monumental del jugador de religión musulmana que llegó a declarar que jamás volvería a dirigir la palabra a Boateng[28]. Tan es así que fue necesaria la intervención del propio club para poder solventar lo que consideraron un malentendido en el seno del vestuario. El Bayern se apresuró e intentó mediar de manera que Boateng publicó en sus redes que la cerveza con la que

[28] Vid. *Bañaron en cerveza Ribery y se desató un conflicto religioso en el vestuario*. Editorial digital del medio argentino *Clarín* publicada el 14 de mayo de 2013. Puede accederse siguiendo el link: < https://www.clarin.com/deportes/banaron-cerveza-ribery-conflicto-religioso_0_SyON9EOovmx.html> [consultada el 31 de agosto de 2025].


ISSN 2036-7821

bañó a Ribery era una cerveza sin alcohol[29], de manera que en modo alguno infringía los preceptos religiosos del galo.

Igualmente, otra de las costumbres veraniegas del Bayern es, como habíamos anticipado, posar con el traje Bávaro a modo de conmemoración de la fiesta anual de la cerveza que se celebra en Múnich, la *Oktoberfest*. Es una tradición a la que los jugadores y el cuerpo técnico del Bayern jamás pueden saltarse, como la visita tradicional al stand oficial de la marca en la misma feria, al que los profesionales acuden con sus parejas ataviados con el traje regional bávaro. En dicha fotografía, en los últimos años, algunos jugadores han figurado de un modo distinto al resto de sus compañeros. Como puede imaginarse, el primero de ellos fue Frank Ribery, que durante sus campañas en el Bayern fue el único futbolista que posaba en la foto sin tener en sus manos el vaso de *Paulaner*. Este hecho, conjunto al incidente que se produjo con Boateng, propició que en 2015 el Bayer y *Paulaner* acordaran que la habitual foto siguiera marcando el comienzo de las celebraciones por el Oktoberfest, pero que la cerveza con la que brindarían los jugadores sería una cerveza sin alcohol[30]. A pesar de ello, en los últimos años, al menos dos jugadores más han posado sin tener el vaso de cerveza en la mano. Se trata del delantero senegalés proveniente del Liverpool Sadio Mané y el defensa neerlandés de origen marroquí Noussair Mazraoui. De fervientes creencias musulmanas ambos, han rechazado ser fotografiados con el vaso de cerveza para preservar sus creencias. Aunque ninguno de ellos continue en el club, la imagen tradicional de la preparación de la edición de 2024 del Oktoberfest[31] nos ha mostrado como el camino que un día marcó Ribery sigue siendo el elegido por aquellos futbolistas cuyas convicciones les hacen objetar al habitual posado con el vaso de cerveza. Son los casos del defensa francés, converso al islam, Sacha Boey y el centrocampista alemán, de origen kosovar Arijon Ibrahimović. A diferencia de otros años, Boey e Ibrahimovic, figuran en el extremo derecho de la parte más alta de la foto, siendo los dos únicos futbolistas que no sostienen el vaso. A nadie se le escapa que dicha ubicación no responde sino a una mera cuestión de marketing. Parece evidente que, años atrás, a la empresa cervecera no le sería fácil asimilar que los mejores jugadores del club se negaran a publicitar su imagen, pero la condición de referentes Ribery o Sané impedía que no ocuparan un

[29] *Ibidem*.

[30] El comunicado de *Paulaner* para conmemorar la ocasión afirmaba que "para los jugadores experimentados del Bayern, esta sesión de fotos constituye un calentamiento para la Oktoberfest, la fiesta cervecera por definición, mientras que para los nuevos fichajes significa con frecuencia el comienzo de una gran amistad con el uniforme bávaro […]. Todos juntos, deslumbrantes vestidos de bávaros, brindaron con una cerveza -sin alcohol". El fragmento del comunicado ha sido extraído de la editorial de *El COMERCIO* titulada *Mire lo que pasa cuando en el Bayern de Múnich se beben unas cervezas*, publicada el 25 de agosto de 2015. Puede seguirse a través del enlace: https://www.elcomercio.com/deportes/futbol/futbol-aleman-bayern-munich-cervezas/[consultado el 1 de julio de 2025].

[31] Se trata de la última que se dispone a fecha de cierre de este trabajo.


ISSN 2036-7821

lugar central en la instantánea. Sin ánimo de restar importancia a la calidad de estos futbolistas, ni Boey, ni Ibrahimović desempeñen tal rol en el equipo, prueba de ello es que Ibrahimović días después fue traspasado en calidad de cedido a la Lazio italiana. Para finalizar el epígrafe relacionado con el Bayern de Múnich resulta obligado mencionar que incidentes como los de Ribery y decisiones de rechazo como las de Mané o Hamraoui han llevado al binomio Bayer-*Paulaner* a modificar algunos aspectos de su sociedad publicitaria. Fundamentalmente, estas novedades se registran en la red publicitaria de *Paulaner*, más concretamente, en una serie de detalles que hemos podido extraer de su página web. Actualmente, cuando en la propia web de la cervecera se incide en la alianza de las marcas bávaras puede apreciarse como en todas las imágenes en las que aparecen los jugadores de fútbol, uniformados con la equipación oficial y sosteniendo un vaso de *Paulaner*, se indica en la parte inferior de las mismas que se trata de cerveza 0,0% alcohol[32]. Otro ejemplo más son las famosas duchas de cerveza post títulos, sobre las que se apunta "no puede faltar la corona de espuma sobre una fresca Paulaner Hefe-Weißbier Non Alcoholic: nos referimos a las duchas de Weißbier tras ganar la liga alemana. Tanto las estrellas y el entrenador como los seguidores y periodistas de todo el mundo celebran con emoción este punto culminante de cada temporada"[33]. *Y es que*, este portal de la web de *Paulaner* contiene infinitud de fotografías de celebración de los jugadores del Bayern a lo largo de varias temporadas, haciéndose publicidad, como adelantábamos, en la parte inferior de cada una de ellas de la modalidad sin graduación alcohólica, del mismo modo que se muestra a los jugadores cocinando mientras toman una *Paulaner*, siendo el titular que "las comidas favoritas de las estrellas del Bayern comienzan con *Paulaner* 0,0%". Asimismo, debemos reseñar que, en los últimos años, en la publicación la foto previa al *Oktoberfest* se da la bienvenida los nuevos fichajes y se incide en la importancia del evento como un acto de comunión, festividad conjunta y refuerzo del compañerismo entre los deportistas, aunque para ello, se brinde (como sabemos, desde 2015) con cerveza sin alcohol. Además, en el mural azul con el logo de la marca que está detrás de los jugadores, la modalidad que se promociona es la cerveza sin alcohol. Esta nueva tendencia pone de manifiesto como la tradición no es incompatible con el respeto a las convicciones personales. Los jugadores musulmanes pueden formar parte de una arraigada costumbre en el seno del club sin tener que renunciar a observancia de los preceptos religiosos propios de la confesión a la que pertenecen.

### *3. ¿Intersecciones? entre libertad religiosa y publicidad en la normativa de las*

[32] Puede verse siguiendo el link que se indica a continuación: https://www.paulaner.com/es/fc-bayern-muenchen/ [consultado el 1 de agosto de 2025]
[33] *Ibidem*.

***instituciones internacionales encargadas de la legislación del Derecho del futbol***[34]

***3.1 Consideraciones previas.***

De cara a la sistematización del análisis las previsiones normativas a las que se refiere el título, entendemos que en el tratamiento de este bloque de contenido debe realizarse desde el estudio separado de dos bloques diferenciados. El primero, las normas sobre el factor religioso en el marco federativo de las asociaciones internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol y el segundo, las directrices de las mismas que tienen por objeto la regulación de la publicidad. Ahora bien, antes de dedicarnos a ambos ítems en la normativa de las asociaciones es necesario recordar que el derecho de libertad religiosa comprende el respeto a las creencias religiosas libremente elegidas que demandan los futbolistas, así como la posibilidad de negarse a formar parte de ceremonias o actos que consideran ofensivos con estas creencias y sentimientos religiosos. De este modo, puede sostenerse que este tipo de comportamientos que venimos describiendo (el de los futbolistas que rechazan este tipo de publicidad) tiene un anclaje legal en uno de los derechos considerados humanos, inherentes a las personas por el mero hecho de serlo.

Hemos de tener presente que las declaraciones internacionales de derechos se ocuparon ya en el siglo XX del reconocimiento de derechos como el que acabamos de referir. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas (DUDH), proclamada en 1948 consagra la libertad religiosa en su artículo 18, añadiendo que forma parte de ésta "la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia". Precisamente, este artículo 18 debe ponerse en relación con homónimo en uno de los textos encargados de desarrollar el contenido de la DUDH, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1996. En su apartado segundo, afirma que "nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección". Asimismo, podríamos citar otros textos internacionales proclamados en el seno de Naciones Unidas como la Declaración contra todas las formas de Intolerancia de 1981, cuyo artículo 11, en su apartado l) refiere la importancia de promover "la comprensión, la tolerancia, la no discriminación y el respeto en todas las cuestiones relacionadas con la libertad de religión o de creencias, alentando en la

[34] Con anterioridad a esta parte de nuestro trabajo, con la salvedad de lo sucedido en el seno del Bayern de Múnich, nos hemos dedicado a los casos registrados en eventos internacionales en los que la publicidad de bebidas alcohólicas ha acabado desembocando en un conflicto por motivos de religión. A pesar de ello, dado que la conexión alemana con este tipo de reclamos publicitarios está más que extendida y la presencia de la cerveza en el fútbol ni representa ninguna extrañeza, ni ha generado grandes agravios para la religiosidad de los jugadores (buena prueba de ello ha sido la rapidez y diligencia del Bayern), para hacer justicia al objetivo principal de nuestro estudio, en las páginas que siguen, y por su vocación global, nos ocuparemos de manera íntegra al análisis de la normativa de las asociaciones internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol. Entendemos que el estudio de las legislaciones internas excede de la finalidad perseguida en nuestro texto.


ISSN 2036-7821

sociedad en general un mejor conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las distintas minorías religiosas".

Como puede observarse, se trata de una serie de reconocimientos de derechos subjetivos que, a su vez, no han ignorado las declaraciones regionales, como el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDHLF) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) en el viejo continente, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o la Carta Africana de Derechos Humanos y los Pueblos de 1981. A modo de ejemplo, y por referirnos al ámbito geográfico que nos rodea, el artículo 9 del CEDHLF para definir el contenido del derecho de libertad religiosa se refiere a la libertad de cambiar de religión o de creencias, y la libertad, individual o colectivamente y en público o en privado, de manifestar su religión o sus creencias mediante el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia. Al mismo tiempo, el artículo 14 de este texto prohíbe las situaciones de discriminación por motivos de religión. Asimismo, el artículo 10 de la CDFUE consagra tanto el derecho de libertad religiosa, como el de la objeción de conciencia (de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio), como el artículo 21 trata de establecer el principio de igualdad y no discriminación por diferentes motivos (entre ellos, el religioso). Debe destacarse también la importancia en la CDFUE del precepto número 22 que emplaza a la propia Unión Europea al respeto de la diversidad religiosa y cultural de los Estados miembros.

Huelga decir que estas normas emanadas de instituciones internacionales automáticamente se convierten en Derecho de los países cuando son ratificadas, generando de este modo, derechos concretos para sus particulares y para los Estados, un deber de garante a través de las herramientas previstas en los respectivos ordenamientos jurídicos. Todo ello, sin desconocer los reconocimientos que los diferentes Estados han realizado a través de sus constituciones o declaraciones de derechos de manera interna.

### *3.2. La cuestión religiosa en las normas federativas.*

Así pues, existe un marco jurídico de protección de la libertad religiosa, nacional e internacional que podría verse alterado si las reglas que otorgan regulación a las competiciones deportivas impidieran este tipo de reconocimientos. En este sentido, hemos de mencionar que, en los últimos años, las instituciones internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol, fundamentalmente FIFA y la *International Football Association Board* (IFAB)[35], han mostrado una especial sensibilidad con las

[35] Desde el año 1882, es la encargada de definir las reglas del fútbol a nivel mundial y las modificaciones de las mismas. Está integrada por la FIFA y las cuatro asociaciones del fútbol del Reino Unido, esto es, la *Scottish Football Association de Escocia*, la *Football Association de Gales*, la *Football Association de Inglaterra* y la *Irish Football Association* (en su nacimiento federaba a todos los clubes de Irlanda y, desde la división de la Isla, solamente a los del Irlanda


ISSN 2036-7821

prendas y otros símbolos de naturaleza religiosa[36]. Desde 2012, se arbitró un sistema provisional que permitió primero a las mujeres musulmanas[37] y, más tarde, a los hombres de confesiones como el sijismo utilizar las prendas conectadas a la tradición religiosa[38]. Hoy día, de hecho, la última edición del reglamento de equipamiento de la FIFA, publicada en 2022[39], ha sepultado la transitoriedad de estas regulaciones, convirtiendo en norma de equipamiento básica la posibilidad de la utilización de este tipo de símbolos religiosos. Así, el artículo 19.6 del mencionado texto legal especifica expresamente que "los jugadores en el terreno de juego podrán cubrirse la cabeza por razones religiosas con prendas como hiyabs, turbantes o similares (prendas permitidas que cubren la cabeza)" siempre que se cumplan una serie de condicionantes[40]. La apuesta por el favorecimiento de este tipo de prendas es tan

---

del Norte). Como adelantábamos, en 1913, la FIFA fue aceptada por la IFAB como parte integrante de la misma y, desde el año 1958, debido a la mayor representatividad de la FIFA en el fútbol mundial, sus propuestas tienen un mayor peso en la toma de decisiones destinadas a la modificación de las reglas del fútbol.

[36] Sobre la dedicación de las instituciones internacionales a la cuestión religiosa, vid. también M. GARCÍA CABA, *Diversidad religiosa y derecho del deporte: introducción al m arco jurídico internacional y nacional aplicable. Especial referencia al fútbol*, en S. MESEGUER VELASCO y E. GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, *Deporte, Diversidad religiosa y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 148 y ss.

[37] En 2012, la Circular 1322, de 25 de octubre de la FIFA concedió un periodo de prueba de dos años para evaluar los resultados obtenidos en partidos donde las mujeres portaran un hiyab que debía tener las siguientes características:

"1 Ser del mismo color que la camiseta;

2 Estar a tono con la apariencia profesional del equipamiento de la jugadora;

3 Estar separado de la camiseta;

4 Ser seguro y no suponer ningún riesgo para la jugadora que lo lleve ni para ninguna otra jugadora (p. ej. con un mecanismo para abrirlo y cerrarlo alrededor del cuello);

5 Ser usado solo por jugadoras".

[38] En el apartado referente a la interpretación de normas por parte del árbitro, las Reglas de Juego de IFAB para la temporada 2014/2015 se indicaba:

"El árbitro deberá inspeccionar toda pieza de vestir o equipamiento diferente del básico para determinar que no revista peligro alguno. El equipamiento protector moderno, tal como protectores de cabeza, máscaras faciales, rodilleras y protectores del brazo confeccionados en material blando y ligero, no se considera peligroso y, por tanto, se permite su uso. Cuando se usen protectores de cabeza, estos deberán:

1 ser de color negro o del color principal de la camiseta (siempre y cuando los jugadores de un equipo usen el mismo color);

2 estar a tono con la apariencia profesional del equipamiento del jugador;

3 estar separados de la camiseta;

4 ser seguros y no suponer ningún riesgo para el jugador que lo lleve ni para ningún otro jugador (p. ej. con un mecanismo para abrirlo y cerrarlo alrededor del cuello);

5 carecer de partes que sobresalgan (protuberancias)".

[39] Esta nueva versión del reglamento de equipamiento ha venido a derogar el Reglamento sobre el particular publicado en 2015. Una edición, especialmente prolífica con la temática religiosa, que llegaba incluso a establecer un concepto de símbolos religiosos. A saber, "cualquier símbolo, incluidas imágenes u obras de arte de una religión utilizadas para representar una religión o una inclinación religiosa, a excepción de los símbolos que forman parte de una bandera nacional o del escudo oficial de una asociación miembro del país correspondiente".

[40] El apartado 7 del citado artículo 19 recuerda que "los jugadores de campo de un mismo equipo pueden cubrirse la cabeza con prendas permitidas de diferentes tamaños y modelos. Sin embargo, todas ellas:

19.7.1 serán del mismo color que el predominante de la camiseta del jugador o totalmente negras;


ISSN 2036-7821

fuerte que, al final de este artículo 19, existe una aclaración gráfica de las características que éstas han de tener, utilizándose para ello las representaciones de dos equipamientos completos cuya parte superior está cubierta por el hiyab propio que suelen vestir las mujeres musulmanas cuando compiten. Es necesario apuntar que esta novedad se proclama en consonancia con los valores consagrados en los Estatutos de la FIFA[41] (publicada la última edición también en 2022), cuyos artículos 3 y 4 reafirman respectivamente el compromiso de la institución con la garantía de los derechos humanos y la censura de la discriminación por motivos de religión.

Esta dedicación especial, contrasta, por otra parte, con la obsesión de las altas instancias legislativas en el fútbol por dejar fuera de juego los mensajes, lemas y publicidad religiosa. Desde la publicación de las normas del fútbol de la IFAB para la temporada 2007/2008 está absolutamente prohibido que los futbolistas realicen cualquier actuación con alguno de estos cometidos. En julio de 2007, en la convención de IFAB destinada a la aprobación de las Reglas del juego para el año 2007/2008, fueron adoptadas una serie de medidas destinadas a erradicar la simbología política y religiosa de los terrenos de juego. De este modo, la regla cuarta de las normas del juego IFAB, en relación con el equipamiento, contenía el siguiente tenor literal:

"1.-Los jugadores no deberán mostrar camisetas interiores con lemas o publicidad. El equipamiento básico obligatorio no deberá tener mensajes políticos, religiosos o personales.

2.-Los organizadores de la competición sancionarán a aquellos jugadores que levanten su camiseta para mostrar lemas o publicidad. Los organizadores de la competición o la FIFA sancionarán al equipo de un jugador cuyo equipamiento básico obligatorio tenga mensajes políticos, religiosos o personales".

Se trataba de una redacción que ha tenido continuidad en el tiempo y que se ha ido incorporando a cada una de las ediciones de las Reglas del Juego aprobadas desde entonces. Incluso los reglamentos aprobados en el ámbito de la FIFA específicamente para torneos concretos como los mundiales de Rusia de 2018 y Qatar 2022[42] o las previstas para el fútbol durante los Juegos Olímpicos de Río 2016,Tokio 2020 y París

19.7.2 no llevarán el nombre ni el número del jugador ni ninguna de sus abreviaturas;
19.7.3 no incluirán ninguna identificación de equipo ni elemento decorativo; y
19.7.4 no pondrán en peligro la seguridad de los jugadores de ninguno de los equipos de ninguna forma. Por ejemplo:
19.7.4.1 no estará unida o sujeta a la camiseta;
19.7.4.2 no tendrá ningún mecanismo de cierre alrededor del cuello; ni
19.7.4.3 ninguno de los componentes de la prenda sobresaldrá de su superficie".

[41] Publicada la última edición también el año 2022.

[42] Vid. el artículo 24.1 de las Reglas FIFA para el Mundial de Rusia. En el caso de las de Qatar 2022, además del 24.1, citaremos el 27.1.


ISSN 2036-7821

2024[43] reproducen esta prohibición, ampliándola de hecho no solo a los terrenos de juego, también a las ruedas de prensa y zonas mixtas, aclarando que ni siquiera imágenes del cuerpo de los jugadore pueden exhibirse si en las mismas se aprecian cualquier tipo de mensaje de los que IFAB y FIFA consideran prohibidos.
Sin ánimo de abandonar otros ámbitos que hemos abordado en nuestro trabajo, interesa también conocer la posición de la UEFA. Aunque no hemos detectado reglas que se refieran a las prendas religiosas, sí hemos podido constatar como en las directrices en materia de equipamiento, aprobadas en 2024, se establece que los componentes del equipamiento de los futbolistas en modo alguno podrán "ofender las buenas costumbres ni transmitir mensajes políticos, religiosos o raciales"[44].

### *3.3. Previsiones normativas en materia de publicidad.*

Finalizado el análisis de las directrices federativas acerca de la libertad religiosa, procede hacer lo propio con la publicidad. Hemos de volver pues, a lo dispuesto por el citado reglamento de equipamiento FIFA, que dedica el artículo 12 de manera íntegra a la cuestión publicitaria. Al igual que sucedía con el concepto de símbolos religiosos o las prendas de esta naturaleza[45], la nueva edición de las normas de equipamiento las prendas religiosas o el concepto de símbolos religiosos ha establecido importantes mejoras en lo referente a la publicidad religiosa, máxime si tenemos en cuenta que en el texto de 2015 este tipo de publicidad estaba absolutamente prohibida[46]. Probablemente por razones económicas o por protección de sus propios patrocinadores, la FIFA, con este nuevo artículo 12 vuelve a prohibir la publicidad en las camisetas de los combinados nacionales[47], pero como decimos, no se establecen distinciones sobre la publicidad religiosa, o las que puede tener afectaciones a las creencias personales. Si quisiéramos resaltar que el apartado 12.4.2, afirma que no se anunciarán "productos del tabaco (incluidos productos del tabaco sin humo o electrónicos), bebidas con un contenido alcohólico superior a 15 % vol., armas ni pornografía u otro material para adultos". Por su parte, el 12.4.3 añade que

[43] Vid. el artículo 23.1 de las Reglas FIFA para el torneo de fútbol en Río 2016, el 25.1 de las de Tokio 2020 y el 34.1 de los Juegos de París 2024.

[44] Regla 5.01 de los Principios Rectores de las Nuevas Reglas de Equipamiento de la UEFA, aprobadas en junio de 2022.

[45] A tal efecto, vid. nota número 40.

[46] Según el antiguo artículo 57.2, estaba "estrictamente prohibido todo tipo de publicidad de patrocinadores, productos, fabricantes (que supere las identificaciones del fabricante permitidas según el capítulo VI), proveedores o terceros, así como todo tipo de mensajes o imágenes políticos, religiosos o personales en todo el equipamiento especial o equipamiento adicional utilizado o llevado (de forma temporal o permanente) al terreno de juego en todos los
a) partidos de una competición o fase final, en toda la zona controlada del estadio;
b) partidos clasificatorios, en el campo".

[47] Vid. el artículo 12.1.


ISSN 2036-7821

la publicidad "no infringirá ninguna legislación ni normativa en materia de publicidad vigente en el país donde se celebre el partido". Una precisión, esta última, que permite encontrar el fundamento último de las limitaciones practicadas en el mundial de clubes de Estados Unidos con respecto a la protección de los menores de edad, pero que fue sorteada en Qatar, donde las restricciones, como señalamos, se refirieron al consumo de bebidas alcohólicas, pero no a la publicidad de las mismas.
Lo dispuesto en ambos apartados de este artículo 12 ha de ponerse en relación con otra de las normas que integran el manual de normas de FIFA, el Reglamento de Seguridad de 2013, cuyo artículo 60 dispone que para prevenir conductas provocadoras y agresivas "se prohíbe terminantemente la promoción o el anuncio por cualquier medio de mensajes políticos o religiosos o cualquier otro acto político o religioso en el estadio o sus inmediaciones antes, durante y después de los partidos".
En lo que respecta al panorama futbolístico europeo, el artículo 60 de las reglas de equipamiento UEFA de 2024 apunta que "las botas de fútbol no podrán incorporar publicidad comercial de ningún tipo, salvo las identificaciones del fabricante, ni mensajes provocativos de carácter político, ideológico, religioso u ofensivo".

### *4. Propuesta de solución: la acomodación razonable como fórmula de resolución de conflictos religión-trabajo en el fútbol.*

Si consideramos que las derivaciones del patrocinio, para con la organización de torneos, o con el club que posee sus derechos federativos, forman parte de las obligaciones de los jugadores, podremos convenir que en los supuestos abordados nos enfrentamos a situaciones en las que los futbolistas se encuentran con un dilema. Tienen que decidir entre dos opciones absolutamente incompatibles. O bien, cumplir con sus deberes profesionales, o bien, observar y dar cumplimiento a las consignas de la religión a la que pertenecen. En otras palabras, los futbolistas se encuentran en una encrucijada que es perfectamente subsumible en los terrenos de la objeción de conciencia. Siendo ésta, la última posibilidad con la que cuentan para hacer prevalecer los mandatos religiosos (si es que deciden inclinarse por las consignas religiosas) y, por tanto, su condición de creyente, ante los estrictamente laborales.
En el ánimo de trazar líneas que puedan servir como solución en casos de esta naturaleza, estimamos que, tal vez, una de las más convenientes podría ser las vinculadas al conocido como principio de acomodación razonable, entendido como la búsqueda de medidas proporcionadas con la finalidad de que determinadas características personales (en nuestro caso, la religión) no lleguen a convertirse en un obstáculo para que las personas puedan desempeñar sus responsabilidades profesionales de manera segura y eficaz[48]. Ahora bien, esta propuesta de solución ha

[48] Vid. D. PROULX, *L'accommodement raisonnable, cet incompris: Commentaire de l'arrêt Large c. Stratford*, *Revue de Droit* (McGill), Vol. 41, 1996, pp. 701-702. Cit. en A. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, *La acomodación de las*


ISSN 2036-7821

de entenderse tan solo ajustada a las circunstancias del caso concreto y no como una fórmula con vocación generalista. Y es que, para que la acomodación razonable por razones religiosas pueda ser invocada por los trabajadores es necesario que se cumplan ciertos requisitos entre los que podríamos distinguir fundamentalmente tres. A saber: la naturaleza religiosa de las creencias, la sinceridad de las mismas y la contrariedad que, para la conciencia de los futbolistas, supondría obedecer o asumir un mandato derivado de su vinculación profesional. Ello implica la necesidad de que el trabajador anteponga a sus obligaciones laborales unas verdaderas convicciones religiosas y no seculares o de otra índole, cuyas prácticas y ritos no solo dificulte de forma grave el desarrollo de las actividades profesionales, sino que además le ocasione un comprometido problema de conciencia.

Además, hemos de tener en cuenta que la concurrencia de los tres requisitos indicados no supone para el empleador la obligación de consentir la petición de acomodo. Es más, podría declinarla si demuestra en primer lugar que las condiciones laborales que entran en conflicto con la religión están derivadas del puesto de trabajo en cuestión y son exigidas por razones económicas y de servicio (*business necessity*). En segundo lugar, ha de probar que ha realizados todos los esfuerzos posibles para intentar acomodar al trabajador y finalmente, deberá acreditar que la acomodación razonable pretendida supone para la empresa un graven excesivo (*undue hardship*). Este gravamen excesivo vendría determinado a su vez por tres elementos, los costes o perjuicios económicos, la conveniencia de la norma que genera la hipotética situación de discriminación para el normal funcionamiento de la compañía y los derechos del resto de trabajadores, que no pueden ser vulnerados para facilitar la acomodación[49].

En Europa, la acomodación razonable ha transitado un camino diferente, siendo entendida inicialmente como la igualdad de oportunidades en el campo de la discapacidad, exigiéndose la adaptación de las estructuras para que estas personas puedan acceder sin barreras al ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad[50]. A pesar de ello, no es menos cierto que, de un tiempo a esta parte, se observa una evolución en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha ido introduciendo acomodamientos razonables, eso sí,

*festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral*, en *Ius Canonicum*, Vol. XLIV, Núm. 88, 2004, p. 660.

[49] Vid. J. WOEHRLING, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptationde la société à la diversité religieuse*, en *Revue de Droit* (McGill), Vol. 43, 1998, pp. 384 y ss. En A. SEGLERS GÓMEZ-QUINTERO, *La acomodación de las festividades religiosas y la nueva protección por discriminación indirecta en el orden laboral*, cit., p. 663.

[50] Vid. M. ELÓSEGUI ITXASO, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Vol. XXX, 2014, p. 81.

eminentemente en materia de identidad cultural[51], mostrándose "más reacia a introducir este tipo de flexibilidad en cuestiones relacionadas con el derecho de libertad religiosa"[52].Y es que, no fue hasta la sentencia del caso "Nadia Eweida y otros contra el Reino Unido", de enero de 2013, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizó el concepto de acomodación referido a las posibles soluciones en conflictos laborales emanados de las prácticas religiosas, más concretamente, de la negativa a desprenderse de los símbolos religiosos en el lugar de trabajo.

Una vez presentado el concepto y los elementos de la acomodación razonable, entendemos, ha de producirse un intento de trasladar este concepto al mundo del deporte. En este sentido, hemos de hacer referencia a aquellos ejemplos en los que las eventuales situaciones de conflictos se vienen resolviendo a pesar de la rigidez normativa de las federaciones y torneos internacionales. Al margen (que no en contra) del que podríamos denominar derecho del fútbol. Responde tan solo a una cuestión de sensibilidad con esa faceta tan personal de los deportistas que, por otra parte, encuentra su razón de ser en un sustento tan sólido como el que le proporcionan el reconocimiento de los derechos humanos, como dijimos, no solo en el panorama internacional, también en los sistemas internos de reconocimiento de derechos y libertades. Por citar algunas realidades ya consolidadas podríamos recordar la que consideramos actitud ejemplar de la *Football Association* (Federación Inglesa de fútbol, en adelante, FA) durante los últimos años. Teniendo en cuenta la diversidad y el pluralismo religiosos del Reino Unido, y con miras a la sensibilización y concienciación de los distintos agentes del fútbol, en Inglaterra, la FA ha creado una línea de actuación concreta denominada *Inclusion and Anti-Discriminati*on, compuesta a su vez por una serie de programas específicos entre los que hemos de destacar uno concreto, *Inclusion and Faith*. Siendo así que uno de los pilares de este último radica precisamente en el compromiso de respeto a las festividades religiosas. En este campo, la FA lleva años publicando su propio calendario religioso[53], el *Calendar and Guide to Equality, Diversity and Inclussion*[54]. Con

[51] Entre otros, pueden consultarse los asuntos "Thlimmenos contra Grecia" de 6 de abril de 2000, "D.H. y otros contra la República Checa", de 13 de noviembre de 2007 y "Orsus contra Croacia", de 16 de marzo de 2010.

[52] M. ELÓSEGUI ITXASO, *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, cit., p. 82.

[53] En el mismo figuran todos los días festivos de diferentes opciones religiosas como el cristianismo, judaísmo, islam, budismo, hinduismo y el sijismo. La intención no es sino intentar informar a la comunidad futbolística sobre los diferentes días sagrados que son observados por diferentes religiones, instando a los profesionales del fútbol a adoptar un enfoque inclusivo para apoyar la participación e inclusión de personas con una fe activa. Por todo ello, además del calendario, se suelen emitir fichas informativas sobre la celebración de determinadas festividades concretas como son el ayuno del mes de Ramadán para los musulmanes y el *Tishri* para los futbolistas judíos. En ellas, se realizan una serie de recomendaciones a modo de buenas prácticas para intentar que los profesionales puedan observar sus ritos religiosos en los días de precepto sin desatender sus obligaciones


ISSN 2036-7821

tan solo este gesto podrían desbloquearse aquellos conflictos que se derivan de las festividades religiosas de determinados fieles motivados por el horario fijado de los encuentros de sus clubes o el día en el que se desarrollan los duelos. Es lo que podría haber sucedido en 2020 con los futbolistas de religión judía. En el citado año, se registraron hasta 13 días considerados festivos para la comunidad judía, de los que hasta un total de siete coincidieron con el calendario fijado por la *Premier League* (entre ellos *Rosh Hashanah*, el *Yom Kippur* y las festividades de *Succot*, *Shemini Atzeret* y *Simchat Torah*). Ello podría haber supuesto que estos futbolistas se perdieran estos siete partidos, lo que no sucedió gracias al buen hacer de la FA y a iniciativas como las que describimos, que han venido en poner en valor la importancia de arbitrar soluciones en la búsqueda del equilibrio entre las obligaciones profesionales y las prescripciones religiosas.

Fruto de campañas como *Inclussion and Faith*, la FA cuenta con avances de relevancia que no puede desconocerse. En la publicación que nos ocupa, al tiempo que se da a conocer el calendario de festividades, la FA recuerda la vigencia (y la importancia) de la regla B5 de la FA (*Football & Religious Observance*). Se trata de uno de los mayores progresos, en materia de diversidad religiosa en el fútbol, puesto en marcha en la última década. Según esta regla, no se puede obligar a un futbolista a jugar al fútbol cuando la observancia religiosa excluye tal actividad, a menos que el profesional haya declarado por escrito en su contrato que renuncia a la celebración de las fiestas religiosas de su confesión para competir. En nuestra opinión, reglas como ésta, no solo justifican que, por ejemplo, se puedan introducir pausas para la ruptura del ayuno, sino que permitiría a los musulmanes y a los judíos renunciar a jugar durante el *Ramadán* o el *Yom Kippur*.

Precisamente en el caso del Ramadán, una de las polémicas más extendidas durante años en Europa[55], es donde iniciativas como las de la FA se hacen más visibles. Y es que, solo así, se explica que la Premier League haya sido una de las pioneras a la hora

profesionales. Para mayor abundamiento, puede seguirse el último de los calendarios publicados, para la temporada 2024-2025, en el enlace que facilitamos a continuación:

[54] Exactamente, siguiendo el link:
<https://www.thefa.com/news/2024/aug/07/fa-equality-diversity-inclusion-calendar-2024-25-20240708> [consultado el 25 de agosto de 2025].

[55] Una de las más recordadas fueron las críticas recibidas por el entrenador portugués José Mourinho tras negarse a alinear al jugador ghanés Sulley Alí Muntari por respetar el ayuno cuando jugaba pertenecía a la disciplina del Inter de Milán. La comunidad musulmana italiana entendió como una situación discriminatoria que fuera apartado del once *neroazurro* durante ese mes. No sería la única polémica suscitada en Italia por este particular. Años más tarde, el presidente de la Lazio, Claudio Lotitto, afirmó rotundamente que no ficharía jugadores musulmanes por razones como el respeto al ayuno. Pueden seguirse ambas informaciones en el artículo de V. MANCINI, *No compro jugadores que siguen el Ramadán*, publicado el 28 de septiembre de 2009, en la edición digital del periódico colombiano *El Espectador*. Disponible en el siguiente link:
<https://www.elespectador.com/deportes/futbolinternacional/articulo158500-no-compro-jugadores-siguen-el-ramadan> [consultado el 27 de agosto 2025].


ISSN 2036-7821

de introducir pausas para la ruptura del ayuno en los encuentros que comienzan con anterioridad a que se produzca el *Iftar*[56]. Serán los árbitros los que autoricen 90 segundos de pausa para que los jugadores musulmanes puedan hidratarse y tomar nutrientes. Una práctica que también se ha realizado en los últimos años en Países Bajos y Alemania y durante la temporada pasada en Bélgica, España y hasta en la laica Francia. a pesar de que sus autoridades se habían negado en temporadas previas para preservar el principio de laicidad[57] y pese a que el presidente de la *Fédération Française* de fútbol se ha negado a reconocerlo[58], se decretó una parada oficial en el encuentro de la segunda vuelta de la *League One* entre el Angers y el Mónaco. Hasta la propia *Champions League* permitió este tipo de pausas en el Barcelona-Benfica de los cuartos de final de la competición, gracias a lo que jugadores de religión musulmana como Lamine Yamal pudieran cumplir con la norma religiosa.

Otra cosa será la gestión de los entrenamientos y la adecuación horaria del grupo, en mundiales como el de Rusia 2018 hasta seis selecciones "musulmanas" modificaron sus rutinas de entrenamiento para conciliar ayuno y competición. Una decisión similar adoptó la selección española en marzo de 2025 de manera que perseguía no perjudicar el régimen de entrenamiento del citado Lamine Yamal, primer jugador de la selección española en respetar el Ramadán. Con todo, puede causar asombro, pero este tipo de acomodos no representan una novedad en el fútbol europeo. Hace casi treinta años que un club portugués configurara las sesiones de entrenamiento para que un jugador musulmán pudiera entrenar en plenas condiciones. Se trata del

[56] Vid. J. DE PAZ FERNÁNDEZ, *Se detiene el partido para que el jugador de un entrenador español coma en pleno Ramadán: así fue el raro momento vivido en la Premier*, publicado el 3 de abril de 2024 en *El Confidencial*. Puede seguirse a través del link:
<https://www.elconfidencial.com/deportes/futbol/2024-04-03/se-detiene-partido-jugador-entrenador-espanol-coma-ramadan-premier-inusual-momento-premier_3859479/> [consultado el 21 de agosto de 2025].

[57] Para Francia, el principio constitucional de laicidad ha de presidir también el normal desarrollo de su liga de fútbol profesional, hasta el punto de que la *Fédération Française* impidió a los árbitros en 2023 autorizar las pausas durante los partidos para que los futbolistas pudieran romper el ayuno. Además de esta determinación, en 2024, la citada federación ha decidido avanzar un paso más, instaurando una serie de reglas hacia la laicización de sus estructuras deportivas. Con carácter general, ha obligado a todos los jugadores (desde la selección sub-16 hasta la absoluta) a seguir el ritmo de entrenamiento, comidas y descanso diseñado sin prever excepciones, haciendo prácticamente imposible que los musulmanes puedan observar el ayuno del Ramadán mientras estén convocados. Una situación que ha provocado que algunos jugadores como Mahamadou Diawara, jugador del Olympique de Lyon, convocado por la selección sub-19, decidiera en abril de 2024 abandonar la concentración. Sobre la aplicación del principio de laicidad en el deporte francés, Cfr. R. VALENCIA CANDALIJA, *La Laïcité a examen: reflexiones sobre la cuestión de la simbología religiosa en la antesala de los Juegos Olímpicos de París 2024*, en A. TORRES GUTIÉRREZ e I. ARJONA PELADO (Coords.), I., *Religious Freedom Awards 2014-2023. 10 años de Promoción y Defensa de la Libertad Religiosa*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 479-481.

[58] Vid. *Polémica por Ramadan en Angers-Monaco*, en *Ansa Latina* el 17 de marzo de 2025. Puede conocerse la citada polémica a través de la siguiente dirección:
< https://www.ansalatina.com/americalatina/noticia/deportes/2025/03/17/polemica-por-ramadan-en-angers-monaco_8350447c-d868-4e0e-9c99-a723aea1f752.html> [consultado el 27 de agosto d 2025].


ISSN 2036-7821

Oporto, concretamente en la campaña 1996/1997, en la que fuera noticia que el centrocampista marroquí del Oporto Youseff Chippo tuvo que confesar a su entrenador, Fernando Santos, que los continuos mareos y desvanecimientos que estaba padeciendo en las jornadas de doble sesión de entrenamientos tenía una razón religiosa[59]. Casos como el de Chippo constituían entonces raras excepciones temporadas atrás, en las que tan solo eran unos pocos los futbolistas que se atrevían a dar prevalencia al ayuno frente a las obligaciones deportivas. A diferencia de lo constatado en la actualidad, como hemos podido comprobar, la incidencia del Ramadán en el desarrollo de las competiciones futbolísticas se ha multiplicado de manera exponencial. Por esta razón, el empleo de la técnica del acomodo se antoja cada vez más necesaria, mostrándose como el mejor recurso para evitar que se enconen posturas que, por un lado, acaban afectando a la libertad religiosa de los futbolistas y, por el otro, generan consecuencias negativas en el normal desarrollo de la competición.

### *5. Conclusión.*

En la búsqueda del punto de partida de las líneas que contengan nuestra conclusión la importancia del proceso globalizador ha de desempeñar un papel esencial. No debemos dejar de lado que se trata de un proceso que, en puridad, está transformando las estructuras sociales en el mundo del siglo XXI, en el que el deporte, lejos de representar ninguna excepción, se antoja como una de las realidades más evidentes. Y es que, si hay un ámbito en el que pueda hablarse de globalización, el deporte, en términos generales y el fútbol, de manera particular, constituyen inmejorables representaciones.

Trasladando lo comentado a nuestro trabajo y, siguiendo la estela marcada por el sumario que lo encabeza, podremos convenir que los campeonatos internacionales deportivos como los mundiales de fútbol y los torneos regionales como la *Uefa Euro*, la Copa de América o la Copa de África ilustran de una manera especial la esencia de los cambios a los que venimos aludiendo. Por utilizar la Copa del Mundo como ejemplo, durante un mes, combinados nacionales de diferentes países, los mejores de cada una de las confederaciones geográficas en las que FIFA ha dividido el planeta, se enfrentan para intentar levantar el trofeo que acredita a los vencedores como los mejores futbolistas del mundo. Debe recordarse asimismo que, con ocasión de la competición deportiva, también se dan cita en el país anfitrión las representaciones oficiales, familiares y staff técnico y demás personal al servicio de los deportistas y,

[59] Vid. P. TANJA, *El fútbol europeo hace las paces con la religión*, en *The New York Times* el 3 de abril de 2024. Accesible mediante el link:
<https://www.nytimes.com/es/2024/04/03/espanol/premier-league-jugadores-musulmanes ayuno.html#:~:text=En%20Inglaterra%20y%20los%20Pa%C3%ADses,juego%20por%20la%20misma%20raz%C3%B3n.> [Fecha de última consulta: 28 de abril de 2024].


ISSN 2036-7821

evidentemente, las aficiones. Ello implica que el desarrollo de este tipo de competiciones no queda limitado únicamente a lo estrictamente deportivo. Se produce también una convivencia, más o menos pacífica, de diferentes nacionalidades, culturas, o convicciones filosóficas y religiones.

Los torneos internacionales son pues auténticos modelos de pluralismo y diversidad, un imponente entorno, en el que sorprende la tibieza de las entidades organizadoras de estos torneos en materia de libertad religiosa. Si nos remitimos al análisis de la gobernanza de las asociaciones internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol, podremos constatar que el problema desde el punto de vista jurídico es real. Las normas que regulan el desarrollo de este tipo de eventos parecen poseer tan solo un objetivo, una única dirección, proteger la neutralidad de la colectividad. Esto es, de todos aquellos que asisten o siguen por televisión este tipo de espectáculo. En cambio, no suelen dar cabida a facetas tan cruciales para muchos de los protagonistas como sus convicciones religiosas. Poco puede decirse pues de la protección, y mucho menos de la garantía, de los derechos de los futbolistas. Salvo las prendas religiosas, por fin debidamente incorporadas al Reglamento de equipamiento FIFA, lo habitual es que las normas internacionales encargadas de la gobernanza del fútbol releguen la religiosidad de sus protagonistas al terreno de las limitaciones, o más bien de lo prohibido. El ejemplo más evidente es lo que sucede con la supresión de los lemas y mensajes de carácter religioso. La reforma implantada en el año 2007 prohibía en efecto la exhibición de mensajes, slogans y publicidad de naturaleza política y religiosa y el tenor literal de la norma, a día de hoy, no ha experimentado variación, sigue conteniendo el mismo tenor literal[60]. Lo mismo sucede con normas de la UEFA como las que prohíben la publicidad religiosa en las botas de los jugadores. Por el contrario, en el sentido de la protección de los derechos individuales observamos que, en ningún cuerpo normativo federativo existen disposiciones destinadas a garantizar el ejercicio de aquellas acciones que forman parte del contenido de la libertad religiosa, entre ellas la observancia de ritos o el de negarse a participar de ceremonias o actos que son contrarios a la religión que se pertenece. En este plano hemos también de situar a la publicidad que ofende a las creencias o los sentimientos religiosos de los jugadores.

De esta manera, podríamos aseverar que el cometido de las federaciones internacionales es radicalmente distinto al argumento que pretenden hacer valer los profesionales. Son asuntos de diferente naturaleza. Mientras que el objetivo de aquellas es proteger la colectividad interceptando los mensajes y lemas religiosos, la publicidad o cualquier elemento que pueda alterar el pretendido orden neutral en el que no haya espacio para la ofensa o la violencia, la reivindicación individual del futbolista no es otra que su propia herramienta de protección y defensa frente a lo

[60] Vid. apartado 5 de la norma 4 (normas de equipamiento) de las Reglas del Juego IFAB 2025/2026.


ISSN 2036-7821

que consideran un agravio. Tan es así que podríamos plantearnos que, si estas todopoderosas instituciones están legislando con la mente puesta en la protección de los derechos de todos, ¿qué sucede con los de los jugadores?, ¿pueden invocar con facilidad sus preceptos religiosos para no publicitar lo que no es religiosamente aceptable para ellos? A la luz de la normativa examinada entendemos que no solo no es así, sino que, parece claro que estos organismos internacionales no han reparado en la capacidad de ofensa que puede realizarse a los propios futbolistas. Además, convendría denunciar que en situaciones en las que los jugadores, de manera individual, se niegan a vestir camisetas o a publicitar símbolos que presentan características irrespetuosas con sus tradiciones religiosas, podríamos estar adentrándonos en terrenos pantanosos en los que se ponen en entredicho otros derechos subjetivos que forman parte del contenido esencial del de libertad religiosa. Es lo que sucede con el derecho a no revelar las propias creencias. Y es que, si hay algo que trasciende cuando se producen noticias como las que hemos venido desarrollando es la significación del individuo como miembro de una confesión concreta. Se trata, en definitiva, de acciones que se corresponden con el ejercicio de los derechos subjetivos que conforman el núcleo de la libertad religiosa de los profesionales.

Por todo ello, no pensamos que esta libertad de los deportistas deba merecer menos cobertura que la salvaguarda de la esfera de derechos de los espectadores. Todo lo contrario, nuestra intención es la de poner de manifiesto que la reglamentación futbolística actual, en lo que al profesional se refiere, evidencia una falta de conexión con los textos nacionales e internacionales que consagran el derecho de libertad religiosa. Entendemos obviamente la necesidad de que los profesionales se sometan a las reglas emanadas de las organizaciones internacionales encargadas de su legislación, pero ello en modo alguno puede implicar la renuncia a una serie de derechos que son inherente a las personas por el mero hecho de serlo. Ni siquiera bajo la amenaza de la exclusión de la competición. Así, si tuviéramos que dirigir nuestra mirada hacia un modelo de buenas prácticas, aunque habíamos señalado que no queríamos dedicarnos con profundidad a las legislaciones nacionales, tal vez sería recomendable virar hacía el modelo inglés y las normas de la FA. Una asociación que, debido a una visión distinta de su diversidad, ha articulado una nueva forma de compromiso y concienciación acerca de lo que representan ciertos factores de la religiosidad de los futbolistas. Una forma de actuar que, a la luz de algunos acontecimientos descritos en nuestras páginas, no se espera de otras tradiciones futbolísticas, al menos en su normativa a tal efecto.

Aún así, sin ánimo de finalizar instalados en la negatividad con respecto a la rigidez del derecho del fútbol, hemos optado por subrayar los aspectos positivos, fundamentalmente, a la capacidad de reacción de las instituciones para sortear los


ISSN 2036-7821

obstáculos que no están previstos en su normativa. Somos conscientes de que asuntos como el que focalizan nuestro trabajo representan un dilema que pertenece al ámbito privado de cada futbolista, para el que, lamentablemente, no existen normas de alcance general y, hasta ahora, están siendo resueltos atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Por esta razón, y dado que la normativa permanece impasible ante la problemática que planteamos, quizás hallemos algunas luces en otras figuras cada vez más utilizadas en los ordenamientos occidentales como la objeción de conciencia o el propio concepto de la acomodación razonable. De hecho, esta última es, como hemos comprobado, en Qatar 2022, en la *UEFA Euro 2020* e incluso en la disciplina de equipos como el Bayern de Múnich, la fórmula más utilizadas para tratar de conciliar religiosidad y obligaciones profesionales en los casos en los que la publicidad de bebidas alcohólicas supone un inconveniente para los fieles musulmanes. La dirección de estos torneos y el club bávaro son ejemplos de cómo ha de reaccionarse diligentemente para poder ofrecer un trato adecuado a los jugadores sin que se produzcan agravios para con su religiosidad.

Solo nos queda entonces esperar al futuro. El que imaginamos es tan cercano como incierto pues, en nuestra opinión, resulta más que claro que la cada vez más consolidada diversidad religiosa de las sociedades actuales seguirá proveyendo nuestro fútbol de nuevas objeciones, diferentes a las ya existentes, haciendo que colisionen de manera frontal deporte y trabajo. Y será este el momento en el que, suponemos (muy a nuestro pesar), que la gobernanza deportiva volverá a ser incapaz de encontrar respuestas a los eventuales futuros interrogantes. Como viene siendo habitual en los últimos años, la única esperanza radicará en implorar la concurrencia del nivel de comprensión del empleador (entendiendo por tales, los presidentes y los consejos de dirección de los grandes clubes o asociaciones internacionales), atendiendo evidentemente al grado de perjuicio económico, que pueden reportar para los mismos la negativa de sus estrellas a ser asociados a marcas que infringen sus creencias.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Costituzione e amministrazione come strumenti indefettibili di contrasto alle mafie

## di Francesco Rota

(Professore associato di diritto Amministrativo presso l'Università della Calabria)

## Sommario

1. La legittimazione delle mafie e l'ordinamento giuridico. – 2. Una piccola premessa metodologica tra sociologia e diritto. – 3. Una linea di indagine giuridica alla luce degli studi sociologici sulle mafie – 4. Un'amministrazione respingente? – 5. Mafie, Costituzione e dignità.

## Abstract

Historical and sociopolitical analyses studying the origins of the mafia highlight the connection between the institutions' inability to manage the territory and the emergence of mafia-style organized crime systems. Over time, the mafias have demonstrated a significant capacity for expansion, even beyond the traditional areas of the mafia, while still retaining one characteristic: territorial control.

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


ISSN 2036-7821

***1. La legittimazione delle mafie e l'ordinamento giuridico.***

Le analisi storiche e sociopolitiche che studiano le origini delle mafie evidenziano il nesso fra l'incapacità di gestione del territorio da parte delle istituzioni e l'affermazione di sistemi criminali organizzati di stampo mafioso[1].

Le mafie hanno mostrato nel tempo una significativa capacità di espansione anche al di là dei luoghi tradizionalmente interessati dal fenomeno mafioso, conservando comunque un tratto caratteristico: il controllo del territorio[2].

In alcune letture viene evidenziato che, nonostante l'efficace azione antimafia da parte della magistratura, delle forze dell'ordine e, in alcuni casi, anche della società civile, restano alcuni problemi aperti, fra i quali le relazioni esterne e i processi di legittimazione e costruzione del consenso. Allo stesso tempo, le nuove tecnologie e l'evoluzione socioeconomica diventano elementi di cambiamento per le mafie e si giunge a parlare di «capitale sociale della mafia»[3].

Molti attori sociali impegnati nella lotta alle mafie sottolineano il valore della speranza e della fiducia nelle istituzioni come strumenti capaci di incidere sulla presa che le mafie esercitano nei diversi territori.

È stato anche efficacemente evidenziato che le mafie non prosperano semplicemente per l'assenza dello Stato ma per un rapporto che trae la sua forza dal funzionamento

---

* Il presente contributo rappresenta l'aggiornamento e lo sviluppo di una relazione tenuta in occasione del convegno nazionale di SISMA, Società scientifica Italiana degli Studi sulle Mafie e Antimafia, tenutosi presso l'Università degli Studi di Napoli nei giorni 29 e 30 novembre 2024 ed è destinato alla pubblicazione nel volume Laghi, Ponte (a cura di), *Persona, Mercato, Istituzioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Liber Amicorum in onore di Enzo Ferrari;

[1] Cfr. *ex multis*, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie e nuove: Radicamento ed espansione*, Roma, 2009.

[2] F. VARESE, *Mafie in movimento. Come il crimine conquista nuovi territori*, Torino, 2011; N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord. La colonizzazione mafiosa*, Torino, 2016; R. SCIARRONE (A CURA DI), *Mafie del Nord. Strategie criminali e contesti locali*, Roma, 2019.

[3] N. DALLA CHIESA, F. CABRAS, *Il Fenomeno mafioso nelle Regioni del Nord Italia: nuove tendenze e prospettive*, in *Le istituzioni del federalismo,* n. 1, 2022 p. 99 ss., in cui gli autori, sposando l'utilità del ricorso a "*rating*" più che a misurazioni, evidenziano anche come «negli studi sulla criminalità organizzata bisogna rassegnarsi all'impossibilità di produrre misurazioni esatte, "scientifiche", della quantità e qualità dei fenomeni. Se questo è infatti un problema con cui sono costretti a scontrarsi tutti gli studiosi di scienze sociali, esso si presenta in forma ontologicamente più complicata e quasi insuperabile – relativamente, si intende – per chi si cimenti con l'analisi di fatti, come quelli criminali, che per definizione sfuggono alle rilevazioni ufficiali» perché «per un verso (…) si sconta un decisivo effetto-clandestinità, prodotto da comportamenti che intenzionalmente si sottraggono a ogni forma di controllo esterno. Per altro verso anche i dati ufficialmente disponibili si prestano a interpretazioni opposte. L'assenza di omicidi, ad esempio, anziché deporre per una inesistenza delle organizzazioni mafiose, può esprimere un pieno e perfetto controllo sociale e territoriale da parte di una di queste organizzazioni. L'aumento delle denunce per estorsione può dipendere da una intensificazione degli episodi estorsivi, ma può anche dipendere da una maggiore fiducia nelle forze dell'ordine o dalla nascita di un movimento di ribellione verso le imposizioni dei clan. Il basso numero di beni confiscati in una determinata Provincia può indicare un modesto livello di penetrazione degli interessi mafiosi ma può anche essere il frutto di una inerzia o modesta attività degli apparati repressivi e giudiziari locali, e in qualche caso addirittura della capacità delle organizzazioni mafiose di condizionarne il comportamento».


ISSN 2036-7821

dello Stato e delle amministrazioni pubbliche[4], con una complementarità, se non con una simbiosi, di logiche che lega ordine giuridico e ordine extra-legale[5].
Questa prospettiva aiuta a cogliere l'importanza della relazione tra il disegno Costituzionale -quale emerge dal sempre utile richiamo ai lavori preparatori, dalla giurisprudenza costituzionale e da ormai cinquanta anni di studi giuspubblicistici-, il ruolo dell'Amministrazione pubblica e il contrasto alle mafie. Così il giurista è spinto a interrogarsi sulla possibilità che le difficoltà di gestione di certe dinamiche criminali nascano anche proprio da una mancata attuazione del disegno costituzionale nella sua dimensione promozionale della persona quanto in quella di qualità dell'amministrazione pubblica.
Sia chiaro, seguendo questa linea di indagine, non si vuole preferire una strategia di contrasto alle mafie che si concentra sul potere mafioso rispetto a quelle che si concretano in attività di contrasto alle attività mafiose, convinti che le due tipologie di intervento siano entrambe indispensabili e debbano essere integrate e coordinate. Allo stesso tempo non si vuole fare una scelta di campo tra dimensione culturale e dimensione organizzativa del fenomeno mafioso, ritenendo che siano entrambe presenti, utili a definirlo e, soprattutto, necessarie per disegnare idonee politiche di contrasto ad esso[6]. Si è consapevoli, peraltro, che la lettura proposta potrebbe essere meno calzante nei confronti di mafie che, come la 'ndrangheta, hanno una base familiare, ma se è vero che, come autorevolmente affermato, non tutti i parenti più stretti del capobastone fanno necessariamente «parte integrante della 'ndrina»[7],

[4] U. SANTINO, *La mafia come soggetto politico,* Trapani, 2013, p. 128.

[5] R. SCIARRONE, *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale,* in *www.Treccani.it*, 2015, parla di «rapporto simbiotico» e afferma che nel rapporto fra mafia e istituzioni, nonostante la formale contrapposizione tra gli attori coinvolti, «al posto del paradigma alterità-contrapposizione, sancito formalmente, opera quello alterità-interazione». A. PIZZORNO, *I mafiosi come classe media violenta*, in Polis, 1987, 1, p. 201, sostiene che le logiche dell'ordine pubblico in relazione a quelle dell'ordine extra-legale sono «frutto di un processo composito in cui imposizione, negoziato, delega, si avvicendano e coesistono». Si veda anche E. CICONTE, *Le mafie: dall'Italia al mondo e ritorno,* in *www.Treccani.it*, 2012, che individua l'elemento distintivo del fenomeno mafioso rispetto alla criminalità organizzata nel «rapporto peculiare che l'organizzazione mafiosa intrattiene con il territorio e l'autorità politica», affermando che «per estensione, il termine "mafie" denota quindi tutte quelle realtà in cui l'attività dei gruppi criminali organizzati è finalizzata non solo alla ricerca del profitto, ma anche o soprattutto al perseguimento di una vera e propria strategia politica di controllo del territorio – fino all'affermazione di un vero e proprio monopolio della violenza considerata "legittima" – e di un rapporto di connivenza con lo stato».

[6] R. SCIARRONE, *Mafie vecchie, mafie nuove*, cit., evidenzia che «sono rintracciabili, a grandi linee, due grandi famiglie di definizioni e interpretazioni della mafia: l'una sottolinea i fattori culturali, l'altra vede la mafia soprattutto come un fenomeno organizzativo. Si tratta di punti di vista ricorrenti che, quando sono estremizzati, finiscono per negare la specificità del fenomeno. La prospettiva culturalista giunge nella sua versione estrema a ridurre la mafia alla cultura diffusa dei contesti in cui si è sviluppata. La prospettiva organizzativa nelle tesi più radicali assimila invece il fenomeno alla delinquenza organizzata. Tuttavia, gli interpreti più attenti si sono collocati in una posizione intermedia provando a coniugare la prospettiva di un'organizzazione criminale e il problema delle sue radici sociali».

[7] E. CICONTE, *Le mafie: dall'Italia al mondo e ritorno,* cit., che evidenzia anche che la dimensione familiare delle 'ndrine, lungi dall'essere un mero elemento di folklore o un elemento di arretratezza organizzativa, ha rappresentato per lungo tempo e con una recente e limitata inversione di tendenza un baluardo e un elemento di


ISSN 2036-7821

allora c'è una possibilità di penetrazione e affermazione dei valori costituzionali anche in questo tipo di realtà mafiosa. Allo stesso tempo non si pensa di sostituire misure specifiche di contrasto al fenomeno mafioso con un approccio generale e si è consapevoli delle difficoltà di realizzazione di quanto si auspica; ciononostante si ritiene che sia una strada che non può e non deve restare intentata, anche perché l'unico modo per contrastare un sistema valoriale distorto è forse ribadire la vigenza, la condivisibilità e la bellezza del sistema valoriale costituzionalmente definito, affermandolo nella sua pienezza.

Il fenomeno potrebbe forse anche essere letto in prospettiva invertita, ossia considerando l'incidenza negativa delle mafie sulla qualità dell'amministrazione e sull'attuazione del programma costituzionale.

È stato a tal proposito sostenuto che la questione mafiosa è connessa al rapporto fra strutture illegali e poteri legittimi[8].

Del resto, le mafie sono caratterizzate da un forte radicamento sociale e territoriale che non può fiorire in assenza di legami con la politica e l'economia locale e necessariamente impatta sia sulla qualità dell'amministrazione sia sul corretto funzionamento dei meccanismi elettorali[9]. Un'amministrazione di qualità rappresenta un importante ostacolo al controllo del territorio che connota le mafie e che si realizza anche sostituendosi alle amministrazioni statali o infiltrandosi in esse[10].

La presenza delle mafie sul territorio è però connessa anche a un altro profilo: tradizionalmente l'essenza dello Stato viene riconnessa, fra l'altro, alla detenzione del monopolio della forza legittima sul territorio e le mafie, controllando la violenza nei territori, interferiscono con uno dei compiti tipici dello Stato, tanto che, in passato, autorevoli studiosi erano arrivati ad ipotizzare che la mafia potesse essere considerato un ordinamento giuridico[11]. Del resto, è stato sottolineato in dottrina il carattere intrinsecamente politico della mafia, in quanto struttura criminale che

---

resistenza nei confronti di politiche di contrasto alle mafie che vedevano nei collaboratori di giustizia un elemento centrale.

[8] P. PEZZINO, *Mafia, Stato e società nella Sicilia contemporanea: secoli XIX e XX*, in *La mafia, le mafie*, G. FIANDACA, S. COSTANTINO (A CURA DI), 1994, p. 17.

[9] Non sfugge che i diversi tipi di mafia non sono facilmente riconducibili ad un quadro unitario, esistono però tentativi che, evidenziando i punti in comune tra le diverse mafie, mirano ad individuarne un idealtipo. Si vedano sul punto R. SCIARRONE, *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale*, cit.; E. CICONTE, *Storia Criminale*, Soveria Mannelli, 2008; J. Dickie, *Onorate società*, Bari, 2012. Del resto, è stato anche evidenziato che sono in corso processi di avvicinamento fra i differenti gruppi mafiosi. S. LUPO, *Le mafie*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 3, 1997, p. 272, parla di «progressiva omogeneizzazione delle mafie e dei loro modelli organizzativi».

[10] F. VARESE, *Mafie in movimento*, cit.; N. DALLA CHIESA, *Passaggio a Nord*, cit., 2016; R. SCIARRONE (A CURA DI), *Mafie del Nord*, cit.

[11] SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917; più di recente, per un'analisi critica, G. FIANDACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in Foro It., 1995, p. 21 ss.


ISSN 2036-7821

ricerca il potere e mira al suo esercizio[12]. In prospettiva più attuale il fenomeno può essere visto dal punto di vista della sicurezza e delle sicurezze[13].

***2. Una piccola premessa metodologica tra sociologia e diritto.***

Il diritto è una scienza molto particolare perché, regolando la vita sociale, deve in primo luogo comprenderla e vive quindi di necessarie interconnessioni con altre scienze. Fra queste occupa un posto di rilievo la sociologia che studia, fra le altre cose, l'efficacia delle norme giuridiche, il loro impatto sui fenomeni sociali e che permette di comprendere quei fenomeni sociali e di elaborare leggi che rispondano ad essi.

Allo stesso tempo però il diritto è "*ius positum*" e si avvale di un linguaggio prescrittivo che ha un rilievo centrale per il fenomeno giuridico[14]. Ci sono spazi, a volte, quando possibile, lasciati volutamente liberi dal legislatore ma, al di fuori di essi, rispetto al diritto posto, sembra dunque impossibile abbandonare la descrizione normativa che consente di individuare il fenomeno mafioso e di catalogarlo come tale. Quanto affermato è tanto più vero quando si ha a che fare con conseguenze giuridiche di tipo sanzionatorio, soprattutto se di natura penale[15]. Allo stesso tempo però, quando l'indagine si sposta sulle ragioni della crisi dell'effettività del diritto in un certo settore o quando si ragiona *de jure condendo*, la conoscenza dei fenomeni e delle loro caratteristiche diventano utili e rilevanti e l'opportunità di interagire e dialogare con altri Saperi diventa necessità.

Per questo motivo si cercherà di mettere in relazione alcune delle risultanti che emergono da studi condotti nell'ambito di discipline non giuridiche con l'ordinamento giuridico.

***3. Una linea di indagine giuridica alla luce degli studi sociologici sulle mafie.***

La dottrina giuridica ha sottolineato, in relazione a specifici settori il rilievo che la buona amministrazione ha per l'eliminazione di devianze e illegalità. Ad esempio, è stato messo in relazione il legame tra cattiva amministrazione e corruzione[16] e,

[12] R. SCIARRONE, *Mafie vecchie e nuove*, cit., che evidenzia come il carattere intrinsecamente politico della mafia sia stato «sottovalutato e spesso consapevolmente dissimulato» e sottolinea come la valenza politica del fenomeno mafioso diventi evidente «se si prendono in considerazione le principali sfere di azione dei mafiosi».

[13] G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, 2010, p. 279 ss.; F. ROTA, *Sicurezza, Ordine pubblico e polizie*, Napoli, 2012, p. 187 ss.

[14] A. FIORITTO, *Manuale di stile dei documenti amministrativi*, Bologna, 2009, p. 19.

[15] G. AMARELLI, *Mafie delocalizzate all'estero: la difficile individuazione della natura mafiosa tra fatto e diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1197 ss.

[16] F. PINTO, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Roma, 2018.


ISSN 2036-7821

proprio rispetto a questo tema, non sono mancati quanti hanno affermato l'importanza dell'etica per sradicare prassi negative e illegittime[17].
Sembra però che il rilevo del discorso che si tenta di fare sia più profondo e abbia un impatto più ampio, andando ben oltre il limitato ambito del contrasto alla corruzione.
Alcuni dei temi connessi alla buona amministrazione[18] sembrano avere solo in parte specifico rilievo per le mafie e sembrano concernere più in generale il rapporto tra Stato e criminalità per diversi motivi: in primo luogo perché sembra che questi temi rilevino sotto il profilo dell'amministrazione del welfare, ovvero del contrasto alle vulnerabilità, alle diseguaglianze, alle marginalità sociali ed economiche. Si pensi ad esempio all'esclusione socioeconomica nelle aree depresse, nelle periferie, a quella dei migranti irregolari, oppure alla gestione dell'edilizia residenziale pubblica e al tema delle occupazioni abusive degli immobili; sono tutte dinamiche connesse ai bisogni primari, che generano sacche di illegalità, che si traducono in potenziale creazione di redditi e manovalanza per le organizzazioni criminali. Ciononostante, da un lato sovviene il monito secondo cui la mafia «non è altro rispetto alla criminalità», pur non identificandosi con essa[19], e, dall'altro, occorre ricordare che anche le dinamiche di esclusione contribuiscono al controllo del territorio, e hanno un rilievo perciò per le mafie. Questa idea si rafforza se si presta attenzione agli studi sociologici sopra menzionati che sottolineano la doppia dimensione, organizzativa e culturale, delle mafie. Se misure e strumenti giuridici settoriali specifici possono incidere sulla dimensione organizzativa e sulle singole attività mafiose, per contrastare la cultura mafiosa e il sistema valoriale distorto e deformato che porta con sé, c'è bisogno di affermare una cultura diversa, portatrice di un sistema valoriale sano. Dal punto di vista del giurista questa cultura, questo sistema valoriale non possono che essere rinvenuti nella Costituzione e nelle norme che mirano alla

[17] F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (A CURA DI), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (A CURA DI), *La corruzione amministrativa, cause, prevenzione, rimedi*, Firenze, 2010, p. 89; E. CARLONI (A CURA DI), *Fighting corruption through administrative measures,* Perugia, 2019.

[18] G. FALZONE, *Il dovere di Buona amministrazione,* Milano, 1953; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60º anniversario della Costituzione*, in www.costituzionalismo.it, 2009; R. URSI, *Le ragioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in M. PIERRO, (A CURA DI), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, 1 ss.

[19] S. LUPO, R. MANGIAMELI, *Mafia di ieri, mafia di oggi*, in *Meridiana,* 1990, p. 17 ss., sottolineano come le mafie, pur non essendo altro rispetto alla criminalità, non si identificano con essa. Sinteticamente, sulle differenze tra mafie e criminalità organizzata, si veda anche E. CICONTE, *Le mafie: dall'Italia al mondo e ritorno,* cit.


ISSN 2036-7821

sua attuazione. Responsabile dell'attuazione della Costituzione è l'amministrazione, in una dimensione sussidiaria insieme ai cittadini e alle formazioni sociali[20].

### *4. Un'amministrazione respingente?*

Nelle adesioni alla criminalità organizzata di stampo mafioso, come già rilevato, la dimensione economica, seppur non assente, spesso non rappresenta l'unica dimensione rilevante. Esiste infatti una dimensione relazionale, culturale e valoriale, a volte, a tratti, addirittura sacrale, a connotare le relazioni all'interno delle organizzazioni mafiose, fino a generare, in una dimensione distorta, ammirazione, emulazione, desiderio di appartenenza, sicurezza percepita[21].

Perché avviene questo? La risposta spetta agli studi economici e sociali ma il giurista può notare che, a volte, il sistema pubblico risulta respingente per alcune fasce della popolazione. Lo iato tra i valori e il progetto costituzionale, da un lato, e la realtà quotidiana dell'ordinamento giuridico, dall'altro, possono generare e rendere diffuso un senso di ingiustizia nell'esercizio dei pubblici poteri e situazioni ripetute di scostamento tra ciò che la legge prevede e ciò che concretamente avviene, reali o percepite, possono far nascere nei cittadini un senso di frustrazione e di impotenza, lasciando in bocca l'amaro senso di incoerenza tra ciò che in teoria dovrebbe essere e ciò che nella realtà è[22]. In una dimensione distorta e invertita, rispetto alla quale, si tenterà di dimostrare, legislazione e amministrazione non sono prive di responsabilità, troppo spesso il potere ed il suo esercizio non legittimo perdono la sacra investitura conferita dal perseguimento dell'interesse pubblico e dalla realizzazione del disegno costituzionale per diventare espressione di interessi di gruppi di potere e fonte di ingiusta conculcazione di diritti[23].

La normativa non sempre aiuta e regole solo apparentemente efficaci contribuiscono a completare il quadro descritto. Dalle autocertificazioni alla deresponsabilizzazione del funzionario pubblico fino alla disciplina dell'abuso d'ufficio, passando per i

---

[20] U. ALLEGRETTI, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996; ID., *La Costituzione interpretata dalla pubblica amministrazione*, in *www.costituzionalismo.it*, 2018; G. MELIS, *Costituzione e amministrazione*, in *Giornale di Storia costituzionale*, 2018, p. 203 ss.; G. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Milano, 1994; A. CERRI, *La "costituzionalizzazione" dell'amministrazione pubblica in Italia*, in N. GRECO, P. BIONDINI, *Diritto e amministrazione pubblica nell'età contemporanea*, Roma, Scuola Superiore della P.A., 2001; V. CERULLI IRELLI, *Costituzione e amministrazione*, Torino, 2002; G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, 2013.

[21] F. ROTA, *Sicurezza, Ordine pubblico e polizie*, cit., p. 187 ss.

[22] M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. Pubbl*. 2011 p. 391 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem. dir.*, 2005, p. 60, sottolinea lo scopo della lotta alla povertà, consistente nella inclusione sociale; già in F. ROTA, *Sicurezza, Ordine pubblico e polizie*, cit., p. 15 si è evidenziato che, negli anni, c'è stata una limitata attenzione dei legislatori e dei governi per i contenuti promozionali e sociali della Costituzione, cui è conseguita una evoluzione del tessuto sociale più lenta di quella prefigurata dalla Carta.

[23] G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente. Perché è necessario un discorso sui fini*, Roma, 2014, arriva a parlare di necessità di recuperare nella progettualità politica i fini sanciti nella Costituzione per evitare svilimento e crisi della democrazia.


ISSN 2036-7821

tempi e i costi dei processi, per la trasparenza, gli appalti, e per certi concorsi. Si moltiplicano gli esempi di criticità connesse all'efficacia e all'efficienza delle Istituzioni. La democratizzazione dell'amministrazione e la sua trasparenza sono qualcosa che la dottrina e il legislatore affermano e promuovono da anni ma rispetto alle quali l'amministrazione è spesso sorda, arroccata in privilegi difensivi tipici di altre epoche storiche e di altri regimi[24].

L'efficiente esercizio dei pubblici poteri è fondamentale anche in un'altra prospettiva: dove le formazioni sociali falliscono e sono portatrici di coscienze deformate e valori deviati, come sovente avviene in realtà mafiose, il ruolo dell'amministrazione diventa pregnante. Allo stesso modo il ruolo dell'amministrazione diventa pregnante ogniqualvolta si abbia a che fare con i contenuti sociali e promozionali della Costituzione perché è la Repubblica a doversi fare portatrice e promotrice dei valori di uguaglianza sostanziale che rilevante ruolo hanno nel perseguimento della dignità della persona, che è uno degli elementi fondanti del nostro sistema costituzionale ed è forse l'obiettivo primario, il tassello centrale e indefettibile del disegno costituzionale[25].

Del resto, se ha ragione quella dottrina che individua una delle caratteristiche comuni alle mafie nella capacità di influenzare la vita politica e istituzionale[26], tanto che, secondo alcuni, si dovrebbe parlare «in senso stretto di mafia solo in presenza dell'incontro fra strutture delinquenziali, organizzate su base locale, e circuiti politico-istituzionali»[27], è evidente che la buona amministrazione è intrinsecamente in contrasto con la dimensione mafiosa.

L'amministrazione però è a volte respingente, quantomeno perché non fa ciò che dice la Costituzione e ciò che sancisce la legge. E questo purtroppo non è sempre frutto di influenze criminali. Ad esempio, ad oltre settanta anni dalla entrata in vigore della Costituzione, a più di trenta anni dall'introduzione della 241/1990 e a più di venti dal decreto 33/2013 l'amministrazione non è ancora un luogo di vera trasparenza e le relazioni con essa sono spesso frustranti anche per soggetti attrezzati culturalmente e

[24] F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in G. MARONGIU, G. C. DE MARTIN (A CURA DI), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, 1993, 13 ss.; A. PATRONI GRIFFI, *Il fondamento costituzionale della legislazione in tema di trasparenza e di lotta alla corruzione*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016; F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. PONTI (A CURA DI), *La Trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo, 2013; A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 213.

[25] Sulla dignità in generale e in particolare sulla possibilità di configurare un dovere dei pubblici poteri nella lotta alla povertà, sui fondamenti del diritto ad un'esistenza dignitosa e sugli strumenti di lotta alla povertà cfr. M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012, p. 205 ss.

[26] P. PEZZINO, *Mafia, Stato e società nella Sicilia contemporanea*, cit., p. 17.

[27] R. SCIARRONE, *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale*, cit.


ISSN 2036-7821

dotati di mezzi e risorse[28]. Sul merito nei concorsi e sulla qualità negli appalti continua ad aleggiare il sospetto e, a volte purtroppo la conferma, di gravi distorsioni nell'esercizio della funzione amministrativa. La possibilità di svolgere un'attività o funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società è spesso un miraggio, la scuola troppo spesso non è il luogo di inclusione che dovrebbe essere e la mobilità sociale è minima. All'esterno, in quelli che dovrebbero essere cittadini, la fiducia nel riconoscimento dei diritti si affievolisce e, piano piano, con il venir meno della speranza, si afferma il tentativo di rinunciare a quei diritti per ottenere dei privilegi: il cittadino torna ad essere suddito[29].

La cattiva amministrazione toglie speranza e impedisce di avere fiducia nelle giuste opportunità e nel valore della crescita individuale e sociale, nel rilievo del merito; porta con sé l'assenza di indignazione e poi la rassegnazione. E, se si afferma l'idea che l'unico modo per raggiungere un determinato obiettivo sia illegale o, peggio, mafioso e che il ricorso a quel metodo sia generalizzato, il rischio di accettazione dell'illegalità aumenta drammaticamente, soprattutto nelle aree economicamente svantaggiate. La cattiva amministrazione, intesa come incoerenza rispetto ai valori costituzionali che genera ingiustizia, incide potenzialmente sull'adesione a sistemi valoriali diversi da quello costituzionale, anche come diversa fonte di aspirazione ad una giustizia, anche sociale, negata dal sistema "legale".

Se quanto affermato è vero, poiché sono in primo luogo le Istituzioni a doversi fare portatrici del sistema valoriale introdotto dalla Carta costituzionale, quando non lo fanno, aprono uno spazio a modelli valoriali alternativi e distorti. Di fatto siamo di fronte ad uno degli impatti negativi della rivoluzione (ancora) incompiuta nelle amministrazioni pubbliche.

Quanto affermato rende particolarmente interessanti le evoluzioni segnalate in dottrina sia sulla presa di coscienza progressiva che le amministrazioni del nord stanno facendo rispetto alla presenza delle mafie sui loro territori, sia sulla reazione che le amministrazioni stanno avendo nel tentativo di debellare questo male, benché non si possa trascurare che, nonostante questa evoluzione positiva, le mafie continuano a crescere[30].

---

[28] Si veda ad esempio la simpatica, anche se amara, narrazione di G. GARDINI, *Un divertente viaggio nella burocrazia nazional-popolare che non farò mai più*, in *diario di diritto pubblico*, 2021.

[29] G. PALMA, Itinerari di diritto amministrativo, 1996, Padova – Verona, p. 51 ss.; V. CRISAFULLI, *Individuo e società nella Costituzione italiana*, in *Dir. Lav.*, 1954, p. 74, afferma che la Costituzione si basa su un'idea concreta ed effettiva di libertà che consiste nella «capacità e possibilità di libera scelta e di reale autodeterminazione in ciascun soggetto ed implica (…) il concetto della sicurezza, intesa come libertà dal bisogno e dal timore». Nello stesso senso L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, terza ed., Padova, 2011, p. 87, afferma che la Costituzione parte dalla considerazione delle diseguaglianze economiche, sociali, culturali per ridurle e «realizzare un minimo di omogeneità sociale indispensabile al corretto funzionamento della democrazia».

[30] N. DALLA CHIESA, F. CABRAS, *Il Fenomeno mafioso nelle Regioni del Nord Italia: nuove tendenze e prospettive*, in *Le istituzioni del federalismo*, cit., p. 112


ISSN 2036-7821

***5. Mafie, Costituzione e dignità.***

Il contrasto tra mafie e Costituzione non si ferma alle tematiche connesse alla sicurezza e al monopolio dell'uso della forza; non si ferma neanche alle possibili alterazioni di stampo mafioso alle dinamiche elettorali e dunque ai gangli fondamentali della democrazia. Benché possano essere molte le norme costituzionali che collidono con le pratiche mafiose, forse bisogna entrare più in profondità nella trama costituzionale e comprendere che le Mafie sono in contrasto con l'essenza stessa della Costituzione, perché in ogni loro dimensione e manifestazione minano la dignità umana.

La dignità non è solo concetto pre-giuridico, ma principio costituzionale in quanto "*pari dignità sociale*" e fondamento e fine del nostro ordinamento giuridico complessivo[31]. Da tempo, la Corte costituzionale ne ha riconosciuto il ruolo, ex multis, di limite alla discrezionalità del legislatore, di criterio di bilanciamento dei diversi interessi e addirittura di fonte di nuovi diritti[32].

Sembra allora che le Istituzioni, per contrastare credibilmente le mafie, debbano tornare alla Costituzione e alla sua dimensione di programma di contrasto alle situazioni di indebito bisogno ma soprattutto di promozione della dignità della persona, riscoprendo il discorso sui fini che è indispensabile per assicurare vitalità ed efficacia al progetto costituzionale[33].

Dalla lesione della dignità della persona la criminalità organizzata di stampo mafioso trae elementi per fare breccia nei deboli, proponendosi come figura paternalistica.

Caratteristica delle mafie è la manipolazione di codici culturali che diventa particolarmente rilevante quando, come avviene ad esempio per la disciplina di contrasto alla corruzione, si fa perno sull'etica[34]. In questo caso, infatti, la dimensione dell'incidenza culturale rivela tutta la sua efficacia distorsiva, potendo giungere a generare vere e proprie deformazioni della coscienza individuale e sociale, alterando la percezione di ciò che è giusto. In questa prospettiva la dimensione della mafia intesa come comunità mostra una capacità di penetrazione connessa all'esistenza di

---

[31] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, Napoli, 2020, p. 32 ss. giunge a ritenere la persona e la dignità come aspetti di un principio unitario; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, p. 4. P. HÄBERLE, *La dignità umana come fondamento della comunità statale*, in ID., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, 2003, p. 1 ss., citato da S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Civilistica*, n. 1, 2013, p. 8 ss., secondo cui «La costruzione dell'homo dignus non può essere effettuata all'esterno della persona, ha davvero il suo fondamento in *interiore homine*»; S. RODOTÀ, *La rivoluzione della dignità*, Napoli, 2013, p. 20; U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009, p. 120; V. FERRARI, *Il diritto alla salute come ambito inviolabile della dignità umana*, in *Foro italiano*, 2019, I, p. 2785.

[32] M. RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, cit., p. 205 ss.

[33] G. ZAGREBELSKY, *Contro la dittatura del presente*, cit.

[34] F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN (A CURA DI), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, cit., p. 89.


ISSN 2036-7821

una cultura mafiosa e al fatto che «la mafia è considerata espressione di codici culturali diffusi nella società più ampia»[35]e che «le associazioni mafiose mostrano quindi simultaneamente un elevato livello di chiusura sociale verso l'interno –quindi confini più o meno cristallizzati- e un elevato livello di apertura verso l'esterno- quindi confini altamente variabili a seconda delle circostanze»[36].

Lavorare sulla realizzazione del programma costituzionale e sulla qualità dell'amministrazione potrebbe forse non riuscire a incidere sempre in modo efficace sulla chiusura sociale verso l'interno e sull'ingresso nell'associazione (si pensi a strutture a base familiare come la ndrangheta), ma potrebbe avere un impatto significativo sull'efficacia dell'apertura verso l'esterno.

Peraltro, in un momento storico in cui il contrasto alle mafie si deve misurare con mutate esigenze connesse, non solo all'evoluzione delle mafie nate in Italia e tradizionalmente presenti nel nostro paese, quanto alla sempre maggiore presenza di mafie transnazionali e provenienti da altri paesi[37], sembra che il discorso costituzionale valoriale possa acquisire un ruolo e un significato diverso, contribuendo a non far sentire (essere?) discriminato lo straniero presente sul territorio nazionale[38]. Ancora una volta, quando la presenza di questi gruppi criminali è dovuta ad attività quali la tratta di esseri umani, il ruolo della Costituzione e della dignità come valore costituzionale diventa estremamente rilevante[39].

---

[35] Così, R. SCIARRONE, *Mafie vecchie e nuove*, cit.

[36] R. SCIARRONE, *La mafia, le mafie: capitale sociale, area grigia, espansione territoriale*, cit.

[37] E. CICONTE, *Le mafie: dall'Italia al mondo e ritorno,* cit., afferma che «Negli ultimi due decenni il mondo della criminalità italiana (…) s'è arricchito di presenze e di figure nuove. Ai mafiosi italiani, incontrastati dominatori dei mercati illegali e criminali del nostro paese, abituati a valicare i confini nazionali per muoversi in paesi stranieri, si sono aggiunti vari soggetti provenienti da ogni parte del mondo. Alcuni di questi vanno e vengono dal nostro paese, altri oramai vi si sono impiantati stabilmente e si può dire che facciano parte del panorama criminale nostrano. Accanto alle mafie italiane ci sono le mafie straniere che agiscono nella tratta degli esseri umani e nel traffico di stupefacenti. Alcune sono stanziali, altre sono di passaggio. La globalizzazione è anche questo, e genera di continuo effetti non desiderati nel cortile di casa. Ci sono gruppi criminali o mafiosi che provengono dall'Albania, dalla Cina e dalla Nigeria, i quali si sono stabilmente insediati in alcune regioni del nostro paese, in prevalenza nelle regioni del centro e del nord, meno nel Mezzogiorno d'Italia e meno ancora in Sicilia, Calabria e Campania. Alcuni sostengono che le difficoltà economiche esistenti nelle regioni meridionali hanno sconsigliato una loro presenza significativa, altri sono convinti che ciò sia dipeso dalla presenza mafiosa locale che ha impedito l'occupazione di un territorio già ampiamente presidiato. (…) In Italia sono attive anche altre mafie o raggruppamenti criminali che hanno caratteristiche diverse, prima fra tutte quella di non avere in Italia degli insediamenti permanenti e stabili. Questi raggruppamenti non sono però tutti uguali tra di loro».

[38] E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, *La Costituzione come fonte e condizione per l'integrazione dei migranti,* in S. D'ACUNTO, A. DE SIANO, V. NUZZO (A CURA DI), *In cammino tra aspettative e diritti*, Napoli, 2017, p. 153; F. ROTA, *Diseguaglianze e prospettive di cittadinanza. Multiculturalismo e integrazione fra principi costituzionali e misure amministrative,* in F. CORTESE, G. PELACANI (A CURA DI), *Il diritto in migrazione,* Napoli, 2017, p. 173 ss.

[39] C. PRETTO, *Victims of traffiching and refugees: the nexus between asylum and anti-traffiching,* in F. CORTESE, G. PELACANI (A CURA DI), *Il diritto in migrazione,* Napoli, 2017, p. 193 ss.


ISSN 2036-7821

Studi sociologici hanno evidenziato che «se tuttavia la 'ndrangheta ha dimostrato una elevata capacità di rigenerarsi soprattutto grazie alla straordinaria combinazione riproduttiva "paese di origine-famiglia allargata", non vi è dubbio che essa sia stata avvantaggiata nelle proprie strategie di insediamento da contesti incapaci o indisposti a riconoscerne la portata criminale»[40].

È forse opportuno chiedersi se questa incapacità di rilevare la portata criminale delle mafie non possa essere dovuta anche alla presenza di altre dinamiche viziate come ad esempio il cortocircuito tra politica e amministrazione, in cui il ciclo direzionale politica-amministrazione spesso non persegue obiettivi di qualità per l'amministrazione ma logiche distorte di tipo clientelare[41]. Certi interrogativi purtroppo sono come le ciliegie: uno tira l'altro. Allora viene spontaneo chiedersi se, in certi contesti, la fuga dalla firma non sia solo un elemento negativo e deplorevole, ma possa rappresentare anche un tentativo o una forma di resistenza nei confronti di pressioni politiche che spingono verso attività illegittime. Evidenzio questi interrogativi per due ragioni[42].

La prima ragione risiede nel fatto che certe prassi illegittime ma diffuse nelle amministrazioni (procedure non imparziali, mancato rispetto degli obblighi di rotazione, etc.) e in qualche modo normalizzate in forza della loro diffusione possono essere connesse o meno a fenomeni criminali o a fenomeni criminali di stampo mafioso ma rispondono a dinamiche, logiche e culture per tanti aspetti simili a quelle mafiose e diventano base utile, forse indispensabile alla penetrazione, all'affermazione e al consolidamento delle mafie perché privano il sistema dei suoi anticorpi. Simili prassi rendono più digeribili condotte gravi, forse perché si è fatto semplicemente quello che il superiore chiedeva di fare, forse perché si è finto di essere stati convinti da fantasiose motivazioni di perseguimento di un ipotetico interesse pubblico, ovviamente diverso da quello desumibile dalla legge: i diversi e possibili volti della zona grigia[43]. Una zona grigia alimentata dall'esecuzione di ordini, dall'attuazione di indirizzi, senza porsi domande che potrebbero portare a risposte scomode; senza interrogarsi sugli interessi che potrebbero nascondersi dietro

[40] Così, N. DALLA CHIESA, F. CABRAS, *Il Fenomeno mafioso nelle Regioni del Nord Italia,* cit., p. 106.

[41] M. CERBONE, V. ESPOSITO, F. ROTA, *Considerazioni conclusive* in MERCURIO, ZOPPOLI (A CURA DI), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Napoli, 2009.

[42] S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'Amministrazione si difende,* in *Riv. trim. dir. pubbl*. 2019, 1, 293 ss. e M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure concorsuali*, in *Dir. amm*. 2020, 1, 55 ss.; A. CASTALDO (A CURA DI), *Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance,* Napoli, 2021.

[43] M. CATINO, *Colletti bianchi e mafie. Le relazioni pericolose nell'economia del Nord Italia, in Stato e mercato*, 1, 2018, p. 149 ss.; S. PELLEGRINI, *L'impresa grigia*, Roma, 2018; N. DALLA CHIESA, F. CABRAS, *Il Fenomeno mafioso nelle Regioni del Nord Italia*, cit., p. 114, rilevano che il «nucleo duro di interessi non mafiosi che troppo generosamente vengono battezzati "zona grigia" (…) costituiscono invece, più genuinamente, l'area non mafiosa di una "zona nera" dell'economia in via di allargamento». Per una disamina giuridica sulla contiguità politico-mafiosa, G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017.


ISSN 2036-7821

quelle scuse fantasiose e senza chiedersi se si sta cercando di favorire un amico, l'amico di un amico o qualcuno per cui una 'ndrina ha intermediato. L'ignoranza della portata di ciò che si è fatto, la confortante giustificazione della prassi, la fiducia (vera?) nel superiore placano la coscienza finché la *routine* non subentra e la coscienza "non fa più suonare campanelli di allarme": è deformata. E, peggio, se pure si volesse tentare un'opposizione, ormai si è ricattabili, si è complici e fare la cosa giusta diventa più difficile. Il secondo motivo è che, seppur nella consapevolezza che non esistano discipline legislative capaci di escludere sia i pericoli di *overdeterrence* che di *underterrence*[44], pur comprendendo le ragioni che le animano, se dietro la fuga dalla firma si nascondono anche questo tipo di dinamiche, le politiche attualmente in atto, che di fatto rischiano di portare a delle deresponsabilizzazioni dell'amministratore pubblico, potrebbero avere un effetto negativo e un impatto grave sul contrasto alle mafie, oltre a rischiare di contribuire a rendere l'esercizio del potere irresponsabile, contro le più intime logiche di funzionamento del sistema democratico[45]. La cosa che colpisce particolarmente è che sembra assistersi ad un arretramento complessivo dei meccanismi di contrasto a pratiche dolose o gravemente colpose nelle diverse branche dell'ordinamento, senza che, ad esempio, la riduzione degli strumenti di contrasto penale nei confronti di alcuni reati sia compensata dall'incremento di misure amministrative volte a disincentivare condotte deprecabili. Sullo sfondo il rischio che, inseguendo obiettivi di sviluppo e crescita economica, passi la pericolosa idea che le garanzie e il contrasto all'illegalità hanno un costo che l'ordinamento non può permettersi.

Sicuramente si avverte il bisogno di recuperare l'ordinario rispetto all'eccezionale, anteponendo l'amministrazione alla sanzione.

A fronte del segnalato cambio di passo sul piano delle responsabilità, a causa delle caratteristiche sfuggenti e in continua evoluzione delle mafie, deve essere segnalato un incremento di discrezionalità che ha interessato anche misure amministrative di contrasto alle mafie, che incidono, ad esempio, sul consenso o sulla rappresentatività di alcuni organi o sull'esercizio di libertà economiche da parte dei cittadini[46]. Allo stesso tempo, la crescente effettività della tutela assicurata nel giudizio

[44] Corte Cost., Sent. n. 132 del 2024; G. BOTTINO, *La "quadratura del cerchio": amministrare per risultati, temere le responsabilità pubbliche, difendersi perché "così fanno tutti"*, in *Giur. Cost.*, 4, 2024, p. 1641; B. G. MATTARELLA, *I rimedi amministrativi all'illegalità nella pubblica amministrazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2024, p. 753.

[45] In tema di amministrazione difensiva, S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'Amministrazione si difende,* cit., 293 ss. e M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva*, cit., 55 ss. Per un esempio in materia di contratti pubblici, R. URSI, *La "Trappola della fiducia" nel codice dei contratti pubblici*, in *www.dirittoeconti.it*, 2024.

[46] S. CALDARELLI, *Disciplina e prassi applicativa delle interdittive antimafia: criticità (anche) costituzionali e convenzionali*, in *www.Amministrativ@mente.com*, 4, 2024; L. BORDIN, *Le interdittive antimafia tra potere prefettizio e sindacato del giudice amministrativo,* in *www.federalismi.it*, 14, 2023; RENATO ROLLI, *Misure di prevenzione penale e interdittiva antimafia,* in *Dir. Soc.*, 3, 2024; ID., *Dura lex, sed lex. Scioglimento dei consigli comunali per infiltrazioni mafiose, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario*, in *www.regioneemilia-romagna.it*, 1, 2022.


ISSN 2036-7821

amministrativo ha giustamente ridimensionato l'efficacia delle sanzioni amministrative. Basti pensare all'impatto dell'ordinamento europeo e al dibattito sulla full jurisdiction che, per alcuni versi, avvicina le tutele nei confronti delle sanzioni amministrative e penali[47].

In realtà sembra che, negli indicati tentativi di riforma, rischi di perdersi quella centralità che la Costituzione attribuisce alla persona, come fine dei pubblici poteri, che porta a definire l'attività amministrativa in termini di cura della persona, secondo una prospettiva che rafforza il rapporto con la legalità[48].

[47] B. GILIBERTI (A CURA DI), *Il controllo di full jurisdiction sui provvedimenti amministrativi,* Napoli, 2019.
[48] A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, Bologna, 2024, p. 206.

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Incertezze giurisprudenziali in tema di criteri ambientali minimi

## di Giuliano Taglianetti

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

## Sommario

1. Premessa. – 2. I criteri ambientali minimi: *ratio* e ambito applicativo. – 3. Le principali questioni controverse: la sussistenza o meno di un onere di immediata impugnazione del bando di gara non conforme ai c.a.m.; le conseguenze del mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex speciali.* - 4. Possibili soluzioni interpretative.

## Abstract

This paper examines the main jurisprudential uncertainties concerning Minimum Environmental Criteria (CAM), focusing in particular on the legal consequences of their omission from the tender documentation (lex specialis).

Following an overview of the regulatory framework and the rationale behind the adoption of CAM, the author explores conflicting case law positions regarding the obligation to immediately challenge non-compliant tender notices and the substantive effects of failing to include CAM requirements.

A systemic and integrated interpretative approach is proposed, aiming to reconcile environmental sustainability goals with the principles of effective judicial protection and sound public administration.

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

***1. Premessa.***

L'attuazione della normativa in materia di criteri ambientali minimi (d'ora in avanti c.a.m.) ha posto rilevanti problematiche, soprattutto di carattere processuale, ed è stata oggetto di un ampio dibattito in giurisprudenza.

Il principale aspetto controverso attiene alle conseguenze del mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis*, su cui la giurisprudenza appare profondamente divisa.

Le incertezze giurisprudenziali relative a questo tema derivano essenzialmente dalla difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra effettività della tutela giurisdizionale, tutela della concorrenza, sviluppo sostenibile e conseguimento del risultato (la cui nozione, a sua volta, è fonte di rilevanti divergenze interpretative)[1].

Nel prosieguo si offrirà una panoramica sul quadro normativo di riferimento e sui principali orientamenti giurisprudenziali emersi in materia, con l'obiettivo di individuare possibili soluzioni interpretative.

In tale prospettiva, si avverte l'esigenza di colmare, per quanto possibile, il divario che talvolta separa l'elaborazione teorica dalla prassi applicativa: non sempre, infatti, la riflessione accademica si sviluppa in sintonia con le necessità operative di chi quotidianamente applica il diritto.

L'auspicio è dunque quello di contribuire, attraverso l'analisi giuridica, alla soluzione di una problematica tanto controversa quanto attuale.

***2. I criteri ambientali minimi: ratio e ambito applicativo.***

Prima di analizzare le principali questioni controverse in materia di c.a.m., è necessario offrire una panoramica generale della normativa di riferimento.

L'art. 57, comma 2, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 sancisce l'obbligo per le stazioni appaltanti e gli enti concedenti di inserire nella documentazione progettuale e di gara le specifiche tecniche e le clausole contrattuali contenute nei c.a.m., definiti per categorie di contratti con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

La definizione a livello ministeriale di determinati standard di sostenibilità ambientale ed energetica si pone l'ambizioso obiettivo programmatico di limitare l'uso delle risorse naturali e di sostituire le fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili, nonché di ridurre la produzione di rifiuti, delle emissioni inquinanti e dei rischi ambientali, nell'interesse della collettività e delle generazioni future.

I c.a.m. consistono concretamente in indicazioni tecniche, di natura eminentemente ambientale, che le pubbliche amministrazioni devono prendere in considerazione nel

* Il presente contributo, con gli opportuni adeguamenti editoriali, è destinato agli scritti in onore di Alfredo Contieri.

[1] Per un inquadramento del rapporto tra sostenibilità ambientale, risultato amministrativo e concorrenza, sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, ***Sostenibilità ambientale e Codice dei contratti pubblici. Il ruolo della discrezionalità amministrativa***, in ***Riv. Giur. Amb.***, n. 2/2025, p. 485 ss.


ISSN 2036-7821

momento in cui definiscono le specifiche della prestazione oggetto della gara, nonché ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa[2].

Il processo di determinazione dei c.a.m. è stato avviato dalla legge 27 dicembre 2006 n. 296, con la quale è stata prevista l'adozione del Piano nazionale d'azione sul *green public procurement* (c.d. PAN GPP) da parte del(l'allora) Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (poi Ministero della transizione ecologica e, oggi, Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica).

Con decreto dell'11 aprile 2008, quest'ultimo Ministero, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero dello sviluppo economico, ha approvato il PAN GPP, individuando i settori merceologici di intervento prioritario per la tutela dell'ambiente (arredi, materiali da costruzione, manutenzione delle strade, gestione del verde pubblico, illuminazione e riscaldamento, elettronica, tessile, cancelleria, ristorazione, materiali per l'igiene, trasporti) in relazione ai quali definire i c.a.m.[3].

Il legislatore ha gradualmente imposto l'applicazione dei c.a.m nelle procedure preordinate all'affidamento di contratti pubblici, con il duplice fine di ridurre gli impatti ambientali e di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili, favorendo, in tal modo, l'occupazione "verde"[4].

Dapprima, è intervenuto l'art. 18 della legge 28 dicembre 2015, n. 221, che ha introdotto l'art. 68-*bis* nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (cd. "Codice De Lise"), sancendo l'obbligo di inserire nei documenti di gara le specifiche tecniche e le clausole contrattuali previste nei c.a.m. di alcuni settori come l'illuminazione pubblica, le attrezzature elettriche ed elettroniche, i servizi energetici per gli edifici pubblici[5].

---

[2] A titolo di esempio, si può menzionare il d.m. MASE del 7 febbraio 2023, che definisce i c.a.m. nel settore tessile. Esso prevede che le Amministrazioni acquistino prodotti tessili con determinate specifiche tecniche (tessuto riciclabile o costituito da fibre naturali; assenza di sostanze pericolose; tessuti lavabili a basse temperature; indumenti riutilizzabili; tessuti con elevata resistenza ai lavaggi e all'usura ecc.) e che inseriscano nei bandi taluni sub-criteri premianti di natura ambientale (tessuti biologici; servizi post-vendita di riparazione, riciclo e riuso; utilizzo di fibre tessili riciclate; filiera produttiva responsabile ecc.). Il d.m. in parola indica anche le modalità per la verifica delle caratteristiche tecniche dichiarate dagli operatori economici nell'offerta, come il possesso di una eco-etichetta (ad. esempio, il marchio Ecolabel), la presenza di rapporti di prova o auto-dichiarazioni del produttore).

[3] Il PAN GPP è stato da ultimo aggiornato il 3 agosto 2023, con decreto del Ministro dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, di concerto con il Ministro delle Imprese e del Made in Italy e con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, alla luce dei più recenti atti di indirizzo europei e delle intervenute novità giuridiche.

[4] Sul punto v. Cons. Stato, sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934, secondo cui i criteri ambientali minimi contribuiscono a «connotare l'evoluzione del contratto d'appalto pubblico da mero strumento di acquisizione di beni e servizi a strumento di politica economica».

[5] Per completezza espositiva, è opportuno ricordare che, prima ancora, lo stesso d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva, al primo comma del previgente art. 68, che, ove possibile, dovessero essere tenuti in considerazione gli aspetti di tutela ambientale nell'individuazione delle specifiche tecniche.


ISSN 2036-7821

Il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come riformato ad opera del primo correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, aveva stabilito espressamente che tale obbligo si applicasse agli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei c.a.m. adottati in attuazione del vigente Piano d'azione.
Infine, la disciplina dei c.a.m. ha trovato conferma nel Codice vigente (d.lgs. n. 36/2023), che impone alla pubblica amministrazione l'obbligo di inserimento nella documentazione progettuale e di gara «almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica» (art. 57, comma 2).
La citata disposizione è applicabile a tutti i contratti pubblici, riferendosi esplicitamente sia alle stazioni appaltanti sia agli enti concedenti, a prescindere dal loro valore[6].
La stessa norma prevede che le amministrazioni aggiudicatrici valorizzino economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai c.a.m.: in altre parole, si impone alla pubblica amministrazione l'obbligo di considerare i fattori ecologici e ambientali nella valutazione delle offerte, modulando discrezionalmente il peso da attribuire a ciascuno di essi in base ai principi di adeguatezza e proporzionalità.

### *3. Le principali questioni controverse: la sussistenza o meno di un onere di immediata impugnazione del bando di gara non conforme ai c.a.m.; le conseguenze del mancato inserimento dei c.a.m. nella lex specialis.*

Come già evidenziato, l'applicazione della normativa sui c.a.m. ha sollevato significative problematiche, in particolare di natura processuale, ed è stata al centro di un ampio confronto in giurisprudenza.
Una prima questione riguarda l'ammissibilità o meno dell'immediata impugnazione della *lex specialis* volta a contestare l'omesso inserimento nella medesima delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei c.a.m.
Secondo un primo orientamento - più recente e, ad oggi, minoritario - il bando di gara privo di riferimenti ai c.a.m. impedirebbe la formulazione di "offerte consapevoli" da parte dei concorrenti e, pertanto, deve essere impugnato in via

[6] V'è da notare che l'art. 57, comma 2, d.lgs. 36/2023 non riporta il terzo comma del previgente art. 34, in forza del quale l'obbligo di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal PAN GPP vigeva per gli affidamenti di qualunque importo, introducendo in tal modo un elemento di incertezza. Tuttavia, è ragionevole ritenere che la normativa in tema di c.a.m. si applichi anche ai contratti di importo inferiore alla soglia europea: a sostegno di tale interpretazione si pongono sia la collocazione dell'art. 57 nella Parte II del Libro II – dedicata agli istituti e alle clausole comuni degli appalti – sia la previsione di cui all'art. 48, comma 3, in base al quale «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate […], le disposizioni del codice».


ISSN 2036-7821

diretta ed immediata.

I sostenitori di questa tesi ritengono che, se la violazione dei principi in materia ambientale risulti già immediatamente evidente e percepibile al momento dell'indizione della gara, posporre l'impugnazione della *lex specialis* al momento dell'aggiudicazione si porrebbe in contrasto con i doveri di leale collaborazione, correttezza e buona fede (che governano sia i rapporti sostanziali sia quelli processuali)[7], nonché con i principi di economicità dell'azione amministrativa e di legittimo affidamento[8].

Tale indirizzo interpretativo sembra ricondurre l'omesso inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis* alle fattispecie di «gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta» ovvero ai casi eccezionali di clausole impositive di «obblighi *contra ius*»[9].

Secondo un diverso (e prevalente) indirizzo interpretativo la mancata previsione dell'obbligatorietà dei c.a.m. da parte del bando, non impedendo la partecipazione alla gara e la presentazione dell'offerta, non comporta l'onere di immediata impugnazione del bando stesso[10].

Seguendo quest'ultimo orientamento un ricorso diretto ad impugnare direttamente il bando per omesso inserimento dei c.a.m. sarebbe inammissibile per carenza di interesse ad agire.

Siffatta interpretazione risulta convincente, poiché i requisiti dell'attualità e della concretezza rappresentano parti integranti e ineliminabili dell'interesse ad agire (art.

---

[7] Sul punto, v., in particolare, M.G. PULVIRENTI, *Considerazioni sui principi di collaborazione e buona fede nei rapporti tra cittadino e pubblica,* in *Dir. econ.*, 2023, p. 130: «anche nel processo amministrativo le parti devono agire secondo buona fede. È questo il senso innanzitutto del richiamo ai doveri di lealtà e probità nel codice di procedura civile (art. 88, comma 1 c.p.c.) … Si tratta di una norma evidentemente applicabile al processo amministrativo per via del rinvio alle norme "compatibili" e alle disposizioni "espressione di principi generali" del codice di rito civile (art. 39, comma 2 c.p.a.)».

[8] Questo orientamento è stato espresso, di recente, da TAR Lazio, Roma, sez II-*ter*, 4 dicembre 2024, n. 21878, secondo cui «posporre l'impugnazione della *lex specialis* fino al momento dell'aggiudicazione non solo non risulta coerente, ma si pone anche in contrasto con il dovere di leale collaborazione e con i principi di economicità dell'azione amministrativa e di legittimo affidamento». In termini, cfr. TAR Lazio, Roma, sez II-*ter*, 6 marzo 2024, nn. 4493, 4494 e 4495; TAR Puglia, Bari, Sez. II, 28 maggio 2024, n. 675; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 2 dicembre 2024, n. 6698.

[9] Così TAR Lazio, Roma, n. 21878/2024 cit., richiamando TAR Campania, Napoli, sez. IV, 4 maggio 2023, n. 2729.

[10] V., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972, secondo cui la violazione dei previgenti artt. 34 e 71 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di c.a.m., non impone l'immediata impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara. Più in particolare, secondo il ragionamento della V sezione, la partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara; non può cioè essere qualificata come un *venire contra factum proprium*. In termini analoghi, Cons. Stato, sez. III, 2 novembre 2023, n. 9398; 20 marzo 2023, n. 2795; 30 dicembre 2024, secondo cui il mancato inserimento dei c.a.m. nella *lexspecialis* non incide sulla formulazione dell'offerta, né in termini di impossibilità assoluta né in termini di condizionamento relativo.


ISSN 2036-7821

100 c.p.c.)[11], da ritenersi sussistenti soltanto a fronte di clausole del bando escludenti o impeditive della presentazione di offerte: clausole che la giurisprudenza qualifica come tali quando limitano o rendono estremamente difficoltosa la partecipazione alla gara [12].

In effetti, anche in presenza di un bando incompleto, non è possibile escludere a priori che una delle imprese partecipanti possa comunque presentare un'offerta conforme ai c.a.m., riuscendo così ad aggiudicarsi la gara.

Anzi, la mancata previsione dell'obbligo di presentare offerte conformi ai c.a.m. - lungi dall'impedire o rendere estremamente difficoltosa la presentazione delle offerte - potrebbe addirittura essere considerato vantaggioso dalle imprese sotto il profilo tecnico ed economico, favorendo quindi una maggiore partecipazione alla gara[13].

Di maggiore complessità e rilievo è il dibattito relativo alle conseguenze del mancato inserimento dei c.a.m. nella legge di gara, in quanto investe, tra l'altro, il delicato equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale, la tutela della concorrenza e il perseguimento di obiettivi ambientali.

Secondo un primo orientamento, invalso prevalentemente nella giurisprudenza di primo grado, l'obbligo di rispettare i criteri ambientali minimi deriva direttamente dall'articolo 57 del d.lgs. 36/2023, che costituisce norma imperativa e cogente, e dai decreti ministeriali in essa richiamati, i quali operano indipendentemente da una loro espressa e puntuale previsione negli atti di gara (cd. tesi della eterointegrazione normativa[14]).

---

[11] D'altronde, quando il legislatore ha inteso introdurre nel settore dei contratti pubblici una specifica ipotesi di onere di immediata impugnazione, a prescindere dalla sussistenza di un interesse ad agire attuale e concreto, ha avvertito la necessità di farlo tramite un'espressa previsione normativa: il riferimento è al previgente art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., su cui sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *La disciplina dei termini per ricorrere nel rito speciale in materia di contratti pubblici tra certezza e giustizia: considerazioni a margine dell'ordinanza della Corte di giustizia UE, 14 febbraio 2019, C-54/18*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2019, p. 485 ss.

[12] Per un'elencazione delle fattispecie rientranti nel *genus* delle clausole immediatamente escludenti, v. Ad. Plen., 26 aprile 2018, n. 4, in *Foro it*. 2019, III, p. 67; per un commento alla sentenza: S. TERRACCIANO, *Immediata impugnazione dei bandi di gara: tra novità legislative e conferme giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1438 ss.; L. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi*, *ivi*, 2019, p. 959 ss.

[13] Si consideri la possibile differenza di costi che potrebbe emergere per i partecipanti qualora fossero obbligati a utilizzare prodotti e modalità di lavorazione imposti dai c.a.m., rispetto al caso in cui, invece, fossero liberi di scegliere tra materiali e pratiche esecutive alternativi. Tale differenza potrebbe influire in modo significativo sulla competitività economica delle offerte: l'obbligo di aderire ai c.a.m. potrebbe comportare un incremento dei costi, mentre la libertà di scelta consentirebbe una maggiore flessibilità, con il conseguente vantaggio di poter ridurre le spese di partecipazione.

[14] Per una generale ricostruzione dei presupposti del ricorso all'eterointegrazione della legge di gara, v. Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 2062, ove si chiarisce che il meccanismo della eterointegrazione può operare soltanto in caso di lacune della legge di gara e non in caso di ambiguità interpretative del bando. Di talché, «solo nel caso in cui la stazione appaltante ometta di inserire nella disciplina di gara elementi previsti come obbligatori dall'ordinamento giuridico, soccorre il meccanismo di integrazione automatica in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato


ISSN 2036-7821

Di conseguenza, l'omesso inserimento dei c.a.m. nella legge di gara non implica, di per sé, l'illegittimità della stessa[15].

A supporto di ciò è stato anche invocato il principio del risultato, che porrebbe l'accento «sull'esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinvengano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento»[16].

Da tale impostazione deriva che «anche in assenza di un'esplicita previsione nella *lex specialis*», da un lato, le imprese sono obbligate «*ex lege* ad offrire prodotti rispondenti ai c.a.m.»,[17] e, dall'altro, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a verificare la rispondenza delle offerte tecniche presentate alle prescrizioni previste nei decreti ministeriali applicabili in base all'oggetto della gara.

In base a questa lettura, non è irragionevole pretendere che un operatore economico sia a conoscenza dell'esistenza e del contenuto dei c.a.m. (in ossequio al principio *ignorantia legis non excusat*) e che, pertanto, adegui la propria offerta ai citati criteri, in

---

dalla pubblica amministrazione»; viceversa, prosegue la quinta sezione, «quando la legge di gara contiene disposizioni contrastanti con quanto normativamente previsto, non può disporsi l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia allegato quanto espressamente previsto dalla legge, dovendo tenersi conto che solo fondamentali esigenze di certezza del diritto e tutela della par condicio dei concorrenti possono impedire all'Amministrazione di disattendere i precetti fissati nella normativa di gara dalla stessa formulata, in ossequio al principio di affidamento formalmente elevato al rango di principio generale dell'azione amministrativa dall'art. 1 comma 1, l. 7 agosto 1990 n. 241, che impedisce che sul cittadino possano ricadere gli errori dell'Amministrazione». La dottrina ha da sempre manifestato forti perplessità in ordine alle ipotesi di inserzione automatica di clausole, nella misura in cui mettono a repentaglio le esigenze di certezza e conoscibilità delle condizioni di partecipazione, nonché l'affidamento dei partecipanti sulla loro completezza ed esaustività: per un approfondimento, cfr. E. BOSCOLO, *Il divieto di eterointegrazione del bando: certezza e stabilità della* lex specialis, in *Giur. it.*, 1, 2018, p. 173 ss.; G. CREPALDI, *Norme imperative di legge e principio di eterointegrazione del bando di gara*, in *Foro amm. CdS*, 2007, p. 568 ss.

[15] In questo senso, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 26 novembre 2024, n. 21224, secondo cui, in base all'attuale normativa, il bando di gara «deve reputarsi automaticamente eterointegrato dai menzionati criteri ambientali».

[16] TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2024, n. 377, secondo cui ai fini dell'operatività dei c.a.m. è sufficiente un loro mero richiamo nella *lex specialis*: «l'onere di diligenza impone al concorrente di adeguare la propria offerta ai c.a.m. che la stazione appaltante non ha trascurato, e che l'operatore economico è così messo in grado di conoscere e valutare, per formulare un'offerta consapevole». In un simile contesto, proseguono i giudici partenopei, «apparirebbe ultroneo pretendere da parte della stazione appaltante la declinazione dei c.a.m. contenuti nella relativa normativa di legge, che si sostanzierebbe nell'obbligo meramente formale di riproduzione del suo contenuto, ogni qualvolta non sia dedotto e dimostrato che, con riferimento alla specificità dell'appalto o ad altre circostanze peculiari, una tale esigenza si imporrebbe, per l'impossibilità che il concorrente possa formulare un'offerta adeguata».

[17] TAR Venezia, sez. I, 18 marzo 2019, n. 329, che ha rigettato il ricorso rivolto avverso il bando di gara e l'aggiudicazione definitiva, ritenendo direttamente applicabili i criteri ambientali minimi anche in ipotesi di completa omissione dal bando di gara: «si deve ritenere che l'obbligo di rispettare i criteri minimi ambientali derivi direttamente dalla previsione contenuta all'art. 34 del d.lgs. n. 50/2016, che costituisce norma imperativa e cogente e che opera, pertanto, indipendentemente da una sua espressa previsione negli atti di gara».


ISSN 2036-7821

conformità al canone dell'ordinaria diligenza *ex* art 1176 c.c.[18]

Di conseguenza, la presentazione di offerte non conformi ai decreti ministeriali e ai relativi allegati che stabiliscono i c.a.m. giustifica l'esclusione del concorrente, anche se il rispetto degli stessi non è stato espressamente previsto nella *lex specialis* della gara[19].

Ciò è possibile in forza del generale meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1374 c.c.[20].

Un'ulteriore e importante inferenza logica di tale impostazione è che l'impresa ricorrente, qualora sia in grado di dimostrare che la propria offerta sia stata comunque formulata in modo da rispettare i c.a.m., nonostante il loro omesso richiamo nel bando, potrebbe ottenere in via giurisdizionale, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, anche l'aggiudicazione del contratto in sostituzione della impresa aggiudicataria, *ex* art. 122 c.p.a. (ciò, naturalmente, a condizione che abbia presentato una idonea domanda in tal senso).

In sintesi, accedendo a questa prima impostazione ermeneutica, l'impresa partecipante è obbligata *ex lege* ad offrire prodotti rispondenti ai c.a.m., anche in assenza di esplicita previsione nella *lex specialis*, e, in caso di mancata aggiudicazione, potrebbe agire in giudizio contestando la mancata esclusione delle offerte difformi dagli stessi c.a.m. allo scopo di conseguire la commessa, soddisfacendo così direttamente il suo interesse finale (vale a dire la stipula del contratto e l'esecuzione dello stesso).

Secondo una diversa tesi, che potremmo definire "della necessaria caducazione della procedura di gara", l'inevitabile conseguenza del mancato inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis* «è la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della

[18] Sul punto, cfr. TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2025, n. 427, in *Giustiziainsieme*, con nota di G. TAGLIANETTI, *Criteri ambientali minimi ed eterointegrazione della* lex specialis *di gara*: «la tematica della sostenibilità ambientale degli appalti è oramai entrata a far parte di una specifica professionalità dell'operatore economico interessato, il quale appronta risorse umane e strumentali per corrispondere ai dettami di legge volti alla preservazione dell'ambiente naturale nell'affidamento di contratti pubblici».

[19] In tal senso TAR Toscana, Firenze, sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225, ove si chiarisce altresì che la conformità dell'offerta alle caratteristiche ambientali obbligatorie deve «essere esattamente documentata, senza che sussista la possibilità del soccorso istruttorio».

[20] Come osservato da S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 12, «l'integrazione è fuori del contratto, ma al tempo stesso ne determina l'operare; il contratto è il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto essa non manca di partecipare. Di ciò l'art. 1374 è testimonianza eloquente, nel suo apparente contrapporre due diverse fonti degli obblighi discendenti dal contratto: quanto in esso è espresso, da un canto, e la legge, gli usi e l'equità, dall'altro». In modo non dissimile, l'art. 1339 c.c. stabilisce che le clausole, i prezzi di beni e servizi, imposti dalla legge, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione di clausole difformi. Ne deriva che i contraenti possano vedere estesi i loro reciproci obblighi oltre quelli espressamente pattuiti: ampiamente, sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 1149 ss.


ISSN 2036-7821

stessa, emendata dal vizio in questione»[21].

Quest'ultimo orientamento intercetta le fondamentali esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa e, quindi, di stabilità del rapporto negoziale tra la pubblica amministrazione e l'impresa aggiudicataria, oltre che di tutela del legittimo affidamento dei concorrenti nell'esercizio legittimo del potere [22].

In base a questo indirizzo interpretativo la puntuale declinazione dei c.a.m. nella *lex specialis* consente alle imprese partecipanti di formulare un'offerta più consapevole e più aderente alle esigenze ambientali, a vantaggio anche dell'interesse generale della collettività; essa, inoltre, favorisce una più chiara definizione dei reciproci diritti ed obblighi contrattuali, assicurando, in un'ottica di risultato, una maggiore efficacia nell'attuazione delle politiche ambientali[23].

Per inciso, è interessante osservare come il principio del risultato sia stato richiamato a supporto sia della tesi della eterointegrazione normativa (TAR Napoli, n. 377/2024 cit., secondo cui la rinnovazione della gara per l'omesso inserimento dei c.a.m. nel bando comprometterebbe l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica) sia della tesi della necessaria caducazione del bando di gara (Cons. Stato, n. 4701/2024 cit., secondo cui la rinnovazione della gara e la puntuale declinazione dei c.a.m. nella *lex specialis* comporterebbero la presentazione di offerte più adeguate al conseguimento degli obiettivi ambientali).

Il che avvalora l'idea in base alla quale il principio del risultato non è un criterio interpretativo univoco e decisivo, bensì incerto e sussidiario, prestandosi a interpretazioni differenti e, talvolta, finanche contrapposte[24].

### *4. Possibili soluzioni interpretative.*

Ad avviso di chi scrive, tra i suesposti indirizzi interpretativi è possibile operare un coordinamento, attraverso un'analisi ponderata che tenga conto di molteplici

[21] Così, Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, secondo cui la caducazione dell'intera gara e la rinnovazione della stessa risultano indispensabili «ai fini della tutela dell'interesse pubblico portato dalle norme violate».

[22] Sulla relazione esistente tra affidamento, presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo e certezza del diritto cfr. G. TREVES, *Presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, p. 157 ss., spec. p. 187; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, 2001; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023.

[23] In tal senso, v. Cons. Stato, sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701, secondo cui la tesi della eterointegrazione avrebbe l'effetto di spostare nella fase di esecuzione del contratto ogni questione relativa alla conformità della prestazione ai criteri ambientali, così contraddicendo la logica del risultato, che mira piuttosto ad una sollecita definizione, in termini di certezza e stabilità del rapporto negoziale. Secondo i Giudici della III sezione «la genericità del richiamo a criteri semplicemente "non trascurati" attenua fortemente il relativo onere del partecipante».

[24] Per tale opinione, sia consentito rinviare a G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in www.federalismi.it, n. 14/2024, spec. p. 255 ss.


ISSN 2036-7821

prospettive ed elementi.

Invero, le due teorie, apparentemente incompatibili sul piano teorico, non si escludono reciprocamente e possono essere applicate alternativamente o in modo complementare a seconda della fattispecie concreta.

La tesi della necessaria caducazione del bando di gara trova certa applicazione allorquando né l'impresa ricorrente, che abbia ritualmente impugnato il bando per il mancato inserimento dei c.a.m., né l'impresa aggiudicataria abbiano presentato in sede di gara offerte conformi ai c.a.m.: in tale fattispecie, per un verso, non si può procedere - com'è ovvio - all'aggiudicazione della gara in capo al ricorrente, residuando in capo a quest'ultimo soltanto l'interesse strumentale alla riedizione della gara; per altro verso, appare incongruo rigettare il ricorso limitandosi ad un mero richiamo della teoria della eterointegrazione, poiché, nell'ipotesi data, anche l'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria non è conforme ai c.a.m.

Nella fattispecie sopra delineata, l'accoglimento del ricorso non potrebbe che determinare l'annullamento dell'intera gara, dato che la normativa in tema di c.a.m. viene violata sia sotto il profilo formale (il bando di gara non contiene le specifiche tecniche e le clausole contrattuali recate dai decreti ministeriali, come prescritto dall'art. 57, comma 2, d.lgs. n. 36/2023) sia sotto il profilo sostanziale (le offerte presentate dal ricorrente e dal controinteressato non sono conformi ai c.a.m.); sicché l'annullamento del bando (e, "a cascata", dell'intera procedura di gara[25]) appare un esito inevitabile.

La caducazione della gara e la rinnovazione della stessa, però, non rappresentano sempre la soluzione più adeguata per la tutela del ricorrente e dell'interesse ambientale coinvolto nelle procedure di evidenza pubblica.

A fronte dell'omesso inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis*, la decisione di caducare o meno gli atti della procedura concorsuale non può prescindere da una concreta analisi delle offerte presentate.

Si ipotizzi il caso in cui il ricorrente impugni l'aggiudicazione definitiva dimostrando il mancato rispetto dei c.a.m. da parte dell'impresa aggiudicataria e, al contempo, la conformità della propria offerta rispetto agli stessi c.a.m.: in tale fattispecie, oltre all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, il ricorrente potrebbe ottenere anche l'aggiudicazione del contratto in sostituzione della impresa aggiudicataria, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. (ciò, naturalmente, a condizione che lo stesso abbia presentato una domanda in tal senso).

Nell'ipotesi testé prospettata, imporre a tutti i costi la rinnovazione della gara (anche in presenza di un'offerta conforme allo schema normativo di riferimento) comporterebbe conseguenze difficilmente accettabili, ponendosi in conflitto con il

[25] Sull'effetto caducante dell'annullamento del bando di gara determinato dalla mancata inclusione dei criteri ambientali minimi, cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171.


ISSN 2036-7821

principio di effettività della tutela giurisdizionale, con il principio di buon andamento (e tempestività) dell'azione amministrativa, nonché con le esigenze di economia processuale (dato che la rinnovazione, anche solo parziale, della gara potrebbe dar luogo a nuovo contenzioso), oltre che con il principio del risultato.

Quest'ultimo, infatti, può considerarsi realizzato se il contratto pubblico venga affidato direttamente (senza, cioè, la ripetizione della gara) all'impresa ricorrente che abbia ritualmente impugnato l'aggiudicazione definitiva dimostrando in giudizio (tramite schede tecniche e/o altra documentazione) di avere diligentemente formulato un'offerta conforme allo schema normativo di riferimento nonostante l'omesso inserimento dei c.a.m. nella *lex specialis*: il risultato avuto di mira dall'art. 57 del d.lgs. n. 36/2023 è rappresentato non già dall'inserimento formale nel bando delle clausole e delle specifiche tecniche previste nei decreti ministeriali, bensì dalla concreta attuazione delle politiche ambientali alle quali risulta funzionale la sostanziale conformità dell'offerta presentata dall'impresa aggiudicataria ai criteri ambientali minimi.

A questo proposito, lo stesso Consiglio di Stato ritiene, in linea di principio, ammissibile e giustificabile l'operatività della integrazione legale del bando laddove «il rispetto della norma eterointegrante sia indispensabile al fine di garantire il raggiungimento del risultato di interesse pubblico cui è preordinato lo svolgimento della gara»[26].

Per ragioni analoghe, non appare congruo disporre la rinnovazione dell'intera procedura qualora emerga in giudizio la conformità ai c.a.m. dell'offerta presentata dall'impresa controinteressata.

In tale ipotesi la contestazione del bando di gara risulterebbe inammissibile per difetto di interesse ad agire, a prescindere dal contenuto dell'offerta presentata dal ricorrente.

D'altronde, sarebbe manifestamente iniquo far ricadere sull'operatore economico diligente (in quest'ultima ipotesi, l'impresa vincitrice della gara) un errore (vale a dire l'omesso inserimento dei c.a.m. nel bando di gara) commesso in primo luogo dalla stessa amministrazione.

Nelle fattispecie da ultimo prospettate (quelle, cioè, in cui si ipotizza la presentazione in sede di gara di offerte conformi ai c.a.m.), l'applicazione di meccanismi di integrazione legale consente di conciliare gli obiettivi di sostenibilità ambientale con la tutela della concorrenza, comportando l'aggiudicazione del contratto in favore dell'impresa che abbia diligentemente formulato un'offerta conforme ai c.a.m. nonostante l'omesso inserimento di questi ultimi nella *lex specialis*.

Di converso, l'adesione incondizionata alla tesi della rinnovazione della procedura di gara rischierebbe seriamente di vanificare il perseguimento degli obiettivi di

[26] Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7023.


ISSN 2036-7821

sostenibilità: la caducazione e la rinnovazione della procedura illegittima, pur comportando il ripristino della legalità violata, si rivelerebbero non pienamente satisfattive per il ricorrente e per l'interesse pubblico perseguito in concreto dall'amministrazione, oltre a contraddire la concezione soggettiva della giurisdizione amministrativa[27].

In conclusione, la tesi della rinnovazione e la tesi della etereointegrazione del bando di gara non sono necessariamente contrapposte.

L'adesione all'una o all'altra non dovrebbe dipendere da scelte aprioristiche, bensì da un'analisi minuziosa della legge di gara e delle offerte presentate dai concorrenti, oltre che dalle domande formulate dalle parti in giudizio.

[27] Secondo un condivisibile indirizzo interpretativo, su cui sembra convergere la dottrina amministrativistica, il principio dispositivo e quello di effettività, che caratterizzano un processo ormai divenuto "di parti", impongono al giudice, in caso di graduazione dei motivi di ricorso, di dare prevalenza al risultato maggiormente satisfattivo per l'interesse del ricorrente piuttosto che all'interesse pubblico. In argomento, cfr. R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *www.federalismi.it*, n. 18/2010, spec. § 6; M. RAMAJOLI, *L'atto introduttivo del giudizio amministrativo tra forma e contenuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, p. 1051 ss. Sul tema, la sentenza n. 5 del 27 aprile 2015 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato funge da spartiacque: cfr., al riguardo, le osservazioni di E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it*, 2015, p. 2192 ss.; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, *"Heart of darkness": l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 218 ss.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Governance sanitaria e diritto alla salute in prospettiva di genere. Il ruolo dell'amministrazione pubblica tra programmazione, equità ed effettività dei diritti

di Maria Camilla Spena

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

## Sommario

1. Fondamenti giuridici della tutela della salute delle donne: principi costituzionali e diritti fondamentali. 2. Equità di genere e salute: dalla consapevolezza alla riforma delle politiche pubbliche. 3. Gender mainstreaming nelle politiche sanitarie europee. 4 Per una strategia sanitaria integrata per la medicina di genere nel terzo millennio: etica, economia e diritto come pilastri di sistema.

## Abstract

The essay analyses the role of public administration in promoting the right to health from a gender perspective, in light of the principles of planning, equity and effectiveness inherent in administrative and health law and the systemic criticalities influenced by an androcentric vision historically rooted in health and legal systems. The study focuses on the need to systematically integrate gender equity into health policies, overcoming the apparent neutrality of administrative action and promoting differentiated approaches capable of guaranteeing equal access and quality of care. The paper explores the paradigm of gender mainstreaming as a legal and administrative tool for guiding inclusive healthcare governance, also in light of the experiences and guidelines of European institutions. In this context, constitutional law (articles 3 and 32 Constitution) is interpreted in a transformative manner, as a tool for removing specific obstacles and promoting substantive equality. Gender-sensitive medicine emerges as an essential component of a public strategy aimed at implementing fundamental rights to health, consistent with constitutional principles and the administration's duty to operate according to criteria of substantive justice and planning rationality. This is an essential framework for a modern, equitable and inclusive public healthcare system capable of translating legal principles into concrete actions and truly enforceable rights. The paper highlights the strategic role of public communication, understood not only as the transmission of information but as a lever for empowerment, participation and inclusiveness. The adoption of differentiated and gender-sensitive communication models is seen as an enabling condition for the effective enjoyment of the right to health, in line with European guidelines on gender equality, public health and fundamental rights.

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

***1. Fondamenti giuridici della tutela della salute delle donne: principi costituzionali e diritti fondamentali.***

Nel contesto contemporaneo, segnato da un crescente riconoscimento dei diritti fondamentali della persona, ci si interroga con sempre maggiore insistenza sull'effettiva universalità del diritto alla salute. Sebbene tale diritto sia formalmente garantito dall'ordinamento costituzionale e dalle normative sovranazionali, resta aperta la questione se esso sia realmente accessibile a tutti i cittadini, indipendentemente dal genere, dalla condizione socioeconomica o dalla posizione lavorativa.

Già nella Carta di Ottawa (1986) si afferma che "la salute è un concetto positivo, che insiste sulle risorse sociali e personali, oltre che sulle capacità fisiche" (omissis) sottolineando che la health promotion action si propone di "ridurre le differenze nello stato di salute attuale e di assicurare uguali opportunità e risorse affinché tutti possano raggiungere il massimo potenziale di salute". L'Unione europea negli ultimi decenni ha progressivamente aumentato le attività programmatiche in materia di sanità pubblica seguendo tre linee fondamentali: il principio di universalità, garantire una assistenza sanitaria qualitativamente efficace e realizzare l'obiettivo dell'equità nei sistemi sanitari nell'Unione europea[1]. È evidente come l'accesso alla salute non possa più essere concepito come una mera questione individuale, ma vada riconosciuto come una condizione fondamentale per la piena partecipazione alla vita sociale e per la realizzazione personale di ogni individuo. La promozione della salute è riconosciuta quale leva strategica per lo sviluppo personale e sociale, da attuarsi mediante interventi informativi, educazione sanitaria e formazione della popolazione. Affinché tutti possano esercitare un controllo consapevole sulla propria salute è essenziale riconoscere le differenze di genere che ancora oggi influenzano l'accesso, la qualità e l'efficacia delle cure. In quest'ottica, la salute assume una valenza pubblica e collettiva, che implica il dovere delle istituzioni di garantirne l'effettiva fruibilità da parte di tutti, senza discriminazioni legate al genere, all'identità o all'orientamento sessuale. Conseguentemente, le politiche sanitarie, nel rispetto dei principi di equità, universalità e appropriatezza, devono prevedere azioni specifiche volte a superare le disuguaglianze di genere, con particolare attenzione al persistente divario nella salute delle donne in termini di accesso, prevenzione, diagnosi e trattamento[2]. La pandemia da Covid-19 ha agito come un

[1] Direttiva del dicembre 2000, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 35, rubricato Protezione della salute sancisce che "Ogni individuo ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali. Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana". Amplius: Strategia UE (2008-2012); il programma Salute 2020 approvato nel 2012 rivolto a ridurre le diseguaglianze di salute e di rafforzare la sanità pubblica; il Terzo programma dell'UE (2014-2020).

[2] Sull'impatto della pandemia, E. CATELANI, M. D'AMICO, (a cura di) Effetto Covid. Donne: la doppia discriminazione, Il Mulino, Bologna, 2021. A. D'ALOIA, Poscritto. Costituzione ed


ISSN 2036-7821

disvelatore epistemologico, mettendo in luce le fragilità strutturali del sistema sanitario e le disuguaglianze nell'accesso e nell'adeguatezza delle cure. Al contempo, ha ridefinito le categorie con cui si interpreta il rapporto tra cittadino e sistema sanitario, evidenziando il diritto alla salute come punto di osservazione privilegiato per le trasformazioni sociali e giuridiche in atto. In questo scenario, il diritto alla salute, sancito dall'art. 32 della Costituzione, si afferma non solo come oggetto di tutela costituzionale, ma come chiave ermeneutica essenziale per analizzare le condizioni di effettiva uguaglianza tra i cittadini[3]. Il riconoscimento al 1 comma della salute come diritto soggettivo primario e inviolabile, a fondamento della dignità della persona umana[4] rappresenta uno dei cardini dello Stato sociale di diritto.

---

emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio, in Rivista di Biodiritto, special issue, 1/2020, p. 22 osserva che "Il Coronavirus ha portato allo scoperto una netta graduazione gerarchica tra diritti. Su tutti, la salute come bene supremo, visto nella sua doppia figurazione di diritto individuale e interesse collettivo. È stato detto, e anche questa opinione ha un fondo di verità, che la salute e in realtà un diritto presupposto. Tutti gli altri diritti presuppongono lo stare bene in salute".

[3] Sulla rilevanza del diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale, C. MORTATI, La tutela della salute nella Costituzione italiana, ora in Raccolta di scritti, III, Giuffré1972, 433 ss.; V. ONIDA, Eguaglianza e diritti sociali, in AA.VV., Corte costituzionale e principio di eguaglianza, Padova, 2002, 121-122; C. TUBERTINI, La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali, in Astridonline.it, 2005: R. BALDUZZI, Salute (diritto alla), in S. Cassese (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006; M. CARTABIA, Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione, in Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida, Giuffrè, Milano, 2011, 417-441; A. MORRONE, F. MINNI, Il diritto alla salute nella giurisprudenza costituzionale, in Rivista AIC, 3, 2013; M. CARTABIA, La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, relazione all'incontro tra le corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola (Santiago di Compostela, 16/18-10-2014), in cortecostituzionale.it; A. CAROSI, La Corte costituzionale tra autonomie territoriali, coordinamento finanziario e garanzia dei diritti, in associazionedeicostituzionalisti.rivista.it, 2017, n. 4; A. ZITO, Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di in rapporto "complicato" nel prisma delle decisioni giudiziali, in Nuove autonomie, 2020, n. 2; C. BUZZACCHI, Il ruolo del "servizio sanitario e ospedaliero in ambito locale" alla luce dei parametri costituzionali dell'equilibrio di bilancio e dei LEA, in forumcostituzionale.it, 2020, n. 2; C. DI COSTANZO, Allocazione delle risorse e tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale, in Diritti fondamentali.it, fasc. 2/2021; C. FORTE, M. PIERONI, La sentenza n.195 del 2024 della Corte costituzionale: commento a prima lettura, in federalismi.it, n.8, 12.3.2025.; Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali - Raccolta ragionata di Giurisprudenza sul diritto alla salute e sull'organizzazione sanitaria Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali - Raccolta ragionata di Giurisprudenza sul diritto alla salute e sull'organizzazione sanitaria, in agenas.gov.it.

[4] La dimensione sociale, universale e collettiva del diritto alla salute fu cardine e fulcro dei lavori in costituente. C. GIORGI, Salute per tutti Storia della sanità in Italia dal dopoguerra a oggi, Laterza, 2025. Su universalismo e uguaglianza, M. BESSONE, L. MONTUSCHI, D. VINCENZI AMATO, S. CASSESE, A. MURA; Rapporti Etico-Sociali Art.29-34; Commentario della Costituzione, a cura di G. BRANCA; Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano; 1976; 146; M. LUCIANI, Il diritto costituzionale alla salute, in Diritto e Società., 1980, 774; B. PEZZINI, Il diritto alla salute: profili costituzionali, Diritto e Società, 1983; M. DOGLIANI, Introduzione al diritto costituzionale, Il Mulino, 1994; B. PEZZINI, Principi costituzionali e politica della sanità: il contributo della giurisprudenza costituzionale alla definizione del diritto sociale alla salute, in C.E. GALLO, B. PEZZINI


ISSN 2036-7821

Garantire realmente il diritto alla salute significa riconoscere e rimuovere quegli ostacoli – culturali, normativi e organizzativi – che impediscono a molte persone, in particolare alle donne e alle soggettività non conformi al modello maschile-normativo, di accedere in modo equo ai servizi sanitari. L'equità di genere in campo sanitario spesso è influenzata da elementi esterni al settore sanitario stesso: le cause alla base di molte patologie spesso sono dovute a fattori che esulano dal settore sanitario come i determinanti sociali di equità che possono influenzare gli esiti di salute delle persone più delle influenze genetiche o dell'accesso all'assistenza sanitaria[5], Ma è pur vero che l'art. 32 Cost. deve essere inteso come diritto da garantire in condizioni di equità sostanziale[6].

Nella prospettiva della tutela della salute della donna, il diritto costituzionale alla salute assume una connotazione specifica, in quanto si connette strutturalmente al principio di uguaglianza formale e sostanziale**,** sancito dall'art. 3 Cost., che al primo comma vieta discriminazioni basate sul sesso, mentre il secondo comma impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano, di fatto, la libertà e l'uguaglianza delle donne[7]. Nel caso specifico delle donne, così come di altre categorie sociali storicamente svantaggiate, si rende imprescindibile un'analisi critica delle ragioni della persistenza delle disuguaglianze di genere nell'accesso ai servizi sanitari e nella qualità delle prestazioni erogate, alla luce dei principi costituzionali di uguaglianza e non discriminazione e degli obblighi

(curr.), Profili attuali del diritto alla salute, Giuffrè, Milano, 1998, 9; L. FERRAJOLI, Manifesto per l'uguaglianza, Laterza, Roma, 2018, p. IX.

[5] Cfr. World Health Organization, World Report on Social Determinants of Health Equity, in Equithttps://www.who.int/teams/social-determinants-of-health/equity-and-health/world-report-on-social-determinants-of-health-equity. L'OMS distingue il benessere oggettivo e soggettivo (indicatori soggettivi di benessere, indici di valutazione personale del proprio stato di salute). L'Istat dal 2013 attraverso i valori di "Benessere equo e sostenibile". (BES) studia i fattori economici, sociali e ambientali dell'Italia che influiscono sui settori essenziali della qualità della vita.

[6] Per M. LUCIANI il diritto alla salute è una "formula sintetica con la quale si esprime la garanzia di una pluralità di situazioni soggettive assai differenziate fra loro e talvolta legate da un nesso tutt'altro che diretto", v. M. LUCIANI, Salute (diritto alla) (voce), in Enc. Giur., XXVII, 1991, 5.

[7] M. FORTINO, Parità dei sessi, in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981, P. 703; A.K. SEN, Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia Mondadori, 2000. Per l'A. lo sviluppo è un processo di espansione che si fonda sulle libertà fondamentali godute dagli individui, non solo in termini economici, ma anche sociali, politici e culturali. Questo approccio considera anche la salute, come un aspetto fondamentale dello sviluppo, poiché la capacità di vivere una vita sana e indipendente è una forma di libertà. In questo contesto, la salute femminile è un aspetto fondamentale dello sviluppo, poiché le donne (spesso discriminate e limitate nelle loro libertà) hanno un ruolo cruciale nel processo di sviluppo, sia nella famiglia che nella società. Per Sen le politiche pubbliche devono essere progettate per promuovere la libertà e lo sviluppo umano, garantendo l'accesso alla assistenza sanitaria, all'educazione, al lavoro e a una vita libera da violenza e discriminazione. La sfida dello sviluppo consiste nella lotta alle diverse forme di "illibertà", come la fame, la miseria, la tirannia, l'intolleranza, la deprivazione sociale, la mancanza o carenza di accesso ai servizi pubblici essenziali fra i quali quelli sanitari, che limitano le capacità degli individui di agire. L'illibertà economica può generare illibertà politica o sociale, e viceversa. Per approfondimenti, oltre alla letteratura costituzionale si v. P. GROSSI, Diritti fondamentali e diritti inviolabili nella Costituzione italiana, in Id., Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni, Cedam, Padova, 2008, 2.


ISSN 2036-7821

derivanti dal diritto internazionale e sovranazionale in materia di tutela della salute. L'uguaglianza formale ("senza distinzione di sesso") non implica uniformità, ma riconoscimento della specificità femminile; ciò significa che la salute della donna va tutelata non solo in quanto salute "umana", ma anche tenendo conto di elementi peculiari come la salute riproduttiva, la maternità e i rischi medici di genere correlati[8]. Sul punto, la giurisprudenza costituzionale ha più volte ribadito l'esigenza di garantire l'effettività del diritto alla salute attraverso politiche pubbliche che tengano conto delle specificità di genere, affinché l'uguaglianza sostanziale non rimanga mero principio formale[9]. Difatti, nella giurisprudenza costituzionale nella promozione della parità di genere si individuano tre principali obiettivi: il superamento delle discriminazioni legislative, la tutela della dignità e dei diritti fondamentali delle donne[10], la promozione delle pari opportunità nella vita sociale e lavorativa. Questo principio è quindi, determinante per qualificare la salute delle donne non come una dimensione neutra, ma come un ambito in cui si manifestano ancora disuguaglianze strutturali, legate sia a fattori biologici sia a costruzioni sociali e culturali del genere[11]; a come le pressioni sociali ed economiche influiscano sulla persistente disuguaglianza di genere alimentando una crescente incertezza sul futuro[12]. La questione della salute delle donne non può essere ricondotta alla semplice applicazione di parametri "neutri" o indifferenziati, poiché tali approcci tradiscono l'erronea pretesa di universalità che ha storicamente caratterizzato la

[8] Si pensi ad esempio, alla medicina tradizionalmente basata su modelli maschili di riferimento, alla scarsa attenzione alle patologie tipicamente femminili, alla sottovalutazione del dolore o dei sintomi nelle pazienti donne, o ancora alla difficoltà di accesso ai servizi riproduttivi, psicologici o ginecologici in alcune aree del Paese.

[9] E. NAVARRETTA., Diritti delle donne e parità di genere. Gli itinerari tracciati dalla Corte costituzionale, Forum di Quaderni costituzionali, Rassegna, n. 2, 2024.

[10] In tema di autodeterminazione, si ricorda che la Corte costituzionale ha chiaramente escluso la possibilità di ritenere costituzionalmente legittima la pratica della surrogazione di maternità, anche quando essa venga invocata sul presupposto dell'autodeterminazione femminile. In particolare, con la sentenza n. 272 del 2017, e successivamente con le sentenze n. 33 del 2021 e n. 79 del 2022, la Corte ha sottolineato come tale pratica si ponga in radicale contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, in quanto "offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane". Essa realizza infatti un'inaccettabile mercificazione del corpo femminile, incidendo in modo particolare sulle donne che versano in condizioni di vulnerabilità economica e sociale, e comporta una reificazione del nato, ridotto a oggetto di un contratto. Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in Foro it., 2018, I, 21, con nota di G. CASABURI, in Giur. cost., 2017, 2990, con nota di S. NICCOLAI, in Nuova giur. civ. comm., 2018, 546, con note di A. GORGONI e U. SALANITRO, in Corr. giur., 2018, 449, con nota di G. FERRANDO. Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33, in Foro it., 2021, I, 1938, in Giur. cost., 2021, 3, 321, con note di F. ASTONE e F. RIMOLI, in Fam. dir., 2021, 684, con note di M. DOGLIOTTI e G. FERRANDO, in Familia, 2021, 391, con note di A. MORACE PINELLI e N. CHIRICALLO, in Nuova giur. civ. comm., 2021, 609 e 919, con note di B. Cecchini, E. Bilotti e G. D'Amico, in Giur. it., 2022, 2, 301, con nota di V. CALDERAI.

[11] L. GIANFORMAGGIO, Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco, in Foro. it., 1996, I, 1961 ss.; A. D'ALOIA, Una riflessione sulle trasformazioni del diritto alla salute, in Riv. BioDiritto, 2014, 87 ss.; M. D'AMICO, Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne, Raffaello Cortina editore, Milano, 2020, 152 ss.

[12] Il Report del Fondo delle Nazioni Unite per la Popolazione (UNFPA) fra le azioni raccomandate include quella di rendere la genitorialità più accessibile attraverso investimenti in alloggi, lavoro dignitoso, congedi parentali retribuiti e accesso a servizi completi per la salute riproduttiva.


ISSN 2036-7821

costruzione giuridica del soggetto. In questa prospettiva si colloca la riflessione di Stefano Rodotà, il quale critica l'astrazione del soggetto giuridico come entità neutra, disincarnata e separata dal corpo, evidenziando come una "diversa descrizione del mondo" imponga di riconoscere e valorizzare la peculiarità del corpo della donna[13]. Tale riconoscimento sottrae il corpo alla sua storica invisibilità giuridica e lo riporta al centro del discorso normativo, trasferendo sul piano relazionale ciò che era rimasto confinato nell'idea individualista di soggettività. Ne deriva l'esigenza di ripensare l'intervento pubblico in materia sanitaria secondo logiche che non siano formalmente egualitarie ma sostanzialmente eque, capaci di cogliere le specificità biologiche, sociali e culturali che caratterizzano l'esperienza femminile nella salute. Rodotà ritiene superata l'idea del soggetto di diritto come entità neutra, universale, indipendente dal corpo, priva di caratteristiche concrete come il genere, la fragilità, la relazionalità. Questa visione che ha dominato a lungo la tradizione giuridica occidentale, rappresentando l'individuo come isolato, autosufficiente, maschile e svincolato dalle condizioni materiali della propria esistenza, che ignora le specificità corporee e, che di fatto, ha reso invisibili le donne nel diritto non regge più, soprattutto quando si analizzano i diritti legati al corpo, come nel caso della maternità, della procreazione, della salute, della sessualità**.** n questo contesto, parlare del corpo - e in particolare del corpo femminile - significa riconoscere la dimensione concreta e situata della soggettività, superando la nozione di soggetto come mera "titolarità astratta di diritti"[14]. Questa visione relazionale della persona conduce ad una ridefinizione del rapporto tra diritto e corpo**,** che non è più oggetto passivo di protezione, ma luogo generativo di relazioni giuridiche e sociali. Significa spostare l'attenzione del soggetto come "titolarità astratta di diritti" alla persona concreta, immersa in relazioni sociali, affettive, materiali. La corporeità diventa, così, elemento strutturante della soggettività giuridica e fondamento per una progettualità normativa più attenta alla differenza**,** all'interdipendenza e alla vulnerabilità**,** in particolare nel campo della salute e della biogiuridica. Una conferma delle conseguenze negative della considerazione del diritto alla salute per alcune categorie come un diritto astratto o neutro, si rinviene ad esempio, in merito alla crisi di natalità: come rilevato da Natalia Kanem, direttore Esecutivo dell'UNFPA (Fondo delle Nazioni Unite per la Popolazione) e Sottosegretario Generale delle Nazioni Unite, dove per le donne spesso, il problema "è la mancanza di scelta, non di

[13] S. RODOTÀ, Il diritto di avere diritti, Roma-Bari, 2012, 163, critica l'astrazione giuridica del soggetto che "in nome di una diversa descrizione del mondo fa emergere la peculiarità del corpo della donna e, in questo modo, impone di dare rilevanza al corpo in sé considerato; trasferisce sul terreno delle relazioni ciò quel che prima era chiuso nella considerazione del soggetto come entità separata".

[14] M. D'AMICO, Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne, Milano, 2020, 152 ss.


ISSN 2036-7821

desiderio, con gravi conseguenze per gli individui e le società"[15].

In questo scenario va riconosciuto il ruolo della Corte costituzionale che ha progressivamente consolidato un'interpretazione relazionale del principio di eguaglianza, orientata al riconoscimento delle specificità soggettive e, in particolare, alla valorizzazione delle condizioni personali della donna. Tale approccio ha condotto l'interprete costituzionale a intervenire più volte in ambito di tutela della salute riproduttiva, incidendo in modo significativo sulla disciplina normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, al fine di garantire un bilanciamento effettivo tra diritti fondamentali e pari dignità sociale. In continuità con l'orientamento volto a garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale - con le sentenze n. 286 del 2016 e n. 131 del 2022 - ha statuito che il principio di unità familiare, seppur riconosciuto dall'ordinamento costituzionale, non può essere interpretato in modo da comprimere i diritti individuali dei membri della famiglia, in particolare delle donne. La Corte ha sottolineato come l'unità familiare non possa legittimare, neppure in via indiretta, sacrifici imposti in maniera unilaterale, in quanto ciò contrasterebbe con il principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, co. 2, Cost. In tale prospettiva, l'eguaglianza assume una funzione correttiva e promozionale, imponendo allo Stato non solo di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, ma anche di evitare che assetti normativi o culturali, apparentemente neutri, producano effetti discriminatori in ambito sanitario e relazionale. L'accesso equo alla salute, in questo contesto, richiede il riconoscimento delle specificità di genere, nonché una piena considerazione dell'autonomia decisionale della donna, specie in ambiti sensibili come la salute riproduttiva e la procreazione medicalmente assistita.[16].

L'emergenza sanitaria ha reso evidente una gerarchizzazione implicita dei diritti fondamentali, nella quale il diritto alla salute è emerso come bene supremo, capace di comprimere o ridimensionare altri diritti e libertà individuali[17]. Il diritto alla salute,

[15] A. FONZI, Diritto alla salute e parità di genere. Riflessioni sulle forme di "discriminazione sanitaria, Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, fasc.2, 2025; F. PARUZZO, La dimensione dell'uguaglianza nell'accesso alle prestazioni sanitarie. L'effetto della pandemia di Covid -19, Federalismi, n.3, 30/01/2023; I. CORTI, Covid-19 e diritti delle donne: gli effetti "non neutrali" della pandemia, Heteroglossia. Quaderni di Linguaggi e Interdisciplinarità», 18, 2022, Edizioni Università di Macerata, riviste.unimc.it, 65-83. G. CARBONI, Il diritto alla salute e l'eguaglianza territoriale, Federalismi.it, aprile, 2020, 278; A. ARENA, Emergenza e libertà fondamentali nel mercato unico, in S. STAIANO (a cura di), Nel ventesimo anno del terzo millennio. Sistemi politici, istituzioni economiche e produzione del diritto al cospetto della pandemia da Covid-19, ,Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 357 ss

[16] E. NAVARRETTA, Diritti delle donne e parità di genere. Gli itinerari tracciati dalla Corte costituzionale, in Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna, 2024, 206 ss. La Consulta con le sentenze n. 286 del 2016 e n. 131 del 2022 ha chiarito che l'unità non può porsi in antitesi all'eguaglianza, né fungere da criterio legittimante per imposizioni asimmetriche all'interno dei rapporti familiari, affermando che "unità ed eguaglianza non possono coesistere se l'una nega l'altra" (sentenza n. 131/2022).

[17] A. D'ALOIA, Poscritto. Costituzione ed emergenza: verso la fine del tunnel, con qualche speranza e (ancora) con qualche dubbio, in Rivista di Biodiritto, special issue, 1/2020, p. 22 osserva che "Il Coronavirus ha portato allo


ISSN 2036-7821

letto in combinato disposto con gli articoli 3 e 32 della Costituzione, impone infatti una rilettura del concetto di uguaglianza che superi la dimensione meramente formale e si orienti verso un modello di equità ed eguaglianza sostanziale, capace di guidare l'azione pubblica secondo criteri di giustizia, differenziazione e proporzionalità nella distribuzione delle tutele e delle risorse[18]. Il concetto di uguaglianza affermato dal secondo comma dell'art.3 Cost. va ripensato: non può essere ridotto alla sola parità formale, ma deve orientarsi verso un'equità sostanziale, capace di riconoscere e garantire pienamente il diritto alla salute, delle donne. Le differenze, naturali o culturali che siano, come osservato in dottrina, rappresentano i tratti specifici e irripetibili che distinguono e al tempo stesso identificano le persone, e che in quanto tali devono essere riconosciute e tutelate. Le diseguaglianze, invece, nascono da disparità sociali ed economiche, ovvero dalle diverse condizioni di potere e subordinazione tra gli individui, e per questo devono essere contrastate.[19].

Questo è particolarmente evidente nell'ambito della sanità, dove le differenze biologiche e i bisogni specifici, lungi dall'essere riconosciuti e valorizzati, sono spesso trascurati da sistemi sanitari modellati su standard maschili. Le carenze strutturali e culturali nella medicina di genere, la sottorappresentazione delle donne nei trial clinici, l'insufficiente attenzione alle patologie femminili e l'asimmetria nell'accesso alle cure riflettono non semplici diversità, ma vere e proprie diseguaglianze radicate in rapporti storici di potere e marginalizzazione. Tali squilibri non derivano dalla neutralità del sapere medico o dalla scarsità di risorse, ma da un assetto sociale che continua a considerare l'esperienza femminile come secondaria. Realizzare una piena

---

scoperto una netta graduazione gerarchica tra diritti. Su tutti, la salute come bene supremo, visto nella sua doppia figurazione di diritto individuale e interesse collettivo. È stato detto, e anche questa opinione ha un fondo di verità, che la salute e in realtà un diritto presupposto. Tutti gli altri diritti presuppongono lo stare bene in salute".

[18] Sul principio di eguaglianza fra gli altri, L. PALADIN, Il principio costituzionale d'eguaglianza, Giuffrè, Milano, 1965; ID., Eguaglianza (dir. cost.), in Enciclopedia del diritto, p. 520; A. CERRI, L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale, Giuffrè, Milano, 1976; U. ROMAGNOLI, Art. 3, co. 2 Cost., in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, I principi fondamentali. Art. 1- 12 Costituzione, Zanichelli, Bologna, 1980, pp. 162 -198; B. CARAVITA, Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma secondo della Costituzione, Cedam, Padova, 1984; L. FERRAJOLI, La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza, in Democrazia e diritto, fasc. n. 2/ 1993, 49 – 73; N. BOBBIO, Eguaglianza e libertà, Einaudi, Torino, 1995; A. D'ALOIA, Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale, Cedam, Padova, 2002; AA. VV., Corte costituzionale e principio di eguaglianza, Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Cedam, Padova, 2002; A. CELOTTO, Art. 3, co. 1 Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Commentario della Costituzione, Volume primo, Utet, Torino, 2006, 73; A. Giorgis, Art. 3, co. 2 Cost., in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Commentario della Costituzione, Volume primo, Utet giuridica, Torino, 2006, pp. 88 – 113; G.P. DOLSO, Art. 3 Cost., in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), Commentario breve alla Costituzione, 2° edizione, Cedam, Padova, 2008, pp. 15 ss; F. SORRENTINO, Eguaglianza, Giappichelli, Torino, 2011.

[19] In tal senso, L. FERRAJOLI in Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, Vol. 1, Teoria del diritto, Laterza, Roma-Bari, 2007, 790 osserva che "Le differenze – siano esse naturali o culturali – altro non sono che i connotati specifici e irripetibili che differenziano e al tempo stesso individuano le persone e che sono in quanto tali tutelati dai diritti fondamentali'. Le diseguaglianze, invece, "siano esse economiche o sociali – sono le disparità tra soggetti prodotte dalla diversità (...) delle loro posizioni di potere e di soggezione".


ISSN 2036-7821

uguaglianza sostanziale in materia di salute implica il superamento delle diseguaglianze strutturali, al fine di evitare che le differenze divengano fattori di esclusione e, invece, siano garantite come componenti essenziali dei diritti fondamentali. Affinché sia garantita equità reale è necessario rimuovere quegli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona e che in ambito sanitario si traducono in un accesso equo a servizi di prevenzione, ad una diagnosi e cura specifici per le donne, nella lotta alla disparità nei percorsi di cura; alla promozione di una medicina di genere[20]. Principio, che a sua volta, si ricollega a quelle che Sen definisce libertà sostanziali come la libertà di sfuggire alle privazioni, alla libertà della partecipazione politica, di fruire dei servizi pubblici, dell'alfabetizzazione: elementi di rafforzamento di un sistema democratico e componenti essenziali del processo di sviluppo[21]. Ancora oggi fattori come il genere, le condizioni socioeconomiche, l'etnia, l'orientamento sessuale, la disabilità, continuano a essere motivo di discriminazioni e stigmatizzazioni, oltre a contribuire alle disparità nell'accesso all'assistenza sanitaria. A fare la differenza è soprattutto in quale parte del mondo si nasce: la disuguaglianza non si limita solo alla dimensione reddituale, ma comprende forme più profonde di non equità ad istruzione insufficiente, accesso diseguale alla sanità ed a fenomeni di esclusione sociale[22]. La strada per un equo

[20] V. DUBINI, La medicina di genere, in Percorsi di Eguaglianza, a cura di F. RESCIGNO, Giappichelli, Torino, 2016, 108 ss.

[21] A. SEN, Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia, Mondadori, 2000. L'A. osserva che la vera libertà è la libertà dal bisogno. Inoltre, esistono libertà multiple e interconnesse come le infrastrutture economiche, le libertà politiche, le occasioni sociali che lo Stato ha il dovere di salvaguardare per implementare le libertà delle persone e per generare sviluppo. Secondo Sen, "... nella prospettiva delle capacità umane - capability -, cioè ciò che le persone sono effettivamente in grado di essere e di fare e che devono essere accresciute. Non cure uguali per tutti, ma cure tali per cui tutti possano avere uguali possibilità di godere di buona salute". e la portata del ruolo attivo delle donne all'interno della società si correla in maniera significativa a due fenomeni di rilevanza demografica e sanitaria: la riduzione del tasso di fertilità e il decremento della mortalità infantile. Tali dinamiche dimostrano come l'empowerment femminile non solo incida positivamente sul piano dei diritti individuali, ma produca effetti sistemici in termini di salute pubblica, sviluppo sostenibile e promozione dell'eguaglianza sostanziale. Dello stesso Autore, La diseguaglianza, Il Mulino, Bologna,1994 e Uguali e diversi davanti alla salute, caffeeuropa.it/attualità.

[22] S. STAIANO, Per un nuovo paradigma giuridico dell'eguaglianza, Atti del Convegno 19-25 giugno2015, in Quaderni del Gruppo di Pisa, 2016, 413 ss., gruppodipisa.it. L'A. sottolinea che l'articolo 3 della Costituzione richiede un diritto dis-eguale per garantire la pari dignità sociale e critica l'eccessivo ruolo della Corte costituzionale, attribuendo al legislatore la responsabilità di affrontare le diseguaglianze con politiche "forti" proponendo un modello multidimensionale ispirato alla teoria delle capacità di Amartya Sen e Martha Nussbaum, che valuta la diseguaglianza in termini di risorse, capacità e funzionamenti. La diseguaglianza per Staiano è un problema strutturale, aggravato dalla concentrazione d) redditi e ricchezze, e richiede interventi normativi e politiche legislative mirate. Staiano invita la comunità giuridica a collaborare per costruire un paradigma capace di rispondere alle trasformazioni sociali ed economiche, promuovendo una democrazia sostanziale e inclusiva che valorizzi le diversità e garantisca la dignità sociale e la partecipazione effettiva di tutti i cittadini.


ISSN 2036-7821

sviluppo economico e sociale passa necessariamente attraverso il ruolo attivo delle donne e il loro benessere, indissolubilmente intrecciati [23]

Tuttavia, nonostante il riconoscimento costituzionale, si rileva che l'universalità dell'accesso alla salute è sovente compromessa da fattori strutturali: disuguaglianze territoriali, carenze nella medicina di genere, disparità economiche, carico di cura non retribuito, e discriminazioni multiple (es. intersezione tra genere, etnia, disabilità).

Nell'attuale configurazione delle politiche sanitarie, una delle criticità più rilevanti risiede proprio nella sistematica sottovalutazione del profilo di genere, che continua a rappresentare una dimensione marginale nella programmazione e nell'attuazione degli interventi pubblici in ambito sanitario. In particolare, l'analisi dei dati sulla salute delle donne mette in luce come le diseguaglianze di genere continuino a incidere in modo significativo sull'accesso, sulla qualità e sull'equità delle cure sanitarie dimostrando in modo palese come il principio di universalità, che dovrebbe ispirare l'intero sistema sanitario, sia disatteso, non per assenza di norme, ma per carenze strutturali e culturali che rendono invisibili le specificità femminili nei percorsi di prevenzione, diagnosi e trattamento. Lacune che si traducono in un deficit di tutela per la salute delle donne, il quale si manifesta non solo in termini di accesso diseguale alle cure, ma anche nella mancata considerazione delle specificità biologiche e socioculturali femminili all'interno dei percorsi diagnostici, terapeutici e preventivi

- La Legge n. 3/2018[24], nota come legge Lorenzin, ha introdotto per la prima volta nel contesto normativo italiano il concetto di medicina di genere in tutte le sue applicazioni, estendendolo sia alla sperimentazione clinica e farmacologica (art. 1), sia all'intero percorso clinico-assistenziale. In particolare, l'articolo 3, comma 5, ha previsto misure specifiche per l'implementazione e la diffusione della medicina di genere all'interno del Servizio Sanitario Nazionale, successivamente dettagliate nel Decreto del Ministero della Salute del 13 giugno 2019, che ha sancito l'approvazione del Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere e del Piano concernente la formazione nazionale per la medicina di genere nonché l'istituzione di un Osservatorio nazionale presso l'Istituto Superiore di Sanità dedicato alla medicina di genere. Il Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere è concepito come un approccio interdisciplinare, volto a integrare le diverse aree delle scienze mediche e delle scienze umane,

[23] A: SEN, Op. cit., "quando le donne stanno bene, tutto il mondo sta meglio".

[24] Legge n. 3/2018 (cd. Legge Lorenzin), Delega al Governo in materia di sperimentazione clinica di medicinali nonché' disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie e per la dirigenza sanitaria del Ministero della salute. pubblicata sulla G.U. del 31.01.2018. Viene altresì, previsto il Piano Nazionale della Cronicità.


ISSN 2036-7821

con l'obiettivo di incorporare sistematicamente le differenze di genere nei processi di ricerca, prevenzione, diagnosi e trattamento**.** Tale impostazione mira a garantire **l'**appropriatezza clinica e scientifica delle pratiche sanitarie, favorendo al contempo la promozione e il sostegno della ricerca biomedica, farmacologica e psico-sociale orientata alle specificità di genere. Per quanto riguarda il Piano nazionale per la formazione in medicina di genere, la normativa ne attribuisce la predisposizione al Ministro della Salute, d'intesa con il Ministro dell'Università e della Ricerca, evidenziando la necessità di un raccordo strutturale tra le politiche sanitarie e il sistema universitario. Questa previsione normativa riflette la consapevolezza che la tutela del diritto alla salute in una prospettiva di genere richiede un costante aggiornamento scientifico e culturale, in linea con le evoluzioni della ricerca accademica e con l'avanzamento delle conoscenze che trovano nell'Università uno dei principali motori di innovazione.

- Tale intervento normativo, pur con valenza prevalentemente programmatica, rappresenta un tentativo di colmare un vuoto normativo e culturale preesistente che ha storicamente escluso le specificità femminili dai modelli clinici di riferimento, dai protocolli di sperimentazione farmacologica e dai percorsi diagnostico-terapeutici standardizzati. Tuttavia, nonostante l'intento del legislatore, permangono rilevanti criticità sul piano attuativo**,** legate in particolare alla frammentazione istituzionale, alla mancanza di risorse dedicate, e all'assenza di un obbligo normativo stringente che assicuri l'uniforme applicazione del principio su tutto il territorio nazionale. Il comma 6 dell'articolo 3 introduce una significativa limitazione attuativa, prevedendo che i due Piani e l'Osservatorio sulla medicina di genere siano realizzati nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente, e quindi senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Tale clausola di invarianza finanziaria, pur frequente nella tecnica legislativa, finisce per ridimensionare fortemente la portata innovativa della norma, affidando l'attuazione di obiettivi complessi - come l'integrazione strutturale della medicina di genere nel SSN - alle sole risorse ordinarie già in essere presso le amministrazioni sanitarie, senza alcun incremento specifico di fondi o personale[25]. Ne deriva un potenziale scollamento tra l'ambizione programmatica della disposizione e la sua effettiva implementazione operativa, con il rischio di comprometterne l'impatto trasformativo sul piano organizzativo e formativo.
- Per superare tali limiti, è necessario rafforzare la cogenza giuridica delle

[25] S. UNGARO, Trasparenza amministrativa e clausola di invarianza finanziaria: è davvero possibile? in forumpa.it, 2013.


ISSN 2036-7821

disposizioni esistenti, assicurandone la concreta e sistematica attuazione in tutte le articolazioni del Servizio Sanitario Nazionale: dal Ministero della Salute e i suoi enti vigilati, alle Regioni, fino alle aziende sanitarie locali e ospedaliere, promuovendo un approccio integrato, strutturato e realmente gender-sensitive. A partire dal 2020, le Regioni hanno progressivamente avviato il recepimento del Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere attraverso l'adozione di Piani Regionali dedicati e la costituzione degli organismi preposti all'attuazione delle relative linee di indirizzo e la nomina di un referente regionale.

- La mancanza di modelli organizzativi orientati al genere, la carenza di risorse dedicate, nonché la scarsa disponibilità di personale sanitario adeguatamente formato in materia, continuano a rappresentare ostacoli concreti all'effettiva implementazione dei principi della medicina di genere nella pratica clinica e nei sistemi sanitari regionali. Tale quadro evidenzia un disallineamento sostanziale tra le previsioni normative e la loro effettiva applicazione, ponendosi in palese contrasto con il principio di universalità dell'assistenza sanitaria, fondamento costituzionale e giuridico del Servizio Sanitario Nazionale. Come stabilito dall'art. 1 del D.lgs. n. 502/1992 e s.m., il SSN è tenuto a garantire a tutti i cittadini, *in condizioni di eguaglianza*, l'accesso alle prestazioni sanitarie necessarie. Tuttavia, la perdurante assenza di modelli organizzativi strutturati secondo una prospettiva di genere, unita alla scarsità di risorse dedicate e alla limitata formazione del personale sanitario, configura una disparità sistemica nell'erogazione dei servizi, che rischia di tradursi in una violazione del diritto alla salute nella sua accezione più piena e inclusiva. In tale contesto, le succitate criticità non rappresentano solo una criticità sul piano operativo, ma una lacuna strutturale che incide sulla qualità, sull'equità e sull'efficacia del sistema sanitario. Non si può negare che l'universalismo formale si scontra con barriere strutturali e culturali che compromettono l'effettiva fruibilità del diritto alla salute da parte delle donne, rendendo l'universalità non pienamente realizzata in termini sostanziali. L'universalismo non può ridursi a un concetto vuoto e astratto; nel contesto delle politiche pubbliche, e in particolare nell'organizzazione dei servizi sanitari, esso non può restare un principio meramente dichiarativo, ma deve tradursi in un criterio operativo orientato al conseguimento di risultati concreti, idonei a rimuovere le diseguaglianze effettivamente radicate nel tessuto sociale [26].Tale processo è realizzabile solo attraverso un adeguamento delle norme giuridiche alle concrete condizioni esistenziali dei soggetti. In tale

[26] C. GIORGI, G. VICARELLI, Universalismo e diritto alla salute: il percorso italiano, Laboss, 2023. M.C. NUSSBAUM, Diventare persone. Donne e universalità dei diritti, il Mulino, Bologna, 2001.


ISSN 2036-7821

direzione si colloca il percorso interpretativo intrapreso dalla Corte costituzionale, fondato su una concezione relazionale dell'eguaglianza, che valorizza le specificità della condizione femminile[27] e garantisce un adeguamento del diritto alle esigenze concrete delle donne. In tale prospettiva, la Corte ha assunto un ruolo centrale nella tutela della salute della donna, intervenendo anche sulla normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, al fine di assicurare il rispetto dell'autonomia, della dignità e dell'integrità psico-fisica delle donne nei percorsi riproduttivi. Esso richiede che l'amministrazione pubblica garantisca l'effettivo conseguimento di risultati concreti, in termini di accessibilità, qualità ed equità delle prestazioni, assicurando una distribuzione delle risorse coerente con il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.)[28]. Il mancato riconoscimento istituzionale delle differenze di genere quindi, non solo mina la piena attuazione del diritto alla salute, ma indebolisce anche il principio di eguaglianza sostanziale, che impone allo Stato un obbligo attivo di rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono la parità tra uomini e donne nel godimento dei diritti fondamentali. In questo quadro, il diritto alla salute si configura come formalmente universale, ma sostanzialmente parziale, evidenziando l'urgenza di un approccio giuridico e sistemico capace di integrare in modo strutturale la dimensione di genere nelle politiche pubbliche sanitarie[29]. Ciò implica, nel quadro dell'organizzazione sanitaria una profonda trasformazione del principio universalistico, che da criterio astratto di pari trattamento si configura oggi come strumento dinamico di giustizia distributiva, idoneo a rimuovere le disuguaglianze sostanziali che attraversano il tessuto sociale, inclusi i persistenti divari di genere nell'accesso ai servizi pubblici essenziali, come quelli sanitari. Ciò implica un cambiamento sistemico, volto a ridefinire processi, protocolli clinici, percorsi assistenziali e criteri di programmazione sanitaria secondo una logica inclusiva e sensibile al genere. In questa direzione, appare necessario "cambiare le regole del gioco", spostando l'attenzione dalle scelte individuali all'implementazione di politiche sanitarie pubbliche capaci di rendere la medicina di genere una componente stabile e trasversale del sistema. L'azione amministrativa, orientata al soddisfacimento dei Livelli Essenziali delle

[27] La Corte ha assunto un ruolo centrale nella tutela della salute delle donne, intervenendo anche sulla normativa in materia di procreazione medicalmente assistita, al fine di garantire il rispetto dell'autonomia, della dignità e dell'integrità psico-fisica della donna nei percorsi riproduttivi.

[28] R. SPAGNUOLO VIGORITA, Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto-legge n. 76/2020: il ruolo dell'amministrazione nelle politiche di sviluppo economico e sociale, Munus, Editoriale Scientifica, 2020, 347 -365.

[29] M. DE FEDERICIS, Salute e genere. Una prospettiva costituzionale, in BioLaw Journal, 2022, n. 1, 115-130.


ISSN 2036-7821

Prestazioni (LEP) di cui all'art. 117, co.2, lett. m), Cost., deve dunque modulare l'erogazione delle prestazioni sanitarie in modo proporzionato, differenziato e adeguato ai bisogni effettivi delle persone, e non secondo logiche uniformi e indifferenziate. In quest'ottica, il principio di universalismo sanitario assume una valenza concretamente precettiva, vincolando l'amministrazione a programmare, allocare e gestire le risorse pubbliche in funzione del raggiungimento di obiettivi sostanziali di equità.

- L'integrazione della prospettiva di genere nella sanità pubblica richiede un'attenta considerazione delle criticità organizzative e finanziarie legate all'erogazione e alla gestione dei servizi. Tali vincoli, tuttavia, non possono costituire un alibi per l'inerzia istituzionale di fronte a disuguaglianze strutturali e persistenti. Ciò comporta un dovere di valutazione ex ante dell'impatto delle politiche sanitarie in funzione del genere, mediante strumenti di analisi differenziale e raccolta sistematica di dati disaggregati. Qualora emergano asimmetrie sistemiche a svantaggio delle donne, le quali, specie in condizioni lavorative precarie o autonome accedono con maggiore difficoltà a percorsi diagnostico-terapeutici tempestivi, prevenzione, servizi psicosociali e assistenza integrata, è necessaria l'adozione di misure di riequilibrio, in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale.[30].

## *2. Equità di genere e salute: dalla consapevolezza alla riforma delle politiche pubbliche.*

In tale prospettiva, la governance sanitaria assume un ruolo strategico nella regolazione delle politiche pubbliche in materia di salute, fungendo da strumento normativo e organizzativo per il superamento delle disuguaglianze di genere. Tuttavia, nonostante il riconoscimento costituzionale della salute quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse primario della collettività, essa si configura oggi come uno degli ambiti più complessi e in continua evoluzione all'interno dell'ordinamento pubblico, esponendosi a tensioni tra istanze etiche, esigenze di eguaglianza sostanziale e vincoli economico-organizzativi. Come innanzi detto, l'effettività di tale diritto risente di fattori strutturali, economici, culturali e di genere e l'emergere della medicina di genere quale paradigma interpretativo e operativo nella programmazione sanitaria ha contribuito a evidenziare ancor di più le diseguaglianze strutturali che interessano, in modo particolare, la salute femminile. Tali disparità si manifestano tanto sul piano della prevenzione quanto su quello dell'accesso ai percorsi diagnostico-terapeutici, rivelando criticità sistemiche nei

[30] Si v. Ministero della Salute – Rapporto sulla salute della donna, ultima edizione. O.N.Da – Osservatorio Nazionale sulla salute della donna e di genere; ISTAT, Rapporto annuale sulla situazione del Paese – sezioni su salute, lavoro e genere, Piano di uguaglianza di genere 2024-2026, istat.it.


ISSN 2036-7821

modelli attuali di organizzazione dei servizi sanitari. In tale scenario, accanto alle sfide di natura tecnologica e professionale, il Servizio Sanitario Nazionale (SSN) si confronta oggi con criticità sistemiche che investono in modo diretto tanto i livelli amministrativi regionali quanto le scelte di indirizzo politico. Tali criticità incidono sulla capacità dell'apparato pubblico di organizzare e programmare in modo coerente ed efficace le politiche sanitarie, chiamate a garantire non soltanto l'efficienza dei servizi, ma anche la loro equità distributiva e la sostenibilità nel medio-lungo periodo. Difficoltà che incidono sulla promozione della salute e sull'impegno verso l'equità di genere, dimensione troppo spesso trascurata nelle politiche sanitarie. Seppure la promozione della salute delle donne sia formalmente riconosciuta come priorità strategica del Servizio Sanitario Nazionale il profilo di genere in campo sanitario spesso è trascurato o assente[31]. Ciò nonostante, essa rappresenta non soltanto un settore di intervento specifico, ma anche un indicatore trasversale della qualità, dell'efficienza e dell'equità delle politiche pubbliche: la salute si configura quale parametro essenziale per la misurazione del livello complessivo di giustizia sociale, rappresentando un diritto fondamentale a contenuto plurimo e interdipendente, funzionale all'effettivo godimento di altri diritti civili, politici, economici e sociali. La salute, in quanto diritto fondamentale riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione, non può essere considerata in modo isolato, ma deve essere interpretata come diritto strumentale e interrelato rispetto all'intero sistema dei diritti fondamentali. Essa rappresenta, infatti, un indicatore primario di giustizia sociale, nella misura in cui costituisce una condizione necessaria per il pieno e concreto esercizio dei diritti civili (come la libertà personale e la partecipazione alla vita sociale), dei diritti politici (come il diritto alla rappresentanza e alla partecipazione democratica) e dei diritti economici e sociali (tra cui il diritto al lavoro, all'istruzione, alla previdenza e all'assistenza). La mancata o diseguale garanzia del diritto alla salute produce effetti discriminatori a cascata, ostacolando l'accesso paritario ad altri diritti e contribuendo al consolidamento delle disuguaglianze socioeconomiche, di genere e territoriali. Tale impostazione è coerente con le più recenti elaborazioni della dottrina costituzionalistica e con l'evoluzione del diritto internazionale dei diritti umani, secondo cui la salute non è solo assenza di malattia, ma stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e come tale deve essere promossa mediante politiche pubbliche inclusive, universalistiche e orientate all'equità. Il divario di genere nell'accesso e nella fruizione del diritto alla salute, come opportunamente sottolineato da Marta Cartabia[32], non può essere analizzato in modo disgiunto rispetto ad altri principi

[31] I. CIOLLI, La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, Riv. BioDiritto, n. 2, 2019.

[32] Sulla accelerazione verso l'universalizzazione dei diritti fondamentali, M. CARTABIA, L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti» in Quaderni costituzionali / a. XXIX, n. 3, settembre 2009, p.552 ss.; della stessa


ISSN 2036-7821

fondativi dell'architettura costituzionale, come il principio di eguaglianza sostanziale, il diritto alla salute e la centralità della persona nella sua dignità. L'approccio costituzionale, dunque, esige che la questione dell'equità di genere nella salute venga letta in chiave intersezionale, nella consapevolezza che il diritto non è neutro, ma riflette e riproduce se non adeguatamente orientato, le asimmetrie sociali esistenti[33]. L'affermazione secondo cui non si può parlare di uguaglianza senza parlare di salute, di dignità e di autonomia economica per le donne impone un approccio integrato e sistemico, che riconduca la questione sanitaria all'interno del più ampio paradigma dei diritti fondamentali, nella loro dimensione interdipendente e indivisibile[34]. Orbene, se "i diritti costituzionalmente protetti sono diritti alla propria differenza"[35], ne consegue che l'uguaglianza non può ridursi nell'appiattimento delle identità o nel trattamento uniforme, ma deve mirare alla piena valorizzazione delle specificità personali, culturali e biologiche. In ambito sanitario, ciò assume un rilievo cruciale nel rapporto tra il sistema di cure e la condizione femminile. Riguarda la necessità di garantire un accesso concreto ed efficace alla prevenzione, alla diagnosi e alla cura di patologie che colpiscono prevalentemente o esclusivamente le donne; di promuovere la ricerca clinica che tenga conto delle differenze di genere; di tutelare la salute riproduttiva e psicofisica in tutte le fasi della vita. La salute delle donne non può essere considerata come una

---

A., La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana, Quaderni Costituzionali, fasc. 2/2012, 455-468; Relazione annuale sull'attività della Corte costituzionale nel 2019, pubblicato il 28 aprile 2020, dove si sottolinea la necessità di rafforzare il principio di leale collaborazione, specie nel dialogo con il Legislatore e lo sviluppo della cooperazione inter-giurisdizionale nella protezione dei diritti fondamentali.

[33] Su una definizione della nozione di genere, cfr. J. Scott, Il genere: un'utile categoria di analisi storica, in P. Di Cori (a cura di), Altre storie. La critica femminista alla storia, Bologna 1996, 307 (ed. orig. Gender: A Useful Category of Historical Analysis, 1987). O. GIOLO, M. G. BERNARDINI, La medicina di genere nella prospettiva filosofico-giuridica: una "teoria critica" del sapere medico? in www.gendermedjournal.it, 2015. Tuttavia, va rilevato che nella letteratura giuridico sociologica ciò che viene definito "neutro" è stato rappresentato con una prospettiva maschile dominante. Fin dalle sue origini, la critica sugli studi di genere ha cercato di mettere in luce questo meccanismo, mostrando come il soggetto giuridico (e anche quello politico e culturale) sia in realtà modellato ancora sull'identità maschile, pur presentandosi come valido per tutti. Per attuare una trasformazione reale delle rappresentazioni non basta una presa di coscienza individuale: serve un cambiamento politico strutturale e culturale profondo che punti a trasformare la società e a riconoscere i soggetti nella loro pluralità, cioè donne, persone LGBTQIA+, minoranze ecc.

[34] L'art. 32 Cost. esplicita un principio caleidoscopico e a matrice plurima, poiché coinvolge una molteplicità di interessi, individuali, collettivi, economici e sociali, che devono essere costantemente bilanciati tra loro. A. MAZZOLA, Il diritto alla salute tra dimensione individuale e dovere sociale, fasc.2/2021, consultaonline.it; L. PALAZZANI, Distribuzione delle risorse limitate: criteri etici per l'equità dell'accesso alle cure, in Diritto alla salute e alla sua tutela. La sanità e la salute dopo la pandemia, cortiledeigentili.com, 41 ss.; E. LONGO, P. DE CASTRO, P. POPOLI, A. M. GIAMMARIOLI, Benessere ed equità nella salute: un approccio di genere in Rapporti ISTISAN, Benessere e gestione dello stress secondo il modello biopsicosociale: focus su scuola, università e sanità (a cura di) C. AGUZZOLI, A. DE SANTI, A. GERACI, 4/2021, iss.it.

[35] S. STAIANO, Op.cit., p.431.


ISSN 2036-7821

'variante' del paradigma maschile, ma va riconosciuta come un ambito autonomo, portatore di diritti specifici. Un approccio corretto deve muoversi in senso inclusivo e strutturalmente trasversale, garantendo equità sostanziale; diversamente rischia, se non correttamente declinata, di generare una logica settoriale o separatista che può indebolire l'universalità dei diritti fondamentali e perpetuare la marginalizzazione.
In questa prospettiva, il diritto alla salute si configura non solo come situazione giuridica soggettiva costituzionalmente tutelata, ma come diritto strumentale e relazionale, imprescindibile per la concreta attuazione dei principi di pari dignità umana e di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 1 e 2 Cost.). L'effettività della tutela sanitaria, infatti, incide direttamente sulla possibilità delle donne - spesso escluse dai circuiti classici di protezione sociale e lavorativa -, di godere appieno dei diritti civili, politici, sociali ed economici. In tale contesto, la salute si pone come bene giuridico primario e al tempo stesso come condizione abilitante per l'esercizio di tutte le altre libertà, rappresentando un indicatore chiave del livello di giustizia distributiva e di inclusione sociale effettiva garantita da un ordinamento. Tale lettura, coerente con il disposto dell'art. 3, co. 2 della Costituzione, impone allo Stato un dovere positivo di intervento: non è sufficiente garantire l'uguaglianza in astratto, ma è necessario rimuovere le condizioni materiali che determinano diseguaglianze strutturali, attraverso politiche pubbliche capaci di incidere efficacemente sui fattori di esclusione e marginalizzazione. In questa cornice interpretativa, il diritto alla salute assume una funzione paradigmatica: esso rappresenta non solo un diritto soggettivo tutelato, ma anche uno strumento essenziale per la concreta fruizione degli altri diritti costituzionali, e quindi una leva fondamentale per l'attuazione del principio di uguaglianza nella sua accezione sostanziale.
La razionalizzazione della spesa pubblica e l'introduzione di logiche aziendali nella governance del sistema sanitario nazionale, se adeguatamente orientate, possono rappresentare strumenti funzionali al perseguimento degli obiettivi costituzionali di efficienza e buon andamento dell'amministrazione. Le politiche sanitarie ispirate esclusivamente a criteri economico-aziendalistici rischiano di amplificare le disuguaglianze preesistenti, penalizzando in modo particolare le donne, già soggette a forme strutturali di discriminazione nel percorso di cura, nella ricerca biomedica, nella diagnosi e nella personalizzazione dei trattamenti. Una sanità realmente efficiente e sostenibile non può prescindere da una visione di genere, capace di riconoscere e correggere gli squilibri sistemici che compromettono l'universalità e l'equità del diritto alla salute[36]. Ciò impone l'adozione di modelli organizzativi e gestionali che integrino la prospettiva di genere nelle politiche di programmazione sanitaria, nella formazione degli operatori, nella raccolta e analisi dei dati clinici,

[36]V. MANZETTI, Il diritto alla salute di genere e la sindrome di Yentl: una fragile "effettività", Nuove Autonomie,1/2022.


ISSN 2036-7821

nonché nella definizione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA). I concetti di eguaglianza **e** differenza rappresentano due assi teorici fondamentali, ma non sempre conciliabili, nell'elaborazione giuridica e politica dei diritti[37]. In particolare, il loro intreccio risulta cruciale nell'ambito della salute**,** laddove il riconoscimento formale dell'eguaglianza tra uomini e donne rischia di occultare differenze biologiche, sociali e culturali che, se ignorate, possono tradursi in nuove forme di disuguaglianza sostanziale. "Eguaglianza" è una di quelle parole che il lessico giuridico e politico invoca con frequenza, ma che spesso rimane priva di reale contenuto se non viene adeguatamente interrogata nella sua dimensione teorica e pratico-normativa rischiando di essere ridotta a formula retorica o principio formale, privo della forza trasformativa che gli compete. L'eguaglianza, in senso autentico, non si esaurisce nell'uniformità del trattamento, né coincide con l'applicazione impersonale della legge. Essa implica un'esigenza più profonda: quella di riconoscere e rimuovere le disuguaglianze sostanziali, nella consapevolezza che l'eguaglianza non è un dato naturale, ma una costruzione normativa e un ideale regolativo che orienta l'azione dei pubblici poteri verso la realizzazione della giustizia sociale. Da Aristotele[38] a Rawls[39], da Kelsen[40] a Bobbio[41], l'eguaglianza

[37]B. PEZZINI, Equità nell'intersezione di sesso, genere e salute, Salute e sanità nella prospettiva europea, Corti supreme e salute 2022, 1 ss. È essenziale distinguere tra genere biologico (sesso) e genere sociale (gender).

[38] ARISTOTELE, in riferimento a Platone scrive "Agli eguali vanno riconosciute parti eguali, e ai diseguali parti diseguali". ARISTOTELE, Etica Nicomachea, trad. it. a cura di C. MAZZARELLI, Rusconi, Milano, 1996; Etica Nicomachea, V.3. 1131a1uguaglianza–b15; Politica, III.9.1280 a8–15, III.12.1282b18–23.

[39] J. RAWLS, nella sua Theory of Justice, pubblicato nel 1971, preliminarmente chiarisce che la sua teoria, che definisce "giustizia come equità", presuppone una visione kantiana delle persone come agenti razionali "liberi e uguali", moralmente autonomi, non necessariamente egoisti, aventi pari opportunità. Il filosofo americano ritiene che le disuguaglianze di reddito siano giuste perché legate alle capacità ed i meriti di ogni singolo individuo. Secondo Rawls, una giustizia distributiva equa deve tener conto delle disuguaglianze immeritate, ossia delle differenze determinate da circostanze biologiche e sociali sulle quali l'individuo non ha alcun controllo, come il luogo di nascita, il patrimonio familiare o le doti naturali. Ne consegue che per Rawls diritti e libertà fondamentali (diritto alla salute, istruzione, partecipazione politica) debbano essere garantiti in modo uguale ed esteso a tutti i cittadini e che le ineguaglianze sociali ed economiche siano tollerate e organizzate solo se contribuiscono a migliorare la condizione dei meno avvantaggiati, e siano collegate a opportunità effettivamente aperte a chiunque, in condizioni di equità sostanziale. SI v., H. L. A. HART - J. RAWLS, Le libertà fondamentali, La Rosa Editrice, Torino 1994.

[40]H. KELSEN, La dottrina pura del diritto (Reine Rechtslehre),1960, 188 ss. Per il filosofo lo Stato non costituisce una realtà sociale, materiale o temporale, bensì un sistema normativo astratto: un insieme organizzato di norme che interpretano e regolano una molteplicità di atti umani. In tale prospettiva, l'unico oggetto d'indagine della scienza del diritto sono le norme giuridiche, mentre fatti sociologici, morali o politici non rientrano nel suo ambito di studio. L'ordinamento giuridico è concepito da Kelsen come una gerarchia di norme, riconducibili alla norma fondamentale (Grundnorm), che costituisce il presupposto ipotetico della validità di tutto il sistema normativo. In coerenza con questa impostazione, i diritti sociali, incluso il diritto alla salute, acquisiscono significato solo se espressi come norme positive effettive. Poiché nella visione kelseniana l'unica realtà rilevante è la norma, la tutela dei diritti sociali esiste solo nella misura in cui il sistema normativo li riconosca formalmente e li renda operativi tramite strumenti amministrativi e giuridici effettivi. Ne consegue che il diritto alla salute non è un valore morale o etico, bensì una norma prescrittiva la cui esistenza è significativa solo quando è verificabile e applicabile tramite l'organizzazione e il funzionamento del servizio sanitario pubblico. I diritti sociali, da questa prospettiva, sono

giuridica è sempre il risultato di una scelta di valore, e il diritto, nel prescrivere l'uguale, deve misurarsi con la tensione costante tra identità e differenza, tra generalità della norma e singolarità dei casi concreti. Attribuire valore all'eguaglianza, non significa solo richiamarla nominalmente, ma operare affinché essa si traduca in criteri normativi capaci di incidere sulle strutture sociali, rimuovendo disuguaglianze ingiuste e promuovendo condizioni reali di pari dignità e libertà per tutti. L'uguaglianza, così come tradizionalmente intesa nel pensiero giuridico-liberale, non è un concetto neutro, né un dispositivo sempre efficace per contrastare le relazioni di dominio. Anzi, in molte sue declinazioni storiche e normative, l'uguaglianza si è costruita sulla negazione delle differenze o sulla loro classificazione secondo schemi gerarchici, funzionali al mantenimento dell'ordine dominante. Il principio di uguaglianza, se inteso come mera uniformità del trattamento, può diventare uno strumento di omologazione che, lungi dal garantire giustizia, maschera le asimmetrie strutturali e finisce per escludere proprio coloro che differiscono dai modelli normativi di riferimento (tipicamente maschili ed eterosessuali). L'evoluzione storica ci ha mostrato che il diritto, proclamandosi neutro e ugualitario, abbia spesso riprodotto logiche patriarcali, trattando come universale un'esperienza particolare - quella maschile - e lasciando fuori dalle tutele normative le specificità dell'esperienza femminile. In questo senso, l'uguaglianza deve essere intesa non come cancellazione delle differenze, ma come riconoscimento e valorizzazione delle differenze stesse, in un quadro di pari dignità[42]. Solo così essa può divenire un autentico antidoto contro le relazioni di dominio, tra soggetti 'forti' e soggetti 'deboli'[43] e non un loro strumento di mascheramento.

---

parte di un sistema astratto di norme che vincolano comportamenti e prescrivono doveri, ma solo nella misura in cui trovino attuazione concreta nella realtà normativa e amministrativa. M.PROSPERO, Il pensiero giuridico di Kelsen in Romanian Political Science Review, vol. X, no. 4, 2010, 758 ss.

[41] N. BOBBIO, Eguaglianza e egualitarismo, in AA.VV., Eguaglianza e egualitarismo, Armando Editore, Roma, 1978, 14 [c]he l'eguaglianza […] sia un concetto generico e vuoto, che, se non è specificato o riempito non significa nulla è risaputo". Ibidem, Eguaglianza e libertà, Einaudi, Torino 1995.

[42] Sul differente significato di uguaglianza e differenza, L. FERRAJOLI, Il principio di uguaglianza e la differenza di genere, in giudicedonna. it, n. 3/2015, p. 1; R.RUBIO MARIN, I ruoli di genere all'interno della famiglia come questione costituzionale: il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, in G. BENACCHIO, M. GRAZIADEI (cur.), Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, Atti del IV congresso nazionale Sird, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, 161 ss; E. PAZÉ, Diseguali per legge. Quando è più forte l'uomo e quando è più forte la donna, F. Angeli, Milano, 2013.

[43] Sulle relazioni di potere basate sul genere e sulla coincidenza concettuale tra forza (fisica), soggettività e diritti che resta alla base di molti istituti, status o qualificazioni giuridiche, si v. J. STUART MILL,1869, 339; N. BOBBIO, Diritto e potere. Saggi su Kelsen, a cura di T. GRECO, introduzione di A. CARRINO, Giappichelli, Torino, 2014, 171 ss. La letteratura in tema di violenza, in particolare sulla dimensione giuridica della legittimazione della violenza "privata" ha dimostrato che il nesso tra il diritto e la forza-violenza non è neutro ma sessuato, e in quanto tale va interamente ripensato. La distinzione concettuale di genere è stata proposta per la prima volta dalla sociologa inglese ANNE OAKLEY in "Sesso, genere e società" pubblicato nel 1972, e fa riferimento ai comportamenti sociali determinati dalla differenziazione sessuale maschio/femmina. B. GELLI, Psicologia della differenza di genere, F.Angeli, Milano 2009, 18-19.


ISSN 2036-7821

In una prospettiva giustfemminista, risulta quanto mai attuale la constatazione secondo cui l'analisi della categoria di genere applicata al linguaggio giuridico costituisce un ambito di studi ancora relativamente recente, caratterizzato da uno sviluppo disomogeneo e da un interesse accademico altalenante[44]. Carenza nel linguaggio giuridico che ha prodotto effetti rilevanti anche in ambito sanitario, dove la pretesa neutralità del diritto ha spesso celato le specificità e le vulnerabilità proprie delle soggettività di genere, contribuendo a perpetuare diseguaglianze strutturali nell'accesso ai servizi, nella qualità delle prestazioni sanitarie, nell'indirizzo della ricerca e nella definizione delle politiche pubbliche in materia di salute. In ambito sanitario, il principio affermato nel secondo comma dell'art. 3 della Costituzione si traduce nell'obbligo per le istituzioni pubbliche di adottare politiche che riconoscano e valorizzino le differenze di genere, senza con ciò rinunciare all'obiettivo dell'universalità e dell'equità delle cure. Ben vent'anni fa, Letizia Gianformaggio osservava che "la legge discrimina, sempre. Opera generalizzazioni, distingue, classifica"[45]. Il diritto, nella sua dimensione normativa, si fonda strutturalmente su operazioni di selezione, distinzione e classificazione. Attraverso la formulazione di norme generali e astratte, il legislatore attribuisce status, riconosce diritti, impone doveri, determina sanzioni. In tale processo, ogni inclusione normativa implica necessariamente un'esclusione: ciò che è disciplinato per una certa categoria di soggetti non lo è, o lo è in modo diverso, per altre.

Questa logica classificatoria – che possiamo definire una "discriminazione strutturale" del diritto – non è di per sé illegittima. Essa diventa giuridicamente rilevante e censurabile quando le distinzioni operate risultano arbitrarie, irragionevoli o lesive di diritti fondamentali, in violazione del principio di eguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, co. 2, della Costituzione. L'eguaglianza giuridica formale, lungi dall'essere un principio vuoto o meramente simbolico, rappresenta uno dei modi fondamentali attraverso cui il diritto positivo afferma e prescrive l'eguaglianza tra i consociati[46]. Essa si esprime nel trattamento identico di

[44] In tal senso, E. IORIATTI FERRARI, Linguaggio giuridico e genere, in Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata, a cura di S. SCARPONI, 2 edizione, Cedam, Padova, 2016, 51.

[45] L.GIANFORMAGGIO, Eguaglianza e differenza: sono veramente incompatibili? in EAD., Eguaglianza, donne e diritto, a cura di A. FACCHI, C FARALLI, T. PITCH, Il Mulino, Bologna, 2005, 33-61, in particolare 43

[46] R. DWORKIN, Eguaglianza, voce in Enciclopedia delle Scienze Sociali, Treccani, Roma, vol. III, 1993. Il concetto di eguaglianza è ripreso anche da Aristotele, il quale lo collega strettamente al concetto di giustizia: l'uomo ingiusto è colui che vuole avere più di quanto gli spetta, cioè chi è nemico dell'uguaglianza, mentre l'uomo giusto è colui che rispetta l'uguaglianza. Vi è dunque un nesso diretto fra uguaglianza e giustizia, e ciò si riproduce a livello istituzionale: " […] E l'uguaglianza dovrà essere la stessa, tra le persone come tra le cose: infatti, il rapporto tra le cose deve essere lo stesso che quello tra le persone. Se queste, infatti, non sono uguali, non avranno cose uguali; ma le lotte e le recriminazioni è allora che sorgono: o quando persone uguali hanno o ricevono cose non uguali, o quando persone non uguali hanno o ricevono cose uguali" in Etica Nicomachea, V, 3, 1154a 20-1160a 25, cit., 195.


ISSN 2036-7821

situazioni giuridicamente uguali, assicurando che la legge si applichi in modo imparziale a tutti i soggetti appartenenti alla stessa categoria normativa. Tuttavia, l'eguaglianza formale, intesa come uniformità del trattamento legislativo, non è di per sé sufficiente a garantire il pieno conseguimento dell'eguaglianza sostanziale. Infatti, quando le condizioni di partenza dei soggetti sono profondamente diseguali, l'applicazione indifferenziata di una norma eguale per tutti può condurre a esiti iniqui, consolidando – anziché correggere – le disparità preesistenti. È in tale prospettiva che la Costituzione italiana, all'art. 3, co. 2, assegna alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Questo passaggio dalla mera parità formale alla eguaglianza sostanziale segna una evoluzione del principio di eguaglianza da criterio statico a strumento dinamico di giustizia sociale, imponendo all'ordinamento di riconoscere e, se necessario, compensare le differenze rilevanti con misure adeguate e differenziate[47]. Nel settore della sanità, ciò implica che una politica realmente egualitaria non può basarsi esclusivamente su regole formalmente neutre, ma deve tener conto delle differenze biologiche, sociali e culturali, come quelle che riguardano la condizione femminile, per garantire un accesso equo ed effettivo al diritto alla salute[48]. In tal modo, l'eguaglianza giuridica assume una funzione strumentale: non un fine in sé, ma un mezzo per realizzare concretamente la dignità e i diritti della persona, in coerenza con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. I diritti esistono solo se effettivi, se in grado di garantire una concreta incidenza sulla condotta sociale, diversamente in assenza di operatività, essi restano meri enunciati, inadeguati a tutelare la persona[49].

Nel campo della tutela della salute queste discriminazioni possono assumere una connotazione sistemica e invisibile, in particolare nei confronti delle donne e delle categorie più fragili. Sebbene il diritto alla salute sia riconosciuto come diritto fondamentale dell'individuo (art. 32 Cost.) e il principio di parità tra uomini e donne

[47] M. AINIS, La riforma dell'art. 51 Cost. e i suoi riflessi nell'ordinamento, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), La parità dei sessi nella rappresentanza politica, Torino, 2003, 25, evidenzia che nonostante in Italia le leggi sulla parità e i diritti delle donne siano tra le più avanzate, nella realtà concreta la condizione femminile continua a essere segnata da disuguaglianze e ingiustizie che il diritto, da solo, non riesce a colmare. In breve: le leggi ci sono, ma non bastano: la realtà è ancora lontana dall'uguaglianza formale sancita dal diritto.

[48] A. LORENZETTI, L'accesso a beni e servizi sanitari come prisma dell'uguaglianza, fra non discriminazione, parità, diritto alla differenza: verso la formulazione di un principio di anti-subordinazione di genere, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), 70 anni dopo, tra uguaglianza e differenza, Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo, Giappichelli, Torino, 2019, 248.

[49] Per il principio di effettività, il diritto positivo è tale solo se reale ed applicato. Non basta che esso sia solo formalmente previsto: è l'effettiva osservanza e applicazione normativa a conferirgli consistenza giuridica e valore sociale. Il sistema giuridico deve essere in grado di garantire una concreta incidenza sulla condotta sociale e la sua tutela mediante strumenti procedurali, amministrativi e giudiziari che ne consentano l'effettività e l'operatività concreta.


ISSN 2036-7821

trovi fondamento negli artt. 3 e 51 della Costituzione, nella prassi normativa e amministrativa si riscontrano asimmetrie di trattamento che si traducono in una minore tutela per la salute femminile. Tali discriminazioni si manifestano, ad esempio, nella sottorappresentazione delle donne nella ricerca clinica e farmacologica, che produce protocolli terapeutici calibrati sul modello biologico maschile, in violazione del principio di uguaglianza sostanziale; nella non adeguata considerazione delle specificità femminili nei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), nei piani di prevenzione e nei programmi di medicina territoriale; nell'insufficiente accessibilità ai servizi di salute riproduttiva, che incide in modo diretto sul godimento effettivo del diritto alla salute e sull'autonomia personale; nella trascuratezza del dolore e della malattia femminile[50] che spesso non riceve un'attenzione proporzionata alla sua incidenza sociale.

La Corte costituzionale, pur non avendo affrontato in modo sistematico la questione della medicina di genere, ha più volte affermato che le differenziazioni normative sono legittime solo se fondate su criteri oggettivi e razionali e se rispondono a un ragionevole bilanciamento tra eguaglianza formale e sostanziale [51]. Quando la legge o la pubblica amministrazione non tengono conto delle differenze rilevanti - come quelle biologiche, ormonali e psicosociali tra uomo e donna - l'uniformità del trattamento si tramuta in diseguaglianza sostanziale, violando l'art. 3 Cost. La Costituzione impone un obbligo positivo allo Stato: quello di rimuovere tali ostacoli mediante politiche pubbliche di tutela differenziata, fondate su evidenze scientifiche, sulla medicina di genere (legge n. 3/2018) e su un effettivo accesso paritario ai servizi. Solo attraverso l'adozione di un approccio normativo e amministrativo sensibile al genere sarà possibile realizzare un sistema sanitario conforme ai principi costituzionali di eguaglianza, dignità, universalità e solidarietà, evitando che il diritto, nel suo esercizio ordinario, perpetui o aggravi discriminazioni strutturali già presenti nel tessuto sociale.

Nel sistema sanitario nazionale, tuttavia, le differenze di genere vengono spesso ignorate o neutralizzate attraverso protocolli clinici, linee guida terapeutiche e pratiche diagnostiche modellate su un corpo maschile considerato neutro e

[50] Ad esempio, l'endometriosi (patologia che nel 30% porta l'infertilità) solo nel 2017 è stata riconosciute nei LEA come patologia cronica e invalidante, ma unicamente per gli stadi più avanzati, cioè livello moderato o grave (Allegato 8, DPCM 12 gennaio 2017); tuttavia, l'approvazione del nuovo nomenclatore tariffario, per la copertura dei costi, ha richiesto ben otto anni di tempo ed è arrivata solo nel dicembre 2024. Quindi le donne che non abbiano una diagnosi di III e IV stadio (diagnosi che arriva grazie ad esame istologico e quindi solo a chi affronta un intervento chirurgico) non ha diritto a rientrare nei LEA e nell'esenzione. Invece, il dolore cronico e le problematiche connesse alla menopausa non sono considerate nei LEA come patologie invalidanti.

[51] B. PEZZINI, Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. Il principio antisubordinazione di genere, in 70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo, a cura di B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Torino, 2019, 9 ss. Sul ruolo delle Corte costituzionale, E. NAVARRETTA, Diritti delle donne e parità di genere. Gli itinerari tracciati dalla Corte costituzionale, Forum di Quaderni Costituzionali, 2, 2024, 202 ss.


ISSN 2036-7821

universale. Tale impostazione, lungi dal garantire eguaglianza, determina gravi criticità: numerose patologie esclusivamente femminili[52] sono solo alcune delle evidenze che dimostrano l'urgenza di un approccio di genere alla medicina e all'organizzazione del sistema sanitario. Occorre dunque superare una concezione astratta di eguaglianza, che postula identità tra i soggetti, per adottare una nozione relazionale e sostanziale della parità, che riconosca le differenze come fattori giuridicamente rilevanti, capaci di orientare l'azione amministrativa verso modelli più inclusivi e rispettosi della diversità. La salute delle donne non può essere garantita attraverso un approccio neutro o "neutro per default maschile", ma richiede interventi mirati, accesso equo alle cure, politiche sanitarie inclusive e strumenti di contrasto alle discriminazioni di genere, ancora oggi presenti in vari ambiti della medicina e del sistema sanitario[53].

Questa integrazione della prospettiva di genere nella governance sanitaria non può essere ridotta a un adempimento formale, ma deve tradursi in strumenti normativi e organizzativi concreti: raccolta e utilizzo di dati disaggregati per sesso, promozione della medicina di genere, definizione di LEA che rispondano anche alle specificità dei percorsi di salute e malattia femminili, formazione del personale sanitario. Solo così sarà possibile dare attuazione piena al diritto alla salute, inteso non come diritto neutro e astratto, ma come diritto differenziato, egualitario e rispettoso della dignità della persona nella sua interezza biologica e sociale. Il principio di sostenibilità economica del sistema sanitario non può essere perseguito in antitesi, ma solo in sintonia, con i principi costituzionali di parità, uguaglianza e promozione delle pari opportunità, richiamando le istituzioni a una responsabilità attiva nella rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno esercizio del diritto alla salute da parte delle donne. L'introduzione di logiche economico-gestionali nel settore sanitario, se correttamente governate, possono contribuire alla costruzione di un modello di sanità pubblica avanzato, capace di garantire la sostenibilità del sistema senza compromettere l'universalità, l'equità e l'accessibilità delle prestazioni sanitarie. In tale contesto, l'efficienza e la competitività devono essere armonizzate con esigenze di sostenibilità sociale, responsabilità pubblica e umanizzazione delle cure, al fine di assicurare un equilibrio tra la razionalizzazione della spesa e l'effettiva realizzazione del diritto alla salute come diritto fondamentale e interesse della collettività. Soluzioni realmente efficaci e strutturali alle criticità del sistema non possono prescindere da un'analisi complessa e multidimensionale, che travalichi i confini del mero approccio tecnico, gestionale o economico. È necessario, infatti, collocare ogni intervento normativo e organizzativo all'interno di un orizzonte più ampio di

[52] Si pensi alle malattie cardiovascolari sotto-diagnosticate nelle donne, al dolore cronico non adeguatamente trattato, gli effetti avversi ai farmaci più frequenti per la mancata differenziazione nei trial clinici.

[53] A.PIOGGIA, Consenso informato ai trattamenti sanitari e amministrazione della salute, in Riv. trim. dir. pubbl., 2011, osserva che il diritto alla parità di genere non coesiste 'semplicemente con, ma vive nel diritto alla salute'


ISSN 2036-7821

riflessione, che comprenda valutazioni di ordine sociologico, etico e culturale[54], prima ancora che strettamente politico o amministrativo La sanità, in quanto ambito in cui si intrecciano diritti fondamentali, risorse pubbliche e visioni della persona, non può essere governata unicamente secondo logiche di efficienza o produttività, ma richiede una visione capace di integrare i saperi e i valori che fondano la convivenza democratica. Il confronto deve dunque ampliarsi, includendo il dibattito pubblico, il dialogo interdisciplinare e l'ascolto delle istanze sociali, così da orientare le scelte normative e amministrative in modo coerente con i principi costituzionali di eguaglianza, solidarietà e tutela della dignità umana [55]. L'Amministrazione sanitaria è oggi chiamata a fronteggiare sfide che impongono l'integrazione sistematica della prospettiva di genere nelle politiche pubbliche, mediante l'adozione del gender mainstreaming quale strumento strategico di pianificazione e valutazione. In tale quadro, la Strategia UE per la Parità 2020–2025 e la Roadmap 2025, inserite nell'ambito dell''Union of Equality', sanciscono l'obbligatorietà dell'inclusione della dimensione di genere in tutte le politiche europee, con ricadute dirette sul settore sanitario. Ne deriva la necessità di promuovere una governance orientata al rispetto e alla tutela dei diritti fondamentali e di sviluppare modelli organizzativi e gestionali idonei a riconoscere e valorizzare le differenze biologiche e socioculturali tra uomini e donne, incidendo in particolare sulla produzione e analisi dei dati, sulla ricerca scientifica, sulla definizione delle priorità e sui meccanismi di monitoraggio e accountability. Tale approccio non solo risponde a principi costituzionali di eguaglianza e non discriminazione, ma rappresenta altresì una condizione necessaria per assicurare l'efficacia, l'equità e la qualità dei servizi sanitari.

[54] A. SABATINI, Il sessismo nella lingua italiana, in Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana, Roma, Presidenza del Consiglio dei ministri e Commissione Nazionale per la realizzazione della parità tra uomo e donna, 1987; UNESCO, Guide to Non-Sexist Language, 1987; UNESCO, Guide on Gender Neutral Language, 1999; UNESCO, Guidelines for Gender-Inclusive Language, 2019. S. DE BEAUVOIR, Il secondo sesso, Milano, Il Saggiatore, 2012. Atti del Convegno Il Sessismo nella lingua italiana. Trent'anni dopo Alma Sabatini. Linguaggio, diritto, politica e società, Modena, 30 marzo 2017, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

[55] V. VERDOLINI, La salute incarcerata: analisi comparata di modelli di sanità penitenziaria, F. Angeli, 2007; M. V. VALENTINO, Diritto alla salute e carcere dall'ottica della detenzione femminile, in AA.VV., La tutela della salute in carcere tra diritto vigente e diritto vivente, Antigone.it, n.1/2, 2016, pp.85-114. Il sistema penitenziario italiano, storicamente modellato sulla popolazione detenuta maschile, risulta inadeguato a garantire il pieno rispetto dei diritti fondamentali delle donne detenute. In tale contesto, il diritto alla salute delle donne assume una valenza complessa e multidimensionale, che impone una rilettura in chiave sostanziale. La salute, in questo quadro, si configura come presupposto essenziale per la tutela della dignità e per il pieno sviluppo della persona, ai sensi degli artt. 3, 27 e 32 della Costituzione e non può essere ridotto alla mera assenza di malattia. Emerge l'urgenza di un intervento riformatore specifico, finalizzato a superare la marginalità strutturale della detenzione femminile. Le donne recluse presentano esigenze peculiari, di natura fisica, psicologica e socio-relazionale, che richiedono una risposta differenziata e non riducibile alla sola tutela della maternità o della gravidanza. La prospettiva di genere deve essere integrata nella gestione dell'esecuzione penale, attraverso politiche penitenziarie inclusive, che tengano conto delle specificità femminili nell'organizzazione delle strutture, nella formazione del personale, nei programmi trattamentali e nella tutela della salute.


ISSN 2036-7821

### *3. Gender mainstreaming nelle politiche sanitarie europee.*

In una prospettiva evolutiva del processo di integrazione europea, la tutela della salute non ha rappresentato, in origine, una competenza centrale dell'ordinamento comunitario. Il Trattato di Roma del 25 marzo 1957, atto fondativo della Comunità Economica Europea, riserva infatti solo un rilievo marginale alla sanità pubblica, considerandola ambito di esclusiva competenza degli Stati membri. In tale contesto, la salute viene richiamata unicamente come possibile giustificazione per derogare ai principi del mercato interno, in particolare alla libera circolazione delle merci, come previsto dall'art. 36 del Trattato CEE, che ammette divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione o al transito motivati da esigenze sanitarie. Una prima apertura verso una cooperazione sovranazionale in materia sanitaria si registrerà solo negli anni successivi, al di fuori del perimetro strettamente comunitario, attraverso l'adozione della Carta sociale europea del 18 ottobre 1961, promossa dal Consiglio d'Europa, che riconosce esplicitamente il diritto alla protezione della salute come diritto sociale fondamentale[56]. Sarà tuttavia solo con l'adozione del Trattato di Maastricht nel 1992 (art. 129) che la tutela della salute acquisterà uno status giuridico autonomo all'interno dell'architettura dell'Unione, venendo formalmente inserita tra gli obiettivi espliciti dell'azione comunitaria.[57]. Successivamente, con il Trattato di Amsterdam del 1997 si assisterà a un ulteriore rafforzamento del ruolo dell'Unione in materia sanitaria: l'art. 129 del trattato CE viene riformulato e rinumerato come art. 152 del Trattato CE, segnando un passaggio significativo non solo sul piano formale, ma anche sotto il profilo sostanziale[58]. A differenza del suo predecessore, infatti, il nuovo art. 152 amplia sensibilmente la sfera di operatività dell'Unione, attribuendo rilievo autonomo alla protezione della salute pubblica e affermando esplicitamente l'obiettivo di un elevato livello di protezione della salute umana in tutte le politiche e attività dell'Unione. La norma consolida, inoltre, la base giuridica per lo sviluppo di strategie comuni, rafforzando la cooperazione tra Stati membri e prevedendo misure volte alla prevenzione delle malattie, alla promozione della salute e alla lotta contro i fattori di rischio, con particolare attenzione ai determinanti sociali e ambientali della salute. Inoltre, negli ultimi anni, l'Unione europea ha intensificato l'adozione di raccomandazioni e atti di soft law volti a favorire il coordinamento tra gli Stati membri nel settore della sanità pubblica, promuovendo un approccio integrato che includa la prospettiva di genere nelle politiche sanitarie. Tali strumenti, pur nel rispetto delle competenze nazionali,

[56] La versione attuale della Carta Sociale Europea, firmata a Strasburgo il 3 maggio 1996 è in vigore dal 1° luglio 1999 è visionabile su https://rm.coe.int/168047e179.

[57] Trattato sull'Unione europea in https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/it/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/maastricht-treaty.

[58]Firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997 e pubblicato in GUCE, C 340 del 10 novembre 1997, p. 1-144 in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=IT.


ISSN 2036-7821

mirano a orientare le strategie nazionali verso un sistema più equo e inclusivo, capace di affrontare le disuguaglianze sanitarie, anche quelle connesse a fattori strutturali e culturali legati al genere, e di garantire una tutela effettiva del diritto alla salute per tutti i cittadini europei. Il *gender mainstreaming* nell'ambito delle politiche sanitarie dell'Unione Europea si configura come uno strumento strategico volto a garantire l'integrazione trasversale della dimensione di genere nei processi normativi e programmatori dell'Unione e promuovere l'equità sostanziale nella tutela della salute per l'intera collettività. In tale prospettiva, esso contribuisce anche al processo di armonizzazione delle normative sanitarie degli Stati membri, orientando le legislazioni nazionali verso modelli sensibili alle differenze di genere, in coerenza con i principi e gli obblighi sanciti dall'ordinamento dell'Unione. Tale approccio trova fondamento nella Carta di Ottawa per la promozione della salute che ha individuato nella riduzione delle disuguaglianze sanitarie e nel rafforzamento dell'empowerment individuale e collettivo due assi strategici fondamentali per la salute pubblica globale[59]. In questo contesto, la promozione della salute femminile emerge come elemento centrale per orientare le politiche sanitarie europee verso un modello inclusivo e sensibile alle differenze di genere, in grado di affrontare le specifiche vulnerabilità e le disuguaglianze strutturali che caratterizzano l'accesso e la fruizione dei servizi sanitari. Tuttavia, nonostante l'affermazione, a livello internazionale e nazionale, del principio secondo cui la salute e l'equità debbano essere integrate in tutte le politiche pubbliche, e le reiterate dichiarazioni politiche volte a integrare la salute e l'equità in tutte in tutte le politiche settoriali, si rileva una carenza di investimenti strutturali nei sistemi sanitari ed assistenziali. Carenze che nel settore sanitario ed assistenziale hanno contribuito in modo significativo ad accentuare le disuguaglianze di genere, sia sul piano professionale che nell'accesso ai servizi. In particolare, tali carenze hanno prodotto effetti regressivi sull'accessibilità, sulla qualità e sull'efficienza dei servizi destinati specificamente alla tutela della salute delle donne[60]compromettendo il godimento effettivo del diritto alla salute in una prospettiva di parità sostanziale, alimentando il dibattito sulla peculiarità delle vicende che riguardano il corpo femminile e la persona nella sua specificità e una riflessione sulla considerazione del maschile come parametro di riferimento e del femminile come eccezione ad esso, implicitamente segnato da un segno di disvalore. Questa dinamica ha alimentato un ampio dibattito accademico e politico sulla necessità di riconoscere le specificità biologiche, psicologiche e sociali del corpo e dell'esperienza femminile. In particolare, si rende necessaria una revisione critica dell'impianto normativo e assiologico tradizionale, storicamente connotato da un

[59] M.P. IADICICCO, Frontiere e confini del diritto alla salute, in Dir. soc., 2019, n. 1, 63. G. FARES, La tutela della salute del cittadino europeo: diritto o libertà?, fasc.n.2, 2019, dirittifondamentali.it.

[60] Si pensi ai servizi di interruzione della gravidanza, alle diagnosi prenatali, alle cure riproduttive.


ISSN 2036-7821

paradigma androcentrico, il quale ha assunto il soggetto maschile quale archetipo normativo generalizzato, con conseguente marginalizzazione sistemica delle specificità femminili, intese come deviazioni rispetto a un presunto standard neutro, ma di fatto parziale[61]. Questa linea interpretativa ha contribuito a una sottovalutazione sistemica delle esigenze sanitarie delle donne, con implicazioni rilevanti sia sul piano dell'equità che su quello dell'efficacia delle politiche di promozione della salute. In tale contesto si è riacceso il dibattito giuridico e dottrinale sulla rilevanza della corporeità femminile come luogo di specificità e vulnerabilità, richiamando la necessità di superare il modello androcentrico che, anche nel campo del diritto alla salute, ha tradizionalmente assunto il maschile come parametro normativo di riferimento, relegando il femminile a un'eccezione implicitamente connotata in termini di minor valore o devianza. Si comprende quindi, l'urgenza di riformulare le politiche sanitarie e assistenziali secondo un approccio intersezionale e differenziato, capace di riconoscere le peculiarità dell'esperienza femminile. In ambito sanitario, ciò implica il riconoscimento delle differenze legate al genere non come elemento neutro, ma come dato giuridicamente rilevante e conseguentemente l'attivazione di un processo di differenziazione delle ricerche scientifiche in ordine alla ricaduta sulle donne su tutti i profili medici e farmacologici[62]. La salute femminile richiede un approccio che valorizzi le differenze naturali al fine di garantire un'effettiva equità nell'accesso, nella qualità e nell'appropriatezza delle cure. La promozione del pluralismo e la tutela delle soggettività svantaggiate, in questo contesto, si traducono nella necessità di adottare politiche sanitarie mirate, capaci di affrontare le disuguaglianze strutturali che colpiscono le donne, sia in termini di offerta di servizi, sia nella produzione di conoscenze medico-scientifiche, spesso modellate su un paradigma maschile. A partire dagli anni '80, l'Unione Europea ha sviluppato politiche di azioni positive volte a garantire l'uguaglianza sostanziale di genere nella tutela della salute, riconoscendo la necessità di contrastare le disuguaglianze che penalizzano le donne nei percorsi di prevenzione, diagnosi, cura e accesso ai servizi sanitari. Tali iniziative hanno costituito il nucleo originario di una più ampia evoluzione normativa e politica che ha portato all'integrazione della prospettiva di genere nelle politiche sanitarie europee, contribuendo alla definizione di strumenti orientati alla raccolta di dati disaggregati per sesso, alla promozione della ricerca clinica inclusiva e allo sviluppo di linee guida sanitarie sensibili alle differenze di genere. In particolare, l'Unione europea a partire dal 1982 ha adottato programmi multipli: il primo programma d'azione (1982-85) puntava al ruolo delle donne nel lavoro e nella formazione ed a incoraggiare la presenza delle donne nei

[61] Il modello androcentrico storicamente ha assunto il maschile come parametro normativo universale, relegando il femminile a una condizione eccezionale e spesso svalorizzata.

[62] In tal senso, E. CATELANI, Eguaglianza e differenza: una dicotomia o due valori complementari? in Uguaglianza o differenze di genere? Prospettive a confronto, in costituzionalismo.it,72.


ISSN 2036-7821

settori decisionali e l'adozione di misure per conciliare la vita familiare e quella lavorativa. Il secondo programma d'azione (1986-90) introdusse interventi relativi all'occupazione femminile in attività collegate alle tecnologie e alla conciliazione tra lavoro e vita privata. Dal 1991, con il terzo programma di pari opportunità (1991-1995), iniziò a emergere il concetto di *gender mainstreaming*, poi formalmente sancito nel Trattato di Amsterdam del 1997 (in vigore nel 1999), con gli articoli quali il §2 dell'art. 3 (pari opportunità), l'art. 8 TFEU e l'art. 13 (non discriminazione) si mirò a rafforzare la partecipazione delle donne in politica e nei media, sensibilizzando l'opinione pubblica sulla parità di genere, sull'immagine delle donne nei mass media e sulla partecipazione delle donne al processo decisionale a tutti i livelli e in tutti i settori della società**.** L'Unione europea nel 1997 aveva manifestato una chiara volontà politica di affrontare le specificità della salute femminile, pubblicando il rapporto "The State of Women's Health in the European Community", finalizzato all'individuazione di specifici indicatori di salute femminile e alla raccolta sistematica di dati disaggregati per sesso. Tale iniziativa si inscrive in una strategia di lungo periodo volta a colmare i divari di genere nell'accesso ai servizi sanitari e nella qualità dell'assistenza erogata. Nello stesso la Commissione europea nominò *Gender Mainstreaming Officers* e predispose linee guida per l'analisi d'impatto di genere (gender impact assessments). Con il quarto programma d'azione (1996-2000) l'UE fece diventare il *gender mainstreaming* una strategia che prevedesse l'integrazione della dimensione di genere in tutte le politiche comunitarie, richiedendo a tutti gli attori del processo politico di adottare una prospettiva di genere. Successivamente, nel 2007 è stato istituito lo European Institute of Women's Health (EIWH), organismo dedicato al monitoraggio e alla promozione della salute femminile nei Paesi membri, con un approccio evidence-based e sensibile alle differenze di genere. Impegno dell'UE, ulteriormente rafforzato nel 2010 con l'adozione della "Carta delle Donne" documento politico programmatico ove si riafferma il principio del rispetto della dignità, dell'integrità fisica e psichica delle donne, nonché la necessità di un'azione coordinata in materia di diritti fondamentali e non discriminazione. Nel 2007 è entrato in vigore l'European Institute for Gender Equality (EIGE)[63], con il mandato di supportare le istituzioni europee e gli Stati membri nella promozione dell'uguaglianza di genere attraverso attività di ricerca, raccolta dati, sviluppo di indicatori e monitoraggio delle politiche pubbliche. L'EIGE ha elaborato l'Indice sulla parità di genere[64] il quale fornisce strumenti di misurazione delle diseguaglianze

[63] Cfr. Regolamento (CE) n.1922/2006 che istituisce un Istituto europeo per l'uguaglianza di genere (EIGE) entrato vigore dal 19 gennaio 2007 ma operativo dal 2009.

[64] L'Indice sulla parità di genere è un indicatore composito che misura il complesso concetto di parità di genere e, sulla base del quadro politico dell'UE, contribuisce a monitorare i progressi compiuti in materia di parità di genere in tutta l'UE. L'ultima edizione del Gender Equality Index, pubblicato il 10 dicembre 2024 sintetizza in un unico dato il livello di parità di genere raggiunto dai 27 Stati Membri dell'Unione Europea, restituendo un'analisi di


ISSN 2036-7821

anche in ambito sanitario, facilitando la definizione di politiche basate su evidenze scientifiche e comparabili tra Stati membri.[65]

All'interno del diritto dell'Unione Europea, l'integrazione sistemica della prospettiva di genere nelle politiche sanitarie ha acquisito crescente rilievo quale risposta normativa e strategica al perdurare di diseguaglianze strutturali nell'accesso, nella qualità e negli esiti dei servizi sanitari tra uomini e donne. È progressivamente maturata la consapevolezza che, nelle politiche sanitarie dell'Unione Europea, la tutela della salute femminile debba configurarsi come ambito prioritario di intervento, nella consapevolezza che la piena realizzazione del diritto alla salute passa necessariamente per il riconoscimento delle specificità di genere e per la rimozione degli ostacoli strutturali e normativi che ne impediscono l'effettivo esercizio in tutti gli Stati membri. Questa prospettiva trova un consolidamento normativo e politico, attraverso l'art. 168 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea adottato con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (TFUE, già art. 152 TCE), integrato successivamente dall'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) [66] il quale impone a tutte le politiche e attività dell'Unione un obbligo di risultato, finalizzato ad assicurare un livello elevato di protezione della salute umana. È fondamentale evidenziare come l'art. 35 della CDFUE che prevede che debba essere garantito "un livello elevato di protezione della salute umana, unitamente ai principi affermati dagli articoli 21 (non discriminazioni) e 23 (parità) fornisce il quadro normativo essenziale per qualificare la medicina di genere come strumento di uguaglianza sostanziale, orientando la definizione e l'attuazione delle politiche sanitarie e delle attività dell'Unione.

Inoltre, si riconosce il diritto alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche in

performance complessiva misurata attraverso la combinazione di 31 indicatori, a loro volta aggregati in 14 variabili, poi raggruppate in sei dimensioni: Lavoro, Denaro, Conoscenza, Tempo, Potere e Salute. La maggior parte dei dati utilizzati per la costruzione dell'Indice del 2024 fa riferimento all'anno 2022 e proviene da elaborazioni statistiche portate avanti da Eurostat, Eurofound e EIGE stesso. Nel Gender Equality Index 2024, la Svezia si conferma al vertice della graduatoria, mantenendo la propria posizione di leadership sin dalla prima edizione, totalizzando un punteggio pari a 82. Seguono, in posizione di parità al secondo posto, la Danimarca e i Paesi Bassi. Completano le prime sei posizioni la Spagna, classificatasi al quarto posto, e, a pari merito in quinta posizione, il Belgio e la Francia, mentre l'Italia, si colloca al quattordicesimo posto, perdendo una posizione rispetto al 2023, superato da Malta. Tale classificazione riflette un livello elevato di conformità ai principi di parità di genere sanciti a livello europeo, nonché un'efficace attuazione delle relative politiche pubbliche e normative.

[65] A. SIMONATI, La cittadinanza di genere : le nuove frontiere dell'uguaglianza fra uomini e donne, 2024 - Editoriale Scientifica, pp. 207-223.

[66] Va ricordato che la tutela del diritto alla salute nell'Unione europea trova espressa consacrazione nella rubrica dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea approvata nel 2000 ma diventata giuridicamente vincolante solo con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il 1 dicembre 2009 ha rappresentato il primo "mattone" della costituzione europea. La disposizione riconosce il diritto di ogni persona di accedere alla protezione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali, precisando altresì, che l'Unione deve garantire "un alto livello di protezione della salute umana". GUCE, C 364 del 18 dicembre 2000, p. 1-22, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C: 2000:364: FULL&from=IT.


ISSN 2036-7821

un'accezione ampia e inclusiva, riferendosi espressamente alla tutela della salute delle "persone" e non limitandola ai soli "cittadini". Tale formulazione lessicale estensiva sottolinea la volontà del legislatore europeo di garantire l'accesso alle prestazioni sanitarie quale diritto fondamentale universale, indipendentemente dalla cittadinanza o dallo status giuridico, in linea con i principi di uguaglianza, non discriminazione e dignità della persona umana sanciti dall'ordinamento dell'Unione. In altri termini, la salute pubblica diviene area di intervento che deve ispirarsi ai principi di universalità, equità e accesso non discriminatorio[67]. A livello normativo, l'articolo 168 del TFUE qualifica la tutela della salute pubblica come ambito di intervento dell'Unione, nel rispetto del principio di sussidiarietà. Esso conferisce all'Unione un ruolo di sostegno, coordinamento e completamento rispetto alle politiche sanitarie nazionali, riservando agli Stati membri la competenza primaria in ordine alla definizione, organizzazione e gestione dei propri sistemi sanitari. Ma al contempo, la disposizione impone alle istituzioni europee di integrare un elevato livello di protezione della salute umana in tutte le politiche e azioni dell'Unione, promuovendo forme di cooperazione interstatale e l'elaborazione di strategie comuni orientate al miglioramento complessivo della salute nei territori degli Stati membri. In tale contesto, rilevano in particolare le misure volte a contrastare le diseguaglianze sanitarie, con specifica attenzione ai bisogni dei gruppi più esposti a rischi di esclusione, inclusi quelli connessi alle differenze di genere. Tale norma, pur lasciando ai singoli ordinamenti la responsabilità primaria in materia di organizzazione dei servizi sanitari, consente e incoraggia azioni comuni volte alla riduzione delle diseguaglianze sanitarie, anche con attenzione ai fattori di vulnerabilità legati al genere. Le fonti di attuazione europee, in particolare il Regolamento (UE) 2021/522 che istituisce il Programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021–2027 (EU4Health), hanno colto l'opportunità offerta dalla crisi pandemica per promuovere una riflessione strutturata sulla necessità di ridurre le disuguaglianze in ambito sanitario, attribuendo crescente rilievo all'integrazione della prospettiva di genere nelle politiche pubbliche in materia di salute. A tal riguardo, la Strategia UE per la Parità 2020–2025 e la Roadmap 2025 ribadiscono il gender mainstreaming come principio orizzontale, con impatti diretti non solo sul settore sanitario e sulla produzione e analisi dei dati, ma anche nella prevenzione della violenza di genere, nella promozione dell'uguaglianza di opportunità, nella lotta agli stereotipi di genere e nel colmare il divario di genere nel mercato del lavoro".

Rispetto all'art. 168 del TFUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - che, ai sensi dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea ha valore giuridicamente

[67] Il TFUE trae origine dal Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea (CEE) firmato a Roma nel 1957. Il TFUE, nella sua forma attuale, deriva dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 e in vigore dal 1° dicembre 2009. Il Trattato di Lisbona ha modificato il TUE e il TCE, quest'ultimo ridenominato TFUE.


ISSN 2036-7821

vincolante - riconosce e tutela esplicitamente il diritto alla non discriminazione e alla protezione della salute come diritti fondamentali, strettamente interconnessi. In particolare, l'articolo 21 stabilisce il divieto generale di ogni forma di discriminazione fondata, tra l'altro, sul sesso, l'età, la disabilità e l'orientamento sessuale, sancendo così un principio di eguaglianza sostanziale che impone agli Stati membri e alle istituzioni europee l'obbligo di garantire trattamenti paritari in ogni ambito della vita sociale, incluso quello sanitario. Inoltre, l'articolo 35 (Protezione della salute) riconosce il diritto alla prevenzione sanitaria e al beneficio di cure mediche secondo modalità conformi alle legislazioni e prassi nazionali, ma comunque coerenti con i principi di dignità umana, equità e universalità, in un quadro che valorizza le differenze, comprese quelle legate al genere. Esso attribuisce al diritto alla salute una dimensione fondamentale, tanto individuale quanto collettiva, collocandolo tra i beni giuridici essenziali dell'ordinamento europeo e fondamento di una cittadinanza attiva e inclusiva. In tale contesto, la Carta impone agli Stati membri non solo l'obbligo di non discriminare nell'accesso e nella fruizione dei servizi sanitari, ma anche un dovere proattivo di rimozione degli ostacoli che, di fatto, impediscono l'eguale esercizio del diritto alla salute da parte di soggetti in condizioni di vulnerabilità, tra cui le donne, i minori, le persone con disabilità e i soggetti economicamente svantaggiati. Solo negli ultimi anni, il quadro normativo e strategico dell'Unione Europea ha conosciuto una progressiva istituzionalizzazione del principio del gender mainstreaming anche in ambito sanitario, riconoscendo la necessità di sviluppare politiche pubbliche capaci di integrare in modo strutturale la dimensione di genere nella pianificazione, erogazione e valutazione dei servizi sanitari, emergendo come obiettivo prioritario delle politiche pubbliche anche in un'ottica di genere. In particolare, l'integrazione del principio del gender mainstreaming nelle strategie sanitarie dell'UE ha condotto a un progressivo riconoscimento della salute delle donne quale ambito specifico e meritevole di interventi normativi mirati, in funzione del superamento delle disuguaglianze strutturali e del pieno esercizio del diritto alla salute da parte di tutti i soggetti, indipendentemente dal sesso o dall'identità di genere. La Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea rafforza tale impostazione: l'art. 35 tutela il diritto all'assistenza sanitaria preventiva e all'accesso alle cure "alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali", mentre l'art. 23 sancisce l'eguaglianza tra uomini e donne in tutti i settori, imponendo un principio di parità orizzontale anche in ambito sanitario. Il punto di svolta si è poi avuto con la Strategia per la parità di genere 2020–2025[68], adottata dalla Commissione Europea, che

[68] La Commissione Europea a in coerenza con la Strategia per la parità di genere 2020-2025 dell'Unione Europea e con l'obiettivo di definire i percorsi per garantire l'uguaglianza di genere, ha previsto, tra le altre cose, che le istituzioni pubbliche che vogliano accedere ai finanziamenti del programma Horizon Europe debbano dotarsi del


ISSN 2036-7821

esplicitamente richiama l'importanza di un approccio sensibile al genere nell'ambito della salute pubblica, sia in termini di ricerca che di accesso ai servizi. In tale documento, l'UE si impegna a promuovere una medicina personalizzata e non neutra, volta a colmare il gap storico nei modelli diagnostico-terapeutici costruiti prevalentemente su standard maschili[69]. Sul piano politico-programmatico, la Strategia europea per la parità di genere 2020 - 2025 individua esplicitamente la salute come settore prioritario per l'applicazione del mainstreaming di genere, impegnando la Commissione europea a garantire che le diseguaglianze sanitarie siano affrontate attraverso dati disaggregati, formazione del personale sanitario e promozione della medicina di genere nei programmi di ricerca finanziati a livello europeo (Horizon Europe). In quest'ottica la proposta della Commissione per la costruzione di un European Health Union mira a rafforzare la resilienza dei sistemi sanitari degli Stati membri, anche mediante l'adozione di indicatori sanitari di base per valutare l'equità nell'accesso ai servizi, con espliciti riferimenti alle differenze di genere. Questa evoluzione impone agli Stati membri, incluso l'ordinamento italiano, un dovere di adeguamento sistemico, finalizzato a rendere le politiche sanitarie più inclusive, accessibili e orientate all'equità di genere, in conformità con i principi costituzionali nazionali e i vincoli sovranazionali derivanti dal diritto dell'Unione. In tale contesto, la promozione della salute delle donne, richiede un approccio intersettoriale e integrato, fondato su una sinergia istituzionale multilivello – nazionale, regionale, locale ed europea – e su politiche basate sull'evidenza scientifica (evidence-based policies). È necessario, in particolare, che tali politiche siano in grado di riconoscere e valorizzare le differenze biologiche, fisiologiche e socioculturali connesse al genere come determinanti fondamentali della salute, tanto nella prevenzione quanto nella diagnosi, nella cura e nella ricerca clinica.

Un'effettiva promozione della salute femminile va inquadrata nel più ampio obiettivo della riduzione delle diseguaglianze sanitarie e del rafforzamento dell'empowerment individuale e collettivo e non può prescindere dall'adozione di strumenti normativi e operativi in grado di implementare una medicina orientata al genere, in linea con le raccomandazioni del Consiglio dell'UE e i recenti orientamenti della Commissione europea in materia di salute e parità di genere. Si tratta di un approccio integrato e intersettoriale, che richiede sinergia istituzionale e politiche evidence-based, capaci di riconoscere le differenze biologiche e socioculturali legate

Gender Equality Plan (GEP) e a tale scopo è stata pubblicata dalla Commissione l'Horizon Europe Guidance on Gender Equality Plans (GEPs), per chiarire i contenuti, le modalità di definizione e attuazione di un GEP.

[69] In quest'ottica la proposta della Commissione per la costruzione di un European Health Union mira a rafforzare la resilienza dei sistemi sanitari degli Stati membri, anche mediante l'adozione di indicatori sanitari di base per valutare l'equità nell'accesso ai servizi, con espliciti riferimenti alle differenze di genere. Questa evoluzione impone agli Stati membri, incluso l'ordinamento italiano, un dovere di adeguamento sistemico, finalizzato a rendere le politiche sanitarie più inclusive, accessibili e orientate all'equità di genere, in conformità con i principi costituzionali nazionali e i vincoli sovranazionali derivanti dal diritto dell'Unione.


ISSN 2036-7821

al genere come variabili determinanti della salute. Nonostante i passi avanti, permangono significative lacune nelle politiche sanitarie italiane[70].

L'analisi svolta dimostra che la promozione della parità di genere rappresenta ormai uno degli assi strategici dell'azione esterna dell'Unione europea, fondata su un solido ancoraggio giuridico nei Trattati, in particolare agli articoli 8 e 21 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e dell'articolo 3, paragrafo 5, del Trattato sull'Unione europea (TUE). Essa si afferma non solo come obiettivo politico, ma anche come parametro imprescindibile di legittimità ed efficacia dell'azione dell'UE in quanto attore globale, impegnato nella promozione dei diritti umani, dell'inclusione sociale e dello sviluppo sostenibile. In questo quadro, la tutela della salute delle donne si configura come una delle aree prioritarie di intervento, in quanto ambito in cui le disuguaglianze di genere si manifestano in modo particolarmente evidente e persistente, sia nei paesi membri che nei rapporti di cooperazione esterna. L'adozione di un approccio di genere alla salute non solo risponde a principi di giustizia e non discriminazione, ma è altresì coerente con le linee strategiche dell'Unione, tra cui il *Gender Action Plan III* (2021–2025), che promuove l'accesso equo e universale alla salute sessuale e riproduttiva e la piena partecipazione delle donne ai sistemi sanitari, anche nei contesti fragili e post-conflitto.

Pertanto, la salute femminile, intesa nella sua dimensione globale, diventa terreno di verifica della reale capacità dell'UE di integrare la parità di genere come criterio trasversale delle proprie politiche esterne, con effetti concreti sull'affermazione del diritto alla salute come diritto umano fondamentale, da garantire in modo egualitario e senza discriminazioni.

Tuttavia, l'analisi condotta mette in evidenza una significativa incoerenza normativa tra l'evoluzione del diritto dell'Unione europea in materia di parità di genere e gli strumenti giuridico-programmatici adottati nell'ambito delle relazioni esterne, in particolare con i Paesi del Mediterraneo meridionale. Mentre, sul piano interno, l'UE ha progressivamente consolidato un corpus normativo vincolante e strutturato, fondato sugli articoli 8 e 10 TFUE e su un'ampia produzione legislativa e giurisprudenziale, la sua azione esterna in materia di uguaglianza di genere, e in particolare di tutela della salute femminile, continua a poggiare su un impianto prevalentemente programmatico, privo di efficacia giuridica diretta e di meccanismi cogenti di condizionalità. Questa asimmetria produce effetti concreti anche all'interno del territorio dell'Unione, ove risiedono numerose donne immigrate provenienti da contesti in cui i diritti di genere, inclusi quelli legati alla salute

[70] Il Rapporto sullo stato di salute delle donne curato dal Ministero della Salute e i contributi dell'Osservatorio Nazionale sulla Salute della Donna e di Genere (ONDA) rappresentano strumenti preziosi, ma non ancora sufficienti ad attivare una trasformazione strutturale.


ISSN 2036-7821

sessuale e riproduttiva, non sono pienamente riconosciuti o garantiti. In assenza di strumenti esterni più incisivi, in grado di promuovere standard minimi comuni nelle politiche sanitarie di cooperazione e vicinato, l'UE rischia di compromettere l'effettività del diritto alla salute per una parte significativa della popolazione femminile presente sul proprio territorio, contribuendo, di fatto, al mantenimento di disuguaglianze strutturali legate all'origine etnico-culturale e allo status migratorio. In questo senso, la tutela della salute delle donne migranti si configura come un banco di prova per la coerenza tra l'azione interna ed esterna dell'Unione europea, nonché per la reale attuazione del principio di indivisibilità e universalità dei diritti fondamentali, anche in ambito sanitario.

La progressiva integrazione della medicina di genere all'interno delle strategie istituzionali ha aperto nuovi spazi di intervento per correggere gli squilibri storici legati all'impostazione neutra e universalistica della medicina tradizionale, spesso insensibile alle specificità femminili.

Le recenti riforme del SSN avviate dopo la crisi pandemica – in particolare il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e il Decreto Ministeriale n. 77/2022 – offrono un'occasione concreta per integrare i principi della medicina di genere in modelli organizzativi e assistenziali innovativi, più equi e centrati sulla persona. La riforma della sanità territoriale non si limita al potenziamento infrastrutturale, ma include il riconoscimento della parità di genere come obiettivo trasversale e leva per la promozione della salute femminile, in una prospettiva di giustizia sanitaria. Il PNRR individua, infatti, la parità di genere, insieme a digitalizzazione e sostenibilità ambientale, tra gli assi strategici dell'intervento pubblico; in questo quadro, la Missione 6 – Salute contribuisce attraverso una riorganizzazione dell'assistenza ispirata a prossimità, integrazione, prevenzione e personalizzazione delle cure. L'approccio di genere diventa così condizione imprescindibile per garantire equità ed efficacia, in coerenza con la legge n. 3/2018 e con il Piano per l'applicazione e la diffusione della medicina di genere nel SSN (DM 13 giugno 2019). Il rafforzamento dell'assistenza territoriale – attraverso l'istituzione delle Case della Comunità, degli Ospedali di Comunità, delle Centrali Operative Territoriali e la valorizzazione dell'Infermiere di Famiglia e di Comunità – costituisce un'occasione concreta per ridurre le diseguaglianze di genere nei percorsi di prevenzione, diagnosi e cura, grazie a un modello organizzativo orientato alla presa in carico integrata e multidisciplinare dei bisogni di salute. Il DM n.77/2022, nell'attuare le previsioni del PNRR, delinea un sistema assistenziale fondato su standard organizzativi e strutturali che, se adeguatamente declinati, possono favorire l'emersione e il trattamento delle specificità sanitarie femminili, spesso trascurate o sottovalutate dalla medicina tradizionale. L'attenzione ai determinanti sociali della salute, alle malattie croniche, ai disturbi legati alla sfera riproduttiva e alla salute mentale –


ISSN 2036-7821

ambiti in cui le donne presentano profili di rischio, manifestazioni cliniche e bisogni terapeutici diversi – richiede un approccio capace di incorporare stabilmente la prospettiva di genere nei livelli essenziali di assistenza. Inoltre, strumenti come la Telemedicina, previsti dal PNRR per il rafforzamento dell'assistenza domiciliare, possono rivelarsi particolarmente utili per superare le barriere culturali, territoriali ed economiche che spesso limitano l'accesso delle donne ai servizi, specie nelle aree interne o tra le fasce più fragili della popolazione. Tuttavia, ciò richiede un uso consapevole, inclusivo e non tecnocratico delle innovazioni digitali, che eviti il rischio di ulteriori disuguaglianze derivanti da un divario digitale di genere, ampiamente documentato anche in ambito sanitario. La riformulazione dell'assistenza territoriale operata dal PNRR e dal DM n.77/2022 si configura quale snodo sistemico per l'attuazione di un paradigma sanitario ispirato alla medicina di genere, attraverso l'incorporazione strutturale delle differenze sesso-genere nei modelli organizzativi e nei percorsi assistenziali[71].

In tale prospettiva, la salute della donna cessa di essere una dimensione marginale o settoriale, per assumere rilevanza trasversale nell'architettura dei servizi, in coerenza con il principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3, co. 2, Cost. e con la dimensione personalistica e universalistica del diritto alla salute. L'approccio differenziato alla presa in carico, sostenuto da strumenti normativi, formativi e tecnologici, consente così di superare la neutralità apparente del modello clinico tradizionale, restituendo effettività al diritto alla salute nella sua declinazione inclusiva e relazionale, secondo un criterio di legittimità costituzionalmente orientata dell'azione amministrativa in ambito sanitario.

### *4. Per una strategia sanitaria integrata per la medicina di genere nel terzo millennio: etica, economia e diritto come pilastri di sistema.*

Il quadro normativo e politico fin qui delineato mette in luce persistenti criticità strutturali che ancora oggi ostacolano una piena ed effettiva tutela della salute femminile. Le difficoltà che hanno accompagnato l'affermazione della medicina di genere si sono riflesse in modo significativo sulla dimensione organizzativa del Servizio Sanitario Nazionale, il quale ha incontrato sostanziali criticità nell'integrare in maniera sistemica la variabile di genere all'interno delle politiche sanitarie. Quest'ultima si deve configurare come ambito intrinsecamente multidimensionale, in cui convergono fattori sanitari, sociali, culturali ed economici[72], e in cui le

[71] D.CALDIROLA, Welfare comunitario e Casa della Comunità: dal PNRR alla riforma dell'assistenza sanitaria territoriale. Jus-online, 2022, 5, 161.

[72] Cfr. S. TONOLO - D. MONEGO, Il diritto alla salute delle donne migranti: garanzie costituzionali e internazionali a confronto. Il diritto alla salute delle donne migranti: garanzie costituzionali e internazionali a confronto, in Donne migranti e violenza di


ISSN 2036-7821

disuguaglianze di genere trovano terreno di riproduzione e consolidamento. Indubbiamente le resistenze riscontrate nei processi di riforma strutturale trovano origine nelle complessità che hanno segnato fin dall'inizio il percorso di legittimazione scientifica e istituzionale della medicina di genere, ostacolandone l'effettiva incorporazione nei meccanismi decisionali, programmatori e farmacologici. Ciò nonostante, il riconoscimento formale del genere quale determinante fondamentale di salute da parte della comunità scientifica e del legislatore, evidenzia una persistente inerzia sistemica al cambiamento. Le disparità esistenti non possono essere circoscritte alla sola dimensione sanitaria, poiché i sistemi sanitari riflettono inevitabilmente le dinamiche valoriali e strutturali della società in cui si inseriscono. In tal senso, laddove la soggettività femminile non sia adeguatamente riconosciuta e valorizzata sul piano sociale, tale invisibilità si traduce anche in una sottorappresentazione e marginalizzazione nei processi decisionali, diagnostici e terapeutici del sistema sanitario. La medicina, dunque, non può considerare tali diseguaglianze come fenomeni estranei al proprio ambito, bensì deve riconoscere il proprio ruolo sistemico all'interno di un contesto socioculturale più ampio. Ne deriva la necessità di un ripensamento strutturale delle politiche sanitarie, anche attraverso l'applicazione effettiva del principio del gender mainstreaming, affinché il sistema sanitario possa contribuire attivamente alla rimozione delle diseguaglianze e all'attuazione di un cambiamento sociale orientato alla parità sostanziale. La tutela della salute femminile non può essere ricondotta esclusivamente alla sfera clinico-assistenziale, ma richiede un approccio integrato trasversale capace di tenere conto dell'interazione tra politiche sanitarie e politiche non strettamente sanitarie, come quelle educative, lavorative, abitative e ambientali. Inoltre, in un contesto segnato da rapide trasformazioni tecnologiche e scientifiche, le sfide che investono la tutela della salute femminile si fanno sempre più complesse, chiamando in causa anche i modelli relazionali, i ruoli sociali di genere, e le condizioni materiali di vita quotidiana. Riconoscere questa complessità è il presupposto per una lettura effettiva del diritto alla salute che sia sensibile alle specificità biologiche, psicologiche e sociali che caratterizzano l'esperienza femminile. Abbiamo visto che l'impostazione androcentrica - che ha storicamente influenzato l'organizzazione e l'azione della pubblica amministrazione - si traduce in un modello decisionale e normativo caratterizzato da una presunta 'neutralità', in realtà fondata su una prospettiva maschile dominante ormai superata[73]. Tale paradigma, tuttavia, comporta la marginalizzazione delle specifiche esigenze delle donne, con ripercussioni significative sull'elaborazione e sull'attuazione delle politiche pubbliche, in

genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo, a cura DI A. DI STASI, R. CADIN, A. IERMANO, V. ZAMBRANO, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 31.

7373 Si v. il DDL S. n.989, Misure per il potenziamento della medicina di genere nel Servizio sanitario nazionale, presentato il 14 dicembre 2018, e ripreso nel 2019 (XIX legislatura) dove è attualmente in discussione.


ISSN 2036-7821

particolare in ambito sanitario. È pertanto indispensabile un mutamento strutturale con la costituzionalizzazione della medicina di genere. Il riconoscimento della medicina di genere a livello costituzionale rappresenterebbe un'evoluzione coerente con il costituzionalismo contemporaneo, inteso non solo come sistema di limiti al potere pubblico, ma anche come garanzia proattiva dei diritti fondamentali, in particolare del diritto alla salute (art. 32 Cost.) e del principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2, Cost.). Dal punto di vista dell'azione amministrativa in ambito sanitario, la medicina di genere si configura come parametro sostanziale di legittimità e proporzionalità dell'azione pubblica, in quanto orienta l'organizzazione e l'erogazione dei servizi verso criteri di efficacia e adeguatezza rispetto alle differenze biologiche, cliniche e socio-relazionali tra i soggetti destinatari delle prestazioni sanitarie. Ne deriva che l'adozione della medicina di genere come principio costituzionale non costituirebbe una mera innovazione tecnica, bensì l'affermazione di una garanzia strutturale, vincolante per l'intero apparato pubblico, orientata alla realizzazione concreta dell'eguaglianza di genere nell'accesso e nella fruizione dei diritti sociali fondamentali. Leggere la giurisprudenza costituzionale attraverso le "lenti del genere" consente di riconoscere che il diritto di per sé non è inevitabilmente maschile o strutturalmente incapace di tutelare le donne, come a volte si è sostenuto. Al contrario, il principio costituzionale di eguaglianza se correttamente interpretato, può essere uno strumento efficace per correggere le disuguaglianze sanitarie che colpiscono le donne, spesso invisibili nel sistema sanitario costruito su modelli maschili. Ad esempio, se si assume che la salute delle donne richieda attenzioni specifiche, come nel caso della medicina di genere, della tutela della salute riproduttiva o della diversa incidenza e sintomatologia di molte patologie, allora l'uguaglianza non va intesa come trattamento identico tra uomini e donne, ma come necessità di trattamenti differenziati per garantire pari tutela**.** In questo senso, la giurisprudenza della Corte costituzionale può e deve essere letta come alleata**,** quando riconosce che l'eguaglianza sostanziale richiede la rimozione di ostacoli specifici che impediscono alle donne di godere pienamente del diritto alla salute. Una giurisprudenza orientata in tal senso, non perpetua pregiudizi, ma li smonta e consente di ribaltare la visione tradizionale, spesso neutra solo in apparenza, che ha storicamente marginalizzato le istanze sanitarie femminili. Il principio costituzionale di uguaglianza può così essere un potente strumento di emancipazione e giustizia di genere che consente di ribaltare la tradizionale visione dei rapporti di genere. Sesso e genere non possono essere considerati concetti sovrapponibili[74]. Il sesso attiene alle differenze biologiche e fisiologiche tra uomini e

[74] Sulla differenza tra "sesso" e "genere" sotto il profilo del principio di uguaglianza, B. PEZZINI, Costruzione del genere e costituzione, in B. PEZZINI (a cura di), La costruzione del genere. Norme e regole, Vol. I, Sestante editore, Bergamo, 2012, 3 e 45.


ISSN 2036-7821

donne, mentre il genere rappresenta una costruzione sociale e culturale che incide profondamente sulle modalità di percezione, esperienza e gestione della salute. Il genere costituisce un determinante essenziale di salute, influenzando variabili cruciali quali lo stato di benessere psicofisico, l'accesso ai servizi sanitari, la diagnosi, l'evoluzione delle patologie, la risposta ai trattamenti terapeutici e l'efficacia delle cure. Il riconoscimento di tali differenze, non soltanto biologiche ma anche sociali e relazionali, risulta indispensabile per orientare in modo equo ed efficace: la programmazione sanitaria, l'organizzazione dell'offerta di servizi, le priorità della ricerca clinica e farmacologica, e l'analisi dei dati epidemiologici e statistici. Il persistente fallimento nell'implementazione sistemica della medicina di genere richiede interventi strutturali e coordinati, come sottolineato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. È sufficiente considerare l'impatto economico delle diagnosi errate, dei ritardi terapeutici e della perdita di produttività per comprendere l'urgenza del problema. In tale contesto, l'imperativo di investire nella salute delle donne e nelle politiche sanitarie sensibili al genere risulta non solo eticamente fondato, ma economicamente e strategicamente ineludibile. A ciò deve necessariamente seguire un adeguamento strutturale e organizzativo del Servizio Sanitario Nazionale, basato sull'evidenza scientifica relativa alle differenze di genere. Solo attraverso tale riconfigurazione sarà possibile garantire una presa in carico effettivamente personalizzata, fondata sul rispetto delle specificità biologiche, cliniche e sociali della persona, in coerenza con i principi di eguaglianza sostanziale e tutela della salute sanciti dalla Costituzione. Tuttavia, la riorganizzazione del sistema sanitario impone l'esigenza di una riflessione critica, in grado di mettere in discussione non solo i modelli teorici e le prassi dominanti, ma anche le categorie analitiche consolidate, soprattutto laddove queste si rivelino inadeguate a rappresentare la complessità dei bisogni sanitari femminili. L'elaborazione di un assetto sanitario realmente inclusivo non può limitarsi alla formulazione di risposte standardizzate, 1681 porre nuove domande e di intercettare le istanze inedite che emergono dall'esperienza concreta delle donne nel rapporto con i servizi di cura. Tale approccio richiede un pensiero giuridico-scientifico vigile, capace di rimanere aperto al confronto tra i principi normativi (uguaglianza, autodeterminazione, diritto alla salute, non discriminazione) e le pratiche sanitarie effettive, in un contesto in cui la distanza tra la dimensione assiologica del sistema (i diritti fondamentali garantiti a livello costituzionale e sovranazionale) e le disuguaglianze strutturali riscontrabili nella realtà sanitaria si fa sempre più evidente. Richiede un ripensamento delle politiche sanitarie in chiave autocritica, capace di rimettere in discussione modelli centrati su una neutralità solo apparente, che nella prassi si traduce spesso in esclusione o marginalizzazione delle specificità femminili e delle categorie vulnerabili. Ripensare l'organizzazione della sanità in termini di appropriatezza,


ISSN 2036-7821

accessibilità e differenziazione significa, in ultima analisi, riaffermare il ruolo del diritto come strumento di giustizia sostanziale, capace di orientare la scienza medica verso un paradigma realmente universale, fondato sulla cura della diversità e non sull'omologazione. È un'operazione complessa, ma imprescindibile, per non tradire il significato profondo del costituzionalismo contemporaneo. Solo attraverso questo processo di trasformazione sarà possibile superare le disuguaglianze consolidate e assicurare un'effettiva equità nell'erogazione delle prestazioni sanitarie. Se, come affermato da autorevole dottrina[75], il fine del diritto costituzionale moderno risiede nella sua capacità di garantire i diritti fondamentali e di delineare un efficace sistema di bilanciamento e separazione dei poteri, allora diventa imprescindibile, soprattutto alla luce delle persistenti disuguaglianze di genere e sociali, interrogarsi sulla concreta configurazione di tali diritti e sulla loro effettiva attuazione. Il diritto alla salute, riconosciuto dall'art. 32 della Costituzione quale diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, si presenta come uno snodo cruciale di questa riflessione, imponendo un'analisi critica della capacità delle istituzioni di assicurare un accesso equo, appropriato e non discriminatorio ai servizi sanitari con particolare riferimento alle donne e alle categorie maggiormente esposte a vulnerabilità. La tensione tra universalismo astratto dei diritti e riconoscimento delle differenze concrete costituisce una delle sfide principali per la tenuta del paradigma costituzionale, tanto sul piano normativo quanto su quello organizzativo. In questo contesto, è auspicabile una lettura rinnovata e trasformativa del diritto, che si fondi sulla necessità di superare una concezione formalistica dell'uguaglianza per abbracciare un modello capace di rendere visibili le asimmetrie strutturali e le esigenze specifiche legate al genere[76].

È dunque lecito domandarsi se siano oggi effettivamente disponibili strumenti giuridici e meccanismi di contenzioso idonei a contrastare l'assenza o l'inadeguatezza di politiche sanitarie gender-sensitive, e se tali strumenti possano essere efficacemente attivati anche alla luce degli impegni internazionali assunti dall'Italia. Occorre interrogarsi anche su quali strategie normative, istituzionali e culturali possano essere attivate per superare il persistente "oblio istituzionale" rispetto alla salute delle donne e promuovere un reale approccio di genere nella sanità pubblica. Nel breve e medio periodo, potrebbero essere adottate alcune misure concrete per rafforzare l'equità di genere nel sistema sanitario. Ad esempio, attraverso l'adozione di un decreto ministeriale, si potrebbe procedere all'integrazione dei Livelli Essenziali di Assistenza (LEA) con l'introduzione di standard minimi obbligatori in materia di salute femminile. Tali standard

[75] Sulla tradizione costituzionalista garantisca, L. Ferrajoli, Principia iuris, Teoria del diritto e della democrazia, Laterza, 2007; Id., La costruzione della democrazia, teoria del garantismo costituzionale, Laterza, Roman, 2021.

[76] L. CARLASSARE, Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro, Feltrinelli, 2012.


ISSN 2036-7821

dovrebbero includere percorsi diagnostico-terapeutici differenziati per patologie tipicamente femminili, nonché per condizioni che presentano evidenti variabilità cliniche tra i generi. A garanzia dell'efficacia e dell'appropriatezza clinica di tali interventi, si renderebbe altresì necessario prevedere un obbligo di aggiornamento periodico degli standard stessi, basato su evidenze scientifiche stratificate per sesso e genere, in linea con i principi di medicina personalizzata e con le raccomandazioni internazionali in materia di medicina di genere. Tale impostazione, nel rispetto dell'art. 117 della Costituzione, dovrebbe riflettersi anche a livello pianificatorio, imponendo l'inserimento di indicatori di genere nel Piano Sanitario Nazionale (PSN) e nei Piani Sanitari Regionali (PSR), così da consentire l'adozione di obiettivi misurabili di equità di genere (ad es. in termini di accesso, tempi diagnostici, esiti di cura), con indicatori pubblici e trasparenti. Infine, a livello legislativo, una legge ordinaria attuativa degli articoli 3 e 32 Cost., eventualmente rafforzata da una clausola antidiscriminatoria esplicita inserita nella normativa sulla formazione medica (ad es. mediante modifica del D.lgs. 502/1992), potrebbe introdurre un obbligo vincolante e continuativo di formazione in medicina di genere nei corsi universitari delle professioni sanitarie e nei programmi di Educazione Continua in Medicina (ECM). Tali strumenti, se coerentemente integrati in una strategia multilivello, potrebbero rappresentare una svolta concreta verso l'effettiva realizzazione del diritto alla salute senza discriminazioni di genere.

In questa prospettiva, strumenti giuridici e istituzionali aggiuntivi potrebbero consolidare un approccio sistemico alla medicina di genere. Un Osservatorio nazionale indipendente per l'equità di genere nella salute, con funzioni consultive e ispettive, potrebbe garantire un presidio stabile contro le discriminazioni e promuovere azioni collettive o ricorsi pilota. Parallelamente, il Reg. 2025/327 (EHDS) che istituisce uno spazio europeo dei dati sanitari ed abilita lo scambio e riuso dei dati per ricerca/innovazione, ed offre l'opportunità di standardizzare la raccolta e l'uso dei dati sanitari andrebbe valorizzato per rendere obbligatoria la disaggregazione per sesso e l'integrazione di metadati gender-sensitive, così da orientare ricerca e innovazione verso maggiore equità. Tale proposta si innesta in un solco già tracciato: la legge n. 3 del 18 gennaio 2018 ha introdotto l'obbligo di istituire un "Osservatorio dedicato alla medicina di genere" presso enti vigilati dal Ministero della Salute, per garantire formazione, ricerca e informazione differenziata per genere[77]. Analogamente, prevedere l'obbligo di rappresentanza nei trial clinici, con funzioni di garanzia (come i Garanti per l'Infanzia o la Privacy), potenzierebbe

[77] Nel 2020 si è riunito per la prima volta presso l'Istituto Superiore di Sanità (ISS), il Tavolo dei referenti individuati da tutte le Regioni per l'applicazione del Piano nazionale sulla medicina di genere. I referenti regionali hanno il compito di individuare e trasferire le attività previste dal Piano nazionale in ogni Regione per la loro attuazione nei piani sanitari regionali e per l'inserimento del genere come indicatore sia clinico che organizzativo.


ISSN 2036-7821

significativamente la giustiziabilità del diritto alla salute in un'ottica di genere, favorendo una rappresentatività effettiva nella ricerca clinica[78]. Tali strumenti si fondano su una visione del diritto alla salute non come categoria neutra ma come universale solo se strutturalmente capace di riconoscere e integrare la differenza di genere. L'adozione di misure specifiche non implica la creazione di una tutela separata, bensì la correzione di distorsioni sistemiche che ostacolano l'accesso equo alle cure. Esattamente così si evita di confinare la "salute delle donne" in un ambito residuale, restituendo invece centralità e dignità all'uguaglianza sostanziale sancita dalla Costituzione. Nel quadro dell'evoluzione dei sistemi sanitari pubblici, le innovazioni tecnologiche e scientifiche - tra cui la medicina personalizzata, l'intelligenza artificiale, la telemedicina e l'analisi dei big data - costituiscono strumenti strategici per il rafforzamento dell'efficienza e dell'appropriatezza dell'azione amministrativa in materia sanitaria. Tuttavia, affinché tali innovazioni tecnologiche si traducano in reali benefici anche sotto il profilo della salute femminile, è imprescindibile che esse siano progettate, sviluppate e applicate secondo una prospettiva di genere e non come una mera opzione tecnica o amministrativa. In assenza di tale approccio, vi è il rischio concreto che i nuovi strumenti digitali riproducano, o addirittura amplifichino, i pregiudizi sistemici già esistenti nei modelli clinici e organizzativi, storicamente calibrati su parametri maschili. Tale orientamento trova fondamento anche a livello europeo, nella *Gender Equality Strategy 2020–2025* della Commissione europea, e nelle raccomandazioni dell'EIGE (European Institute for Gender Equality), che richiamano la necessità di uno sviluppo tecnologico inclusivo e sensibile alle differenze di genere, anche nel settore della salute pubblica[79]. In attuazione del principio di mainstreaming di genere, già sancito dagli artt. 8 e 10 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), le pubbliche amministrazioni sono tenute a considerare l'impatto di genere in ogni fase del processo decisionale, incluse le scelte tecnologiche e organizzative in ambito sanitario. Al tempo stesso, occorre evidenziare il rischio che l'introduzione non governata delle tecnologie sanitarie possa determinare una deriva mercatistica dell'organizzazione dei servizi, orientando l'erogazione delle prestazioni

[78] Questa esigenza è supportata da evidenze empiriche: in Italia, nonostante i progressi normativi, permane una sottorappresentazione delle donne nei trial, specialmente nelle fasi iniziali (I e II). Inoltre, il Regolamento 536/2014 armonizza autorizzazione, trasparenza e protezione dei soggetti nelle sperimentazioni, con implicita esigenza di adeguata rappresentatività dei gruppi.

[79] L'approccio del legislatore nazionale è pienamente in linea con le raccomandazioni dell'Unione Europea, che, attraverso iniziative come il Gender Equality Strategy 2020–2025 e il Piano europeo di lotta contro il cancro, promuove attivamente l'integrazione della dimensione di genere nelle politiche sanitarie, nella ricerca clinica e nell'uso delle tecnologie digitali in sanità (digital health). L'European Institute for Gender Equality (EIGE) sottolinea inoltre la necessità di garantire che le innovazioni in ambito sanitario non riproducano bias di genere già presenti nei dati e nei modelli algoritmici, raccomandando una maggiore rappresentatività delle donne nei dati clinici, nei trial e nelle analisi statistiche su cui si fondano le decisioni pubbliche

secondo logiche di offerta e di profitto, piuttosto che secondo i bisogni concreti e personalizzati dei pazienti. In tal senso, l'adozione acritica di soluzioni biotecnologiche può aggravare le disuguaglianze già esistenti, penalizzando in particolare le donne e le categorie sociali più vulnerabili, sia in termini di accesso che di qualità delle cure. Ulteriori criticità si manifestano con particolare evidenza nell'ambito della salute femminile, laddove l'autonomia decisionale della persona, presupposto essenziale per la validità e l'effettività del consenso informato, risulti compromessa da dinamiche comunicative inadeguate, da un eccesso di informazioni non personalizzate, oppure da processi decisionali sanitari eccessivamente automatizzati. Ne consegue che l'adozione di una prospettiva di genere nell'impiego delle nuove tecnologie in ambito sanitario costituisce non solo un obiettivo di policy, ma una condizione giuridicamente necessaria per la realizzazione di una giustizia sanitaria sostanziale, in coerenza con i principi di eguaglianza, universalismo e solidarietà che informano il Servizio Sanitario Nazionale, nonché con gli obblighi derivanti dal diritto costituzionale e sovranazionale. Tale esigenza si impone con particolare urgenza in relazione alla condizione di molte donne che, per ragioni culturali, socioeconomiche o generazionali, non dispongono degli strumenti conoscitivi, digitali o relazionali necessari per interagire in modo critico e consapevole con le tecnologie sanitarie avanzate. In assenza di un adeguato accompagnamento informativo e formativo, il rischio è che l'adozione di soluzioni tecnologiche, per quanto innovative, possa tradursi in una nuova forma di esclusione o di subordinazione sanitaria, aggravando il divario di genere nell'accesso, nella comprensione e nella gestione dei percorsi terapeutici. In questo senso, la tecnologia, se non adeguatamente regolata e umanizzata, può finire per amplificare le diseguaglianze preesistenti, privando le pazienti più vulnerabili – in particolare quelle meno istruite o culturalmente svantaggiate – della possibilità concreta di esercitare il proprio diritto alla salute in modo autodeterminato e consapevole.

In tale scenario di rapida evoluzione scientifica e tecnologica, le frontiere biomediche e digitali non rappresentano soltanto un'opportunità di potenziamento del sistema sanitario, ma pongono anche interrogativi complessi di natura etica, identitaria e antropologica che impongono al legislatore e agli attori istituzionali una governance della tecnologia orientata non solo all'efficienza, ma anche all'inclusività, alla sostenibilità e al rispetto delle differenze, comprese quelle di genere. L'espansione dell'intelligenza artificiale applicata alla diagnosi, l'uso dei big data nella predittività clinica, la personalizzazione delle terapie basata su algoritmi e l'incremento delle piattaforme digitali per la salute sollevano questioni cruciali riguardo alla trasparenza dei processi decisionali, al rispetto dell'autonomia individuale e alla protezione dei dati sensibili. Solo un approccio integrato potrà garantire che l'innovazione non diventi fattore di nuove disuguaglianze, ma strumento effettivo di


ISSN 2036-7821

giustizia sanitaria e costituzionale. Inoltre, non va trascurato il rischio che l'equilibrio tra innovazione ed etica venga compromesso se le scelte cliniche e organizzative vengano orientate più dalla logica della standardizzazione algoritmica che da una reale attenzione alle singolarità biografiche e relazionali dei pazienti. Questo rischio è ancora più evidente se si considera la tendenza storica della medicina a ignorare o sottovalutare le differenze di genere, rendendo urgente una riflessione normativa e culturale che accompagni l'innovazione con criteri di inclusività, responsabilità e giustizia**.** Anche nei nuovi sistemi questi vecchi pregiudizi vengono codificati in quanto la maggior parte degli algoritmi è fatta per malattie più specifiche per gli uomini[80]. Il diritto alla salute ha bisogno di politiche e strumenti giuridici strutturalmente capaci di riconoscere e integrare la differenza come elemento dell'universalità del diritto. Non si tratta, dunque, di "separare" i diritti sanitari delle donne da quelli generali, ma di correggere le distorsioni sistemiche che impediscono a tutte e tutti di fruirne in modo equo. Solo così si evita l'effetto paradossale di una "salute delle donne" vista come ambito separato, e si realizza invece un'effettiva giustizia costituzionale in materia di salute. Da ciò consegue la necessità una governance pubblica della tecnologia che non si limiti a regolare i profili tecnici dell'innovazione, ma che sappia orientarla in modo coerente con i principi costituzionali di uguaglianza, dignità e autodeterminazione, nonché con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia in materia di diritti umani, bioetica e protezione contro le discriminazioni. Solo attraverso una simile impostazione sarà possibile trasformare le potenzialità della medicina digitale in strumenti effettivi di equità e giustizia sanitaria, anche sotto il profilo della salute femminile, evitando che l'innovazione diventi nuovo veicolo di diseguaglianze.

Nel quadro del progressivo ripensamento delle politiche pubbliche in materia di salute delle donne non va trascurato il ruolo strategico assunto dalla comunicazione pubblica, intesa non solo come strumento informativo, ma come leva per la costruzione di consapevolezza, responsabilità istituzionale e inclusione. Tale funzione, tuttavia, presuppone il superamento di una concezione monolitica della comunicazione sanitaria, tradizionalmente incentrata su modelli informativi rigidi e burocratici, orientati alla mera trasmissione di direttive istituzionali. Nell'attuale contesto sociale e culturale sempre più articolato e caratterizzato da una pluralità di bisogni, identità e vissuti femminili, si rende necessaria l'adozione di una comunicazione più complessa, differenziata e relazionale. Ciò implica una riformulazione dell'agire comunicativo pubblico, capace di riconoscere e valorizzare

[80] Gli algoritmi di intelligenza artificiale mostrano una maggiore efficacia nell'individuazione dello STEMI (infarto miocardico con innalzamento del tratto ST) e dell'insufficienza cardiaca sistolica, condizioni più frequenti negli uomini, rispetto alle corrispondenti manifestazioni femminili, spesso meno evidenti. Questa disparità tecnica evidenzia criticità di equità diagnostica, richiedendo un'integrazione della prospettiva di genere nella progettazione degli strumenti tecnologici sanitari.


ISSN 2036-7821

le specificità di genere e di promuovere una partecipazione attiva e consapevole delle donne ai processi di cura e prevenzione. In tale prospettiva, la comunicazione pubblica si configura non solo come strumento tecnico, ma come leva giuridico-amministrativa a supporto della piena attuazione del diritto alla salute (art. 32 Cost.), da intendersi in senso sostanziale e non meramente formale, in conformità ai principi di uguaglianza sostanziale (art. 3, co. 2 Cost.), trasparenza, accessibilità e personalizzazione dell'azione amministrativa sanitaria[81]. Questa trasformazione si esprime nel riconoscimento di due aree principali: da un lato, la comunicazione sanitaria deve essere rivolta a garantire trasparenza e accesso ai servizi, dall'altro, la comunicazione sociale per la promozione della salute, che costituisce una parte essenziale della comunicazione pubblica orientata all'interesse collettivo, ha come obiettivo principale non solo l'informazione, ma anche la motivazione all'adozione di comportamenti salutari, promuovendo una visione olistica della salute, in linea con la definizione dell'OMS: uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non soltanto l'assenza di malattia. Nel mutato contesto della comunicazione istituzionale in ambito sanitario, il diritto all'informazione si configura come componente essenziale dell'azione amministrativa, assumendo una valenza non solo quantitativa, ma anche qualitativa. In particolare, l'effettivo accesso delle donne a un'informazione sanitaria chiara, completa e culturalmente adeguata si presenta come condizione imprescindibile per garantire l'esercizio pieno e sostanziale del diritto alla salute. Tale esigenza risponde alla necessità di colmare storiche asimmetrie comunicative e di superare approcci standardizzati, non sempre in grado di cogliere le specificità biologiche, sociali e culturali dell'esperienza femminile in ambito sanitario. Alla tradizionale comunicazione istituzionale, connotata da un'impostazione unidirezionale e standardizzata, prevalentemente orientata alla diffusione di prescrizioni sanitarie e al controllo dei comportamenti individuali in funzione dell'ordine pubblico, si è progressivamente affiancato un modello comunicativo più articolato e plurale. Questo nuovo approccio si fonda sull'interazione tra una molteplicità di attori, pubblici e, in taluni contesti, anche privati, e sull'impiego di linguaggi e strumenti comunicativi differenziati, costruiti in relazione ai diversi livelli di alfabetizzazione sanitaria, istruzione e coinvolgimento dei destinatari. Con particolare riferimento alla salute delle donne, tale evoluzione risponde alla necessità di superare modelli comunicativi neutri solo in apparenza, ma in realtà basati su presupposti androcentrici, che nel tempo hanno contribuito a marginalizzare le specificità biologiche, psicologiche e sociali dell'esperienza femminile. In questa prospettiva, l'informazione sanitaria non può più essere intesa

[81] Sul ruolo della comunicazione e delle campagne di informazione, M. INGROSSO, Comunicare la salute, Milano: Franco Angeli,2001. A. LOVARI, G. DUCCI, Comunicazione Pubblica. Istituzioni, pratiche, piattaforme, Milano: Mondadori Università,2022.


ISSN 2036-7821

come mera trasmissione di dati uniformi, ma assume il valore di strumento di empowerment, in grado di riconoscere e valorizzare la soggettività delle donne, promuovendone la partecipazione attiva e consapevole ai processi decisionali che incidono sulla tutela della propria salute e sull'effettivo godimento dei relativi diritti. Ne discende che l'amministrazione sanitaria, nell'esercizio delle proprie funzioni pubbliche, è tenuta a garantire un'informazione non soltanto accessibile, ma anche comprensibile, trasparente e sensibile alle differenze di genere, in coerenza con i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), nonché con il principio personalista e con la tutela del diritto fondamentale alla salute (art. 32 Cost.)[82]. In tale prospettiva, l'effettività del diritto all'informazione sanitaria rappresenta una condizione abilitante per l'esercizio sostanziale del diritto alla salute da parte delle donne, incidendo sulla loro capacità di autodeterminarsi nei percorsi di prevenzione, cura e assistenza. Essa si inserisce, inoltre, nella più ampia funzione amministrativa di promozione del benessere collettivo e di attuazione dell'interesse pubblico primario alla salute, che impone all'amministrazione di adottare modelli comunicativi inclusivi, non discriminatori e orientati al superamento delle disuguaglianze di accesso e trattamento. Anche la comunicazione sanitaria, quale funzione essenziale dell'azione amministrativa nel settore della salute pubblica, riveste quindi, un importante ruolo nella promozione della salute delle donne, in quanto strumento abilitante per l'accesso equo, consapevole e informato ai servizi sanitari. In questa prospettiva, la relazione comunicativa tra operatore sanitario e paziente costituisce, per molte donne, uno dei principali ambiti attraverso cui l'informazione, spesso veicolata da fonti mediali disomogenee e talora contraddittorie ed errate, viene rielaborata, interpretata e trasformata in orientamento decisionale. Questo aspetto assume rilievo particolare alla luce delle disuguaglianze di genere ancora persistenti nell'accesso all'informazione sanitaria, nell'ascolto dei bisogni specifici e nella rappresentazione delle donne nei modelli comunicativi tradizionali. Alla luce di tali criticità, l'amministrazione sanitaria è chiamata a garantire, in conformità ai principi costituzionali (artt. 3, 32 e 97 Cost.), modelli comunicativi differenziati e inclusivi, capaci di tener conto delle specificità di genere e delle condizioni socioculturali delle destinatarie. Ciò risulta coerente anche con gli indirizzi normativi e programmatici dell'Unione Europea, che promuovono un approccio integrato alla salute delle donne, fondato sul principio di non discriminazione e sull'eguaglianza sostanziale nell'accesso ai servizi sanitari. In particolare, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al

[82]L'amministrazione sanitaria è chiamata a operare su tre livelli complementari: attività di sensibilizzazione e formazione del personale sanitario e amministrativo; raccolta, analisi e monitoraggio dei dati disaggregati per sesso e genere; interventi orientati alla riorganizzazione strutturale e funzionale dei servizi, al fine di garantire l'equità nell'accesso e nella qualità delle prestazioni sanitarie.


ISSN 2036-7821

comitato delle COM(2020) 152 final – "Un'Unione dell'uguaglianza: Strategia per la parità di genere 2020-2025" sottolinea la necessità di affrontare le disparità di genere nei sistemi sanitari, evidenziando come la mancanza di dati disaggregati per sesso e l'assenza di una comunicazione sensibile al genere possano limitare la piena attuazione del diritto alla salute per le donne[83]. Allo stesso modo, il Piano europeo di lotta contro il cancro (2021) e le azioni del Programma EU4Health (2021-2027) riconoscono il ruolo centrale della comunicazione per migliorare l'alfabetizzazione sanitaria e promuovere l'equità nell'accesso alla prevenzione e alle cure[84]; in questo quadro, EU4Health, quale canale di finanziamento dell'UE volto a rafforzare i sistemi sanitari, ridurre le disuguaglianze e migliorare l'uso dei dati, può costituire lo strumento e la cornice finanziaria per l'attuazione di piani e indicatori di medicina di genere a livello nazionale e regionale. Una comunicazione sanitaria pubblica efficace e orientata al genere non solo contribuisce all'effettività del diritto all'informazione, ma si configura anche come condizione imprescindibile per l'attuazione di una governance sanitaria inclusiva, in linea con gli standard europei e internazionali in materia di diritti fondamentali, salute pubblica e parità di genere.

[83] In eur-lex.europa.eu.

[84] Anche gli ospedali che svolgono attività di ricerca sono ricompresi a pieno titolo tra le Research Performing Organizations (RPOs), a cui dal 2022 viene richiesto di dotarsi di un GEP come requisito di ammissibilità di Horizon Europe intendono partecipare al bando.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# I pagamenti dalla e alla P.A. in *Euro Digitale*: prime riflessioni sul progetto di regolamento europeo dalla prospettiva del diritto amministrativo

di Giuseppe La Rosa

(Professore Associato di diritto amministrativo presso l'Università telematica San Raffaele Roma)

## Sommario

1. Inquadramento del tema, indicazioni metodologiche e obiettivi dell'indagine. - 2. L'Euro Digitale e il suo corso legale. - 3. I pagamenti mediante ED nei servizi pubblici: ED come nuovo *standard* di servizio? - 4. La prospettiva dell'utente: tra inclusione finanziaria e inclusione sociale. - 5. La *condizionalità* dell'ED quale possibile strumento di semplificazione e celerità dei pagamenti nei contratti pubblici. - 6. L'ED e tracciabilità finanziaria: il difficile equilibrio. - 7. La funzione antiriciclaggio dell'ED: tra obiettivi pubblicistici ed esigenze di privacy. – 8. Considerazioni conclusive.

## Abstract

This paper offers an administrative-law analysis of the proposed European Union regulation introducing the Digital Euro (ED) as a central bank digital currency. It examines the legal nature of the ED and its potential effects on payments to and from public administrations, public service delivery, public procurement, financial inclusion, anti-money laundering, and the traceability of public funds. Particular attention is devoted to the ED's impact on the contractual and organizational frameworks of public services, and its compatibility with principles of equality, efficiency, and privacy. The study highlights the opportunities and risks inherent in adopting the ED within administrative practice, suggesting it may constitute both an innovative standard of service and an effective tool to enhance transparency, celerity, and accountability in public contracts, while emphasizing the necessity of adequate safeguards for social inclusion and data protection.

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


ISSN 2036-7821

### *1. Inquadramento del tema, indicazioni metodologiche e obiettivi dell'indagine.*

A partire dal mese di gennaio 2020, la Banca Centrale Europea (BCE), di concerto con le banche centrali nazionali dei Paesi membri dell'area dell'euro, ha intrapreso una serie di iniziative – comprendenti studi, valutazioni tecniche e sperimentazioni – finalizzate a esplorare l'opportunità e la praticabilità dell'introduzione di una versione digitale della moneta unica, denominata *euro digitale* (di seguito, per semplificare, anche "ED")[1]. Si tratterebbe, in sostanza, di una nuova forma di moneta di banca centrale, emessa e garantita dall'Eurosistema, destinata ad affiancarsi alla moneta fisica (banconote e monete), senza sostituirla. L'ED si configurerebbe, quindi, quale strumento di pagamento aggiuntivo a disposizione dei cittadini dell'Unione europea, volto ad assicurare l'accesso continuativo a una forma di moneta pubblica anche in un contesto fortemente digitalizzato. In questa prospettiva, esso potrebbe essere interpretato come un'evoluzione funzionale del contante nell'economia digitale, analogamente a quanto accaduto in passato con la progressiva affermazione delle banconote rispetto alle monete metalliche. In sostanza, la differenza tra una banconota cartacea e l'ED sarebbe paragonabile a quella tra una fotografia stampata e la medesima immagine visualizzata su un dispositivo elettronico – muterebbe il supporto materiale, non la sostanza, né il valore. Quest'ultimo, infatti, resterebbe garantito da un'istituzione pubblica, la banca centrale, e dotato di valore nominale fisso e corso legale[2]. Il progetto si trova attualmente nella fase cosiddetta preparatoria, avviata nel novembre 2023 a seguito della conclusione della fase istruttoria. È opportuno precisare, tuttavia, che tale passaggio non implica una decisione definitiva in ordine all'effettiva emissione della moneta digitale, la quale resta subordinata a successive determinazioni, che terranno conto di molteplici profili, tecnici, giuridici e politici.

Il progetto in parola è certamente frutto dell'attuale panorama monetario, caratterizzato da dinamiche evolutive provenienti sia dal basso, attraverso l'impulso del mercato e dell'iniziativa privata che ha determinato la diffusione delle criptovalute (con particolare riferimento alle *stablecoin*), sia dall'alto, con l'intervento

---

* Il presente saggio ripropone, ampliandole e sviluppandole, le considerazioni svolte dall'A. in occasione del progetto di ricerca sull'Euro Digitale dell'Università telematica San Raffaele Roma e confluite in opera collettanea.

[1] Cfr. il sito ufficiale della BCE dedicato al progetto: https://www.ecb.europa.eu/paym/digital_euro (consultato il 5 giugno 2025). Il progetto ha già attirato l'attenzione di parte della dottrina: tra i lavori che affrontano l'argomento in una prospettiva generale, cfr. F. GAMBINO, *Euro digitale e corso legale della moneta*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2024, 743; F. MATTASSOGLIO, *Euro digitale. Tra moneta programmabile e pagamenti condizionati*, in *Riv. trim. Dir. Econ.*, 2024, 769.

[2] L'euro digitale, come moneta della banca centrale, conserverebbe le caratteristiche essenziali di una passività pubblica a corso legale, ai sensi dell'art. 128 TFUE e del Regolamento (CE) n. 974/98: così S. GRÜNEWALD, C. ZELLWEGER-GUTKNECHT, B. GEVA, *Digital euro and ECB powers*, in *Common Market Law Review 58*, 2021, spec. 1035.


ISSN 2036-7821

delle banche centrali a livello globale, impegnate nello sviluppo delle valute digitali sovrane[3].

Analizzando la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla istituzione dell'euro digitale (nel seguito, per brevità, anche "Proposta di Regolamento")[4], emerge come queste correnti di cambiamento stiano modificando profondamente il concetto tradizionale di moneta legale, mescolando in un equilibrio delicato elementi di pubblico e privato, autorità e fiducia, sovranità e autonomia. Il progresso tecnologico costituisce il motore di queste innovazioni, ridefinendo il sistema monetario e il mercato dei pagamenti a livello europeo e globale.

Le tecnologie digitali hanno portato il mercato a inserirsi nel processo di creazione della moneta, superando i confini delle prerogative storicamente riservate alle banche centrali nazionali e sovranazionali. Questo fenomeno è particolarmente evidente nell'ascesa delle criptovalute, rappresentazioni digitali di valore emesse da attori privati (come i *miners*), custodite in portafogli elettronici e scambiate tramite chiavi crittografiche. Dall'introduzione del Bitcoin nel 2008, ancora oggi la più conosciuta, il panorama delle criptovalute si è evoluto significativamente, includendo *asset* come le *stablecoin*, che si distinguono per essere ancorate al valore di valute fiat o di beni finanziari, mantenendo una stabilità relativa rispetto alla volatilità delle altre criptovalute[5].

---

[3] Per un inquadramento delle principali problematiche sottese, si v. D. FAUCEGLIA, *La moneta privata. Le situazioni giuridiche di appartenenza e i fenomeni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 2020, 1254 ss.; M. SEMERARO, *Moneta legale, moneta virtuale e rilevanza dei conflitti*, in *Riv. dir. banc.*, 2019, 2, 239 ss.; M. CIAN, *La criptovaluta. Alle radici dell'idea giuridica di danaro attraverso la tecnologia: spunti preliminari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2019, 1, 315 ss.; C. PERNICE, *Digital Currency e obbligazioni pecuniarie*, Napoli, 2018; N. DE STASIO, *Verso un concetto europeo di moneta legale: valute virtuali, monete complementari e regole di adempimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 747 ss.

[4] Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO relativo all'istituzione dell'euro digitale, Bruxelles, 28.6.2023, COM (2023) 369 final, 2023/0212 (COD), il cui testo è consultabile al seguente link: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:6f2f669f-1686-11ee-806b-01aa75ed71a1.0007.02/DOC_1&format=PDF.

[5] D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?*, in *Occasional Paper Series*, 2019, 3, 230 ss.; F. PANETTA, *Stablecoin: due facce della stessa moneta*, 2020, reperibile sul sito *web* della BCE, il quale sottolinea che le *stablecoin* consentono di norma la conversione in moneta contante. Secondo l'Autore, le modalità di conversione differiscono però da quelle relative ai depositi bancari o alla moneta elettronica: esse infatti «possono risultare particolarmente vulnerabili al rischio di 'corsa ai riscatti'. In mancanza di una garanzia circa il valore di rimborso da parte dell'emittente, il prezzo della stablecoin oscillerebbe infatti in funzione del valore delle attività di riserva. Ciò potrebbe alimentare i riscatti qualora i detentori della stablecoin - sui quali ricadono i rischi di oscillazione dei prezzi - si attendano un calo significativo del valore di rimborso. Episodi di questa natura potrebbero verificarsi anche qualora gli emittenti garantiscano un determinato valore di rimborso della stablecoin ma non siano ritenuti in grado di onorare tale promessa. La necessità di far fronte ai riscatti potrebbe inoltre costringere l'emittente della stablecoin a liquidare le attività di riserva, innescando effetti di contagio sull'intero sistema finanziario. Nel caso di una stablecoin globale questi effetti potrebbero estendersi a più mercati contemporaneamente».


ISSN 2036-7821

Non a caso proprio le *stablecoin*, grazie alla loro struttura, aspirano a diventare mezzi di pagamento alternativi e complementari alle monete sovrane[6]. Tuttavia, se da un lato esse possono migliorare l'efficienza dei pagamenti, anche transfrontalieri, dall'altro, rappresentano un rischio per la stabilità finanziaria e la sovranità monetaria, minacciando il monopolio statale nell'emissione di moneta. Parallelamente, il denaro contante sta attraversando un evidente periodo di crisi, sempre meno utilizzato come strumento di pagamento a causa della sua inadeguatezza nel contesto digitale, dei cambiamenti nelle abitudini dei consumatori e delle politiche legislative che ne limitano l'uso per favorire metodi di pagamento tracciabili[7].

L'Unione Europea ha affrontato queste tematiche attraverso un duplice approccio: sul fronte normativo, ha proposto il Regolamento c.d. "MICA"[8], destinato a regolamentare il mercato delle cripto-attività (incluse le *stablecoin*); sul fronte della politica monetaria, ha avviato lo sviluppo dell'Euro Digitale, rientrante a pieno titolo nella categoria delle valute digitali emesse dalle banche centrali ("*central bank digital currency*", o "CBDC"[9]), segnando un passo significativo verso l'evoluzione del

[6] Sul tema, L. BALDO, *Inside the black box: tools for understanding cash circulation*, in *Banca d'Italia. Markets, Infrastructures, Payment Systems*, 2021, 7; A. ZAMORA-PÉREZ, *The paradox of banknotes: understanding the demand for cash beyond transactional use*, in *Bollettino economico BCE*, 2021; P. CIPOLLONE, *Il ruolo dell'euro digitale come àncora del sistema dei pagamenti*, in *La digitalizzazione degli strumenti finanziari: opportunità e rischi, Banca d'Italia*, 2021, 66 ss.; G. MARINO, *Carte di pagamento con funzione contactless, uso non autorizzato e responsabilità dei prestatori di servizi di pagamento*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2021, 137 ss.

[7] Per un approfondimento, cfr. G. MARINO, *op. ult. cit.*

[8] Il *Markets in crypto-assets regulation*, Regolamento (UE) 2023/114 del 31 maggio 2023 ("MiCA") costituisce una delle prime normative che disciplina in maniera generale il fenomeno delle cripto-attività, già in parte oggetto di regolamentazione per settori specifici quali l'antiriciclaggio e l'ambito tributario. Come anticipato, il Mica trova applicazione per i *crypto-asset* quali gli *stablecoin*, i *token* di moneta elettronica e i *token* fungibili non riconducibili a tali due categorie; quando, invece, una cripto-attività è qualificabile come strumento finanziario (ad es. azioni, obbligazioni, quote di fondi comuni di investimento), non trova applicazione il MiCA bensì il c.d. "Regolamento Pilota" oltre alla normativa in tema di strumenti e di servizi finanziari. Non sono disciplinati dal MiCA e dal Regolamento Pilota *crypto-asset* quali i *non-fungible token* ("NFT") e altre categorie come, ad esempio, i depositi, i prodotti assicurativi, le posizioni inerenti a cartolarizzazioni e gli *asset* monetari (fondi) salvo che si tratti di *token* di moneta elettronica. Anche a livello soggettivo, il MiCA non si applica per quanto riguarda le operazioni infragruppo, i curatori nell'ambito di procedure di insolvenza, la BCE, le banche centrali e le organizzazioni pubbliche internazionali.

[9] Per CBDC si intende una moneta emessa in forma digitale, espressa in una valuta avente corso legale, costituente una posta di debito nel bilancio di una Banca centrale (e non di una banca privata), disponibile e utilizzabile da tutti i consociati e non soltanto da banche e altri attori istituzionali del sistema dei pagamenti. Quattro ne sono pertanto, in termini schematici e alquanto approssimativi, gli elementi qualificanti: *(i)* l'emissione diretta da parte di un'autorità monetaria sovrana espressa in una valuta fiat; *(ii)* il *vestimentum* digitale; *(iii)* la diffusione nel campo dei pagamenti al dettaglio; *(iv)* il *legal tender*, vale a dire il potere liberatorio dai debiti di denaro in un determinato ordinamento giuridico. In dottrina, si v. M.K., BRUNNERMEIER, H. JAMES, J.P. LANDAU, *The Digitalization of Money*, in *BIS Working Paper Series*, 2021, 941; E. URBINATI, *A digital euro: a contribution to the discussion on technical design choices*, in *Banca d'Italia, Markets, Infrastructures, Payment Systems*, 2021, 10; D. IKEDA, *Digital Money as a Unit of Account and Monetary Policy*, in *Open Economies Discussion Paper*, 2020, 15.


ISSN 2036-7821

sistema monetario contemporaneo. Le CBDC – nel cui alveo sarebbe ricondotto anche l'ED - si inseriscono, infatti, con forza all'interno dell'attuale dibattito concernente i c.d. "*digital assets*" e il relativo inquadramento nella transizione tecnologica (e sostenibile)[10], con l'intento, *ex aliis*, di addivenire ad un più chiaro posizionamento delle valute statali nei confronti di quelle commerciali. In ottica evolutiva, quindi, le CBDC divengono strumenti di un progresso doverosamente destinatario di apposita disciplina, in quanto, almeno in potenza, anche capaci di realizzare un bilanciamento tra due fattori cioè l'innovazione finanziaria e l'inclusione sociale[11]. L'ED, da tale prospettiva, altro non è che una versione elettronica del contante, concepita per integrare il sistema monetario tradizionale, volto proprio a mantenere la stabilità finanziaria e a promuovere l'inclusione sociale ed economica.

Nel contesto sopra tratteggiato, il presente scritto si propone di analizzare il progetto di introduzione dell'ED nella specifica prospettiva del diritto amministrativo, valutando possibili profili di criticità e di opportunità, così come applicazioni utili e aderenti alla disciplina pubblicistica. L'angolo visuale, nella ridetta prospettiva, non può che essere rappresentato dai settori dei servizi pubblici e della contrattualistica pubblica, ove più intensamente si innestano ai tipici profili pubblicistici, rapporti obbligatori tipici delle prestazioni pecuniarie, nascenti dalla erogazione di prestazioni. Nello svolgimento di tale esercizio, sarà, dunque, necessario l'utilizzo del condizionale, determinato dall'assenza di un quadro normativo definitivo e dalla circostanza che l'attuale versione della Proposta di Regolamento è ancora suscettibile di modifiche e cambiamenti, che potrebbero incidere, anche indirettamente, sulle riflessioni qui svolte. Nonostante ciò, l'argomento è ritenuto di interesse, sebbene nella ridetta prospettiva *de jure condendo*, perché consente di sviluppare qualche preliminare valutazione che potrebbe offrire un contributo utile, non già in via immediatamente interpretativa, quanto piuttosto nelle successive fasi di adozione e implementazione della disciplina positiva, tanto a livello europeo, quanto a livello nazionale. Esulando dal presente studio i profili, pur rilevantissimi, circa la natura di moneta legale (che verrà solo accennata, ma in funzione delle successive riflessioni più pertinenti al presente studio), l'obbligazione pecuniaria e il suo adempimento, l'attenzione si focalizzerà sui settori dei servizi pubblici e dei pubblici appalti,

[10] Cfr. L. AMMANNATI, *Transizione energetica, just transition e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 1, 289 ss.; S. Amorosino, *Note sulle regolazioni delle transizioni economiche*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 2, 198 ss., il quale evidenzia che, per quanto di interesse, «se il 'sottostante' e 'propellente' della transizione è una crisi si evidenzia più nettamente la complementarità tra l'evoluzione tecnologica - che è quasi sempre un asse portante della transizione stessa - e la regolazione, la quale deve essere proattiva allo sviluppo ed all'impiego di nuove tecnologie».

[11] Sul punto, si vedano le riflessioni di F. RIGANTI, *L'euro digitale tra innovazione tecnologica e narrativa dell'inclusione sociale*, in *Banca Impresa Società*, 2023, 2, 581 ss.


ISSN 2036-7821

prendendo a riferimento la prospettiva del cittadino-debitore (nel primo caso, in quanto beneficiario di prestazioni di pubblico servizio) e del cittadino-creditore (nel secondo caso, in quanto creditore a fronte della esecuzione di un pubblico contratto), non mancando di verificarne le possibili utilità anche in materia di tracciabilità dei flussi finanziari.

## *2. L'Euro Digitale e il suo corso legale.*

Seppur nei limiti del presente scritto, pare opportuno richiamare la distinzione tra la moneta di banca centrale e la moneta privata. Le forme più tangibili di moneta di banca centrale sono le banconote e le monete utilizzate per i pagamenti in contanti. Poiché è emessa da una banca centrale, questa moneta esprime la sovranità monetaria di un paese (o di un'unione di Stati membri, o di un sottoinsieme di essi, come nel caso della zona euro) ed è pertanto denominata anche "moneta pubblica". La moneta privata, invece, è creata dalle banche commerciali e vi rientrano i depositi bancari e i prestiti concessi dalle banche stesse. I trasferimenti di moneta privata comprendono i pagamenti con carta di credito o tramite servizi online. Nell'ambito di questo sistema ibrido, i cittadini possono convertire la moneta privata in moneta pubblica e viceversa[12].

Ebbene, l'ED si colloca in tale dicotomia quale forma digitale di moneta di banca centrale emessa dalla BCE per pagamenti al dettaglio e all'ingrosso, con la conseguenza che l'ED dovrebbe integrare, e non sostituire, il contante e dovrebbe garantire l'accesso degli utenti della zona euro alla moneta di banca centrale in un'epoca di accresciuta digitalizzazione dei pagamenti. Si può allora delineare il tratto distintivo di ciò che dovrebbe rappresentare l'ED nella prospettiva delineata dalla BCE[13]: una passività registrata nei conti della banca centrale, fornita in formato digitale e destinata all'utilizzo da parte del pubblico generale, composto da cittadini e imprese, per i loro pagamenti quotidiani. Sarebbe, in sostanza, un ulteriore strumento per emettere moneta, che si affiancherebbe alle banconote e alle monete metalliche, senza configurarsi come una valuta alternativa.

Passando alla Proposta di Regolamento, sembra utile rilevare come, dopo avere definito l'ED quale «forma digitale della moneta unica a disposizione delle persone fisiche e giuridiche» (così art. 2; ma anche art. 3), in modo affine a quanto avviene in relazione all'euro analogico, si stabilisce che l'autorizzazione all'emissione della moneta digitale è di esclusiva competenza della BCE, che, tuttavia, può demandarne l'emissione anche alle banche centrali nazionali (art. 4, par. 1), rappresentando tale

[12] Sul punto, si vedano pure le riflessioni di P. PACILEO, *La disciplina della moneta elettronica a seguito del recepimento delle direttive 2004/46/ce e 2000/28/ce nell'ordinamento italiano*, in *Dir. dell'informatica*, 2015, 2, 307 ss.

[13] Si veda in particolare il *Report on a digital* euro, 19 ottobre 2020, reperibile su https://www.ecb.europa.eu/.


ISSN 2036-7821

moneta «una passività diretta della banca centrale europea o delle banche centrali nazionali nei confronti degli utenti dell'euro digitale» (art. 4, par. 2). Uno dei punti focali della Proposta di Regolamento è certamente rappresentato dal riconoscimento del corso legale dell'ED (art. 7, par. 1)[14], con la conseguenza che «il pagatore può liberarsi di un'obbligazione di pagamento proponendo al beneficiario l'euro digitale» (art. 7, par. 5). Tale statuizione non è certo di poco conto e si collega al quadro dogmatico relativo al debito pecuniario, come delineato nelle disposizioni di cui agli artt. 1277 e ss. c.c., nonché nella regolamentazione settoriale di matrice europea in materia di servizi di pagamento[15].

Come noto, la struttura teorica relativa alla moneta e alle obbligazioni pecuniarie ha seguito, nel diritto civile, un percorso evolutivo rilevante, sia sul piano normativo, sia nell'ambito dell'elaborazione dottrinale[16] e giurisprudenziale[17]. All'interno di questo contesto, si può richiamare il graduale processo di "astrazione" che ha interessato l'oggetto delle obbligazioni pecuniarie: si è passati dalla concezione tradizionale, che identificava il debito con la consegna di beni specifici appartenenti a una categoria fungibile, basata su una visione materialistica della moneta legale (e quindi coincidente con le banconote e le monete divisionarie emesse dallo Stato), al concetto di disponibilità giuridica del valore monetario dovuto[18]. Con il progressivo avanzare della dematerializzazione (prima) e della digitalizzazione (adesso), incidenti sulle modalità di rappresentazione e circolazione della ricchezza monetaria, si è verificata una trasformazione parallela nella concezione dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie: il pagamento in denaro, in buona sostanza, si è gradualmente svincolato da un approccio materiale (che lo identificava *tout court* esclusivamente nella consegna fisica della moneta al domicilio del creditore, come prescritto dall'art. 1182, comma 3, c.c.); si è affermato, invece, il principio secondo cui l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria consiste nel rendere disponibile al creditore il valore monetario dovuto, espresso nella «moneta con corso legale», ai sensi dell'art. 1277 c.c. Tale evoluzione ha permesso di equiparare, quanto agli effetti, la consegna del denaro contante ad altri strumenti di pagamento, come assegni o bonifici, che consentono la circolazione della cosiddetta moneta scritturale (o bancaria) mediante

14 Parla di corso legale 'dimezzato' G. MATTARELLA, *La regolazione delle monete digitali pubbliche e private tra mercato unico digitale e normative settoriali*, Torino, 2024.

15 Per una ricostruzione puntuale del profilo, T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2011, *passim*.

16 In dottrina, B. INZITARI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nella società contemporanea: tramonto della carta moneta e attribuzione pecuniaria per trasferimento della moneta scritturale*, in *Banca, borsa e tit. cred*., 2007, 1, 133 ss.; M. PENNASILICO, *L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria mediante assegno circolare: a proposito di interpretazione «evolutiva» della legge*, in *Rass. dir. civ*., 2010, 777 ss.

17 *Ex plurimis*, Cass. civ., Sez. un., 18 dicembre 2007, n. 26617; ibid. 4 giugno 2010, n. 13658.

18 Quest'ultimo si manifesta come un'unità ideale espressa in termini numerici nella valuta con corso legale.


ISSN 2036-7821

operazioni contabili che trasferiscono la disponibilità giuridica del valore monetario al creditore[19].

In tale contesto, dunque, possono essere valutati i possibili effetti dell'introduzione dell'ED sul concetto giuridico di valuta legale. Il corso legale rappresenta, infatti, sul piano sia logico che temporale, una manifestazione della natura della moneta come simbolo, piuttosto che come bene materiale: un segno, quindi, intrinsecamente ideale e immateriale, che riflette l'autorità monetaria e la fiducia dei cittadini nella valuta sovrana, indipendentemente dalla forma concreta e pratica con cui tale unità astratta si manifesta. L'attribuzione, quindi, del corso legale[20] all'ED rafforzerebbe certamente quella interpretazione moderna e integrata del concetto di «moneta avente corso legale nello Stato», sancito dall'art. 1277 cit., che identifica la moneta proprio con l'unità valutaria astratta alla quale la legge attribuisce efficacia liberatoria nell'ambito di un ordinamento giuridico.

Riconosciuto il corso legale, si delineano però due possibili approcci all'implementazione effettiva dell'ED, in parte divergenti. Il primo: se l'obiettivo dell'ED - nel quadro della politica monetaria dell'Unione Europea - è affrontare il calo dell'uso del contante nei vari Paesi membri, sarà allora fondamentale progettare la nuova valuta digitale in modo che mantenga caratteristiche assimilabili al contante. Ciò implica un sistema che, come il denaro fisico, fornisca informazioni minime sul pagatore e garantisca un elevato grado di anonimato, consenta transazioni offline in assenza di connessione *internet* e risulti semplice da utilizzare anche per le categorie più vulnerabili. Il secondo: se, invece, l'intento principale dell'ED è contrastare la crescente diffusione di valute virtuali private o emesse da altre istituzioni (come, ad esempio, il dollaro digitale), sarà necessario sviluppare una moneta altamente competitiva, progettata per operare *online*, con funzioni di interazione tra utenti[21], determinando sfide significative, come rischi per la sicurezza informatica, la gestione di grandi quantità di dati generati dalle transazioni, la profilazione degli utenti, la valutazione del merito creditizio e un possibile aumento del rischio di esclusione finanziaria.

---

[19] Si veda G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, 40 ss.; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 2012, 255 ss. Con riferimento specifico all'ED, Z. ZENO-ZENCOVICH, *Profili civilistici dell'euro digitale*, in *Diritto dell'inf.*, 2023, 25 ss.

[20] Come chiarito in dottrina, dal punto di vista normativo, il corso legale è un attributo conferito "artificialmente", per decisione sovrana, alla moneta intesa come unità di valore, il cui scopo è sancirne l'obbligatorietà nell'accettazione da parte del creditore e la capacità di estinguere i debiti in denaro, a prescindere dal mezzo empirico e contingente attraverso cui tale valore viene trasferito. Diversamente, si rischierebbe di riproporre, in chiave moderna, una visione che identifica il contenuto dell'obbligazione pecuniaria con il suo mezzo di trasmissione temporaneo, prima metallico, poi cartaceo, e ora digitale, incorrendo in un evidente errore storico, logico e giuridico: cfr. G. MARINO, *op. ult. cit.*, 13 ss.

[21] Si veda in argomento F. GAMBINO, *Euro digitale e corso legale della moneta*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2024, 234 ss.


ISSN 2036-7821

La Proposta di Regolamento sembra farsi carico delle ridette due - concorrenti - prospettive, enucleandone gli elementi di dettaglio, in un sistema che, tuttavia, lascia qualche ombra di dubbio sull'effettivo concreto funzionamento.

### *3. I pagamenti mediante ED nei servizi pubblici: ED come nuovo* standard *di servizio*?

Il richiamato corso legale dell'ED, laddove ricondotto nell'alveo proprio delle questioni di interesse per il diritto amministrativo, induce, innanzitutto, a verificarne i possibili impatti nelle dinamiche proprie della erogazione dei servizi pubblici: il riferimento è chiaramente all'utilizzo dell'ED quale moneta di pagamento delle prestazioni rese nell'ambito delle prestazioni, così costituendo un ulteriore tassello nel più ampio mosaico della digitalizzazione nei servizi pubblici[22]. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai pagamenti effettuati dagli utenti di un servizio pubblico, quali l'acquisto di un *ticket* bus o l'erogazione di prestazioni sanitarie da parte del S.S.N.; ma, con logica inversa, si pensi anche alle erogazioni e ai contributi di cui alcuni cittadini usufruiscono nell'ambito dei servizi sociali. La questione, quantomeno per semplicità espositiva, può essere affrontata da una duplice e concorrente prospettiva, ossia: da un lato, dall'angolo visuale del fornitore del servizio pubblico (che nella ridetta dinamica assume la posizione di creditore) e dall'altro dell'utente dello stesso (che si pone nella posizione di debitore).

Dal richiamato corso legale dell'ED discende l'obbligo del prestatore del servizio pubblico, ossia Pubblica Amministrazione o concessionario, di accettarne il pagamento quale strumento di estinzione della obbligazione. Così si evince chiaramente dall'art. 7 della Proposta di Regolamento, che, dopo avere previsto che «il corso legale dell'euro digitale comporta l'obbligo di accettazione dello stesso» (comma 2), si preoccupa di meglio chiarire la relazione delle parti (prestatore del servizio e beneficiario dello stesso), esplicitando che, da un lato, il «pagatore può liberarsi di un'obbligazione di pagamento proponendo al beneficiario l'euro digitale» (comma 5), e, dall'altro, il «beneficiario non rifiuta l'euro digitale proposto in pagamento per adempiere a tale obbligo» (comma 3). In altre parole, mentre il beneficiario di un servizio può autonomamente scegliere se pagare la prestazione con

[22] Sul punto, e più di recente, si vedano le considerazioni di M. MANNA, D. TESTA, *Digitalizzazione della pubblica amministrazione e innovazione territoriale: "quo vadis"? La necessità di nuove sintesi per un binomio in (lento) divenire*, in *Munus*, 2024, 1, 141-175. Spunti di interesse sul tema della digitalizzazione dei servizi pubblici si rinvengono in M.C. CAVALLARO, *Amministrazione pubblica e sistemi di intelligenza artificiale: alcune riflessioni, in Diritto e processo amministrativo*, 2022, 4, 955-976; P. FORTE, *Diritto amministrativo e Data Science. Appunti di intelligenza amministrativa artificiale (AAI)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 1, 247 ss.; R. GIORDANO, A. PANZAROLA, A. POLICE, S. PREZIOSI, M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione*, Milano, 2022, *passim*.


ISSN 2036-7821

moneta classica o digitale, il prestatore del servizio ha l'obbligo di accettare l'ED, se proposto dal pagatore, e, al contempo, non può imporne l'utilizzo quale unico mezzo di pagamento.

Invero, sull'obbligo del prestatore di accettare i pagamenti in ED, la Proposta di Regolamento contiene un articolato sistema di deroghe a cui si ritiene necessario fare riferimento, anche al fine di apprezzarne le ricadute sul versante che qui più direttamente rileva, ossia quello dei servizi pubblici. In particolare, salva la possibilità che la Commissione preveda ulteriori specifiche deroghe[23], il beneficiario ha il diritto di rifiutare l'euro digitale se: (a) il beneficiario è un'impresa che occupa meno di 10 persone o il cui fatturato annuo o totale di bilancio annuo non è superiore a 2 milioni di EUR, o è un soggetto giuridico senza scopo di lucro quale definito all'articolo 2, punto 18), del regolamento (UE) 2021/695 del Parlamento europeo e del Consiglio, a meno che non accetti mezzi di pagamento digitali comparabili; (b) il rifiuto è opposto in buona fede e si fonda su motivi legittimi e temporanei in linea con il principio di proporzionalità in considerazione di circostanze concrete indipendenti dalla volontà del beneficiario, fermo restando che in tal caso spetta a quest'ultimo l'onere di provare la sussistenza di tali motivi legittimi e temporanei, nonché la proporzionalità del rifiuto; (c) il beneficiario è una persona fisica che agisce nell'esercizio di attività a carattere esclusivamente personale o domestico; (d) prima del pagamento, il beneficiario ha concordato con il pagatore un altro mezzo di pagamento (art. 9). Con specifico riferimento a tale ultima ipotesi, dunque, il successivo articolo 10 ha cura di precisare che al fine di escludere l'obbligo di accettazione dell'euro digitale, il beneficiario non può utilizzare clausole contrattuali che non siano state oggetto di negoziazione individuale o pratiche commerciali che hanno per oggetto o per effetto l'esclusione dell'uso dell'euro digitale da parte dei pagatori di debiti pecuniari denominati in euro. Viene espressamente chiarito che una clausola contrattuale non viene considerata come oggetto di negoziazione individuale, laddove essa sia redatta preventivamente e, in particolare, nell'ambito di un contratto *standard* e il pagatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto.

A questo punto, si ritiene necessario valutare se l'obbligo di accettare il pagamento in ED trovi applicazione generalizzata nell'ambito dei servizi pubblici ovvero se i prestatori degli stessi possano, nei limiti di quanto disposto dagli artt. 9 e 10, cit., prevedere espresse deroghe al suo utilizzo. La questione - la cui soluzione non pare

[23] L'art. 11 della Proposta di Regolamento dispone che «Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti delegati a norma dell'articolo 38 al fine di integrare il presente regolamento individuando ulteriori deroghe di diritto monetario al principio dell'obbligo di accettazione. Tali deroghe sono giustificate da un obiettivo di interesse pubblico e ad esso proporzionate, non compromettono l'efficacia del corso legale dell'euro digitale e sono consentite solo a condizione che siano disponibili altri strumenti per il pagamento di debiti pecuniari. Nel preparare tali atti delegati, la Commissione consulta la Banca centrale europea».


ISSN 2036-7821

possa essere direttamente desunta dal tenore delle disposizioni europee richiamate - assume rilevanza al fine di apprezzare il concreto e immediato livello di capillare penetrazione dell'ED nell'ambito di riferimento. E, infatti, se l'obbligo di accettazione dell'ED fosse generalmente derogabile mediante scelte atomistiche da parte del singolo prestatore del servizio pubblico, si rischierebbe di assistere a una implementazione imprevedibile e impropria (e per questo certamente inefficiente) della digitalizzazione dei pagamenti delle prestazioni pubbliche, di fatto, quindi, vanificando gli obiettivi sottesi alla proposta normativa. Ciò accadrebbe, ad esempio, se nella definizione dei principi e regole sottesi all'erogazione del servizio pubblico ai prestatori fosse riconosciuta la facoltà di derogare all'obbligo di accettare i pagamenti in ED, in linea con quanto, astrattamente, assentito dal richiamato art. 9 della Proposta di Regolamento (e, in particolare, dalla previsione secondo cui il beneficiario può concordare con il pagatore un mezzo di pagamento diverso dall'ED). Si ritiene, tuttavia, che tale facoltà non possa essere legittimamente esercitata né nel contratto di servizio, né nelle carte dei servizi[24].

Trovando una primigenia disciplina in ambito europeo, il contratto di servizio è stato originariamente previsto dal regolamento CEE n. 1893/1991[25], che ha legittimato le autorità competenti a stipulare contratti di servizio pubblico con le imprese di trasporto, al fine di assicurare un'adeguata offerta di servizi, considerando in particolare fattori sociali, ambientali e di pianificazione territoriale, nonché la necessità di applicare tariffe agevolate a determinate categorie di utenti. Esso, nell'art. 14, comma 1, del ridetto regolamento, era definito come l'accordo tra autorità

[24] È utile altresì rilevare che nella fase di erogazione di alcuni servizi (es. elettricità e gas) tra utente e soggetto gestore intercorre pure un rapporto contrattuale riconducibile al contratto di somministrazione, qualificato come contratto di utenza pubblica: cfr. G. ALPA, *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 107 ss., secondo cui la prospettiva di diritto comune soddisfa «l'esigenza di assicurare all'utente (consumatore) un prodotto o un servizio in cui la qualità, la quantità, il prezzo, la trasparenza dello strumento contrattuale, delle fasi del rapporto, degli atti esecutivi di esso, pur essendo predeterminati non comportano vessazioni, non implicano sacrifici eccessivi, né pongono il destinatario in condizioni di ineluttabile inferiorità e quindi obiettiva, insormontabile debolezza». Ai fini che qui rilevano, tuttavia, non viene analizzata tale figura, in quanto riconducibile ai contratti aventi clausole generali non negoziate, a cui espressamente fa riferimento l'art. 10 della Proposta di Regolamento: su tale aspetto, si v. L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2002, 113, la quale rileva il carattere proprio di tali contratti di «determinazione unilaterale del contenuto dei singoli contratti di utenza, secondo il meccanismo previsto dagli artt. 1341 e 1342 c.c.».

Eppure, per quanto riguarda l'Enel, non è invocabile né l'uno né l'altro sistema in quanto la disposizione contenuta nell'art. 3 n. 11 della l. n. 1643 del 1962, avente ad oggetto l'emanazione di norme delegate sull'obbligo dell'Enel di far approvare le condizioni generali di contratto dal Ministero o da altra autorità governativa, non ha ricevuto attuazione. Né, per quanto riguarda l'ente in parola, sarebbe invocabile l'art. 1679 c.c., ai sensi del quale le condizioni generali sono stabilite o autorizzate nell'atto di concessione, in assenza di un provvedimento concessorio Per una ricostruzione sulla nozione di contratti di utenza pubblica cfr. A.M. SANDULLI, *Il commento (a Corte costituzionale, 30 dicembre 1994, n. 456)*, in *Gior. dir. amm.*, 1995, 554 ss., spec. 556 ss.

[25] Regolamento CEE del 20 giugno 1991, n. 1893/1991, che modifica il regolamento CEE n. 1191/1969 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile, GUCE 29 giugno 1991, L169. Si v. anche Reg. (CE) 1370/2007.


ISSN 2036-7821

competenti e imprese di trasporto volto a garantire servizi sufficienti alla collettività, rappresentando dunque uno strumento attraverso il quale l'interesse pubblico viene tutelato non tramite imposizione autoritativa, ma mediante un accordo negoziale. Nel contesto italiano, il contratto di servizio si è affermato rapidamente già nella prima metà degli anni Novanta. Esso ha trovato applicazione sia nelle discipline settoriali relative ai servizi a rete – con riferimento tanto a realtà di livello nazionale quanto locale – sia nella disciplina generale dei servizi pubblici locali, diventando spesso la forma attraverso cui si definisce l'atto con cui l'amministrazione incarica un soggetto dell'esercizio dell'attività e dell'erogazione delle prestazioni[26]. Per quanto riguarda i servizi di rilevanza nazionale, oltre all'ambito del trasporto ferroviario – in cui l'istituto è stato introdotto con la legge n. 538/1993, attuativa del regolamento n. 1893/1991 –, il contratto di servizio è stato adottato anche nel settore radiotelevisivo pubblico e, successivamente, in quello energetico, dell'assistenza al volo e dei servizi ambientali. A livello nazionale, oltre che da previsioni specifiche aventi valenza prevalentemente settoriale[27], il contratto di servizio, sebbene con riferimento ai servizi pubblici locali a rilevanza economica, trova una puntuale disciplina all'art. 24 d.lgs. n. 201/2022. Tale disposizione, dopo avere limitato la funzione del contratto di servizio nella regolazione dei «rapporti tra gli enti affidanti e i soggetti affidatari del servizio pubblico, nonché quelli tra gli enti affidanti e le società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali» (comma 1), dispone che esso contenga «previsioni dirette ad assicurare, per tutta la durata dell'affidamento, l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, nonché l'equilibrio economico-finanziario della gestione secondo criteri di efficienza, promuovendo il progressivo miglioramento dello stato delle infrastrutture e della qualità delle prestazioni erogate» (comma 2). La disposizione, quindi, ferme restando le eventuali norme settoriali, si preoccupa di definire il contenuto minimo di qualsiasi contratto di servizio[28], indicando altresì ulteriori elementi oggetto di disciplina per quanto

[26] Cfr. C. MARZUOLI, *Il contratto di servizio in materia radiotelevisiva: un contratto autentico?*, in *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 2000, 749 ss.

[27] Si pensi per il trasporto pubblico al d.lgs. n. 422/1997, che per primo ha fornito una regolamentazione puntuale dell'istituto agli artt. 17 e 19 (18). Anche nel settore della distribuzione del gas naturale agli utenti, il contratto di servizio è espressamente previsto come modalità regolativa del rapporto tra ente locale e gestore (art. 14 del d.lgs. n. 164/2000).

[28] In particolare: a) il regime giuridico prescelto per la gestione del servizio; b) la durata del rapporto contrattuale; c) gli obiettivi di efficacia ed efficienza nella prestazione dei servizi, nonché l'obbligo di raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione; d) gli obblighi di servizio pubblico; e) le condizioni economiche del rapporto, incluse le modalità di determinazione delle eventuali compensazioni economiche a copertura degli obblighi di servizio pubblico e di verifica dell'assenza di sovracompensazioni; f) gli strumenti di monitoraggio sul corretto adempimento degli obblighi contrattuali, ivi compreso il mancato raggiungimento dei livelli di qualità; g) gli obblighi di informazione e di rendicontazione nei confronti dell'ente affidante, o di altri enti preposti al controllo e al monitoraggio delle prestazioni, con riferimento agli obiettivi di efficacia ed efficienza, ai risultati economici e gestionali e al raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi; h) la previsione delle penalità e delle ipotesi di risoluzione del contratto in caso di grave e ripetuta violazione degli


ISSN 2036-7821

attiene ai servizi resi su richiesta individuale dell'utente[29]. E', dunque, evidente come il contratto di servizio assuma una funzione molto ampia, configurandosi come strumento generale di regolazione dell'intera relazione tra amministrazione e gestore[30]. A prescindere che lo si voglia qualificare come contratto a favore di terzi *ex* artt. 1411-1413 c.c. o come contratto con prestazioni a favore di terzi, ovvero, ancora, se lo si voglia ricondurre all'accordo sostitutivo di provvedimento di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990[31], ciò che sembra evidente è che il contratto di servizio non possa validamente contenere l'accordo derogativo dell'obbligo di accettare ED. E, infatti, pur trascurando la circostanza che il contratto di servizio si atteggi, di fatto, quale negozio a contenuto vincolato, ossia non soggetto a negoziazione (con ciò quindi ricorrendo l'esclusione di cui all'art. 10, cit.), pare comunque non possa trovare applicazione l'ipotesi derogatoria prevista dall'art. 9, lett. d) della Proposta di Regolamento, relativa all'accordo tra beneficiario e pagatore. Nel rapporto, tipicamente trilaterale, del servizio pubblico con tariffazione all'utenza, si verifica un disallineamento tra amministrazione pubblica, prestatore del servizio e utente, nel senso che, sebbene la relazione beneficiario-pagatore si sovrapponga a quella tra prestatore del servizio-utente, il contratto di servizio viene sottoscritto tra il prestatore del servizio e la pubblica amministrazione. Quest'ultima, dunque, non potendo qualificarsi come *pagatore*, ai sensi e per gli effetti del ridetto articolo 9, non potrebbe certo assentire con il prestatore del servizio la deroga all'utilizzo dell'ED nell'ambito del contratto di servizio.

Di tale deroga all'utilizzo dell'ED si ritiene non possa farsi latrice neanche la Carta dei servizi adottata dal prestatore del pubblico servizio[32]. Invero, la Carta dei servizi,

---

obblighi contrattuali o di altri inadempimenti che precludono la prosecuzione del rapporto; i) l'obbligo di mettere a disposizione i dati e le informazioni prodromiche alle successive procedure di affidamento; l) le modalità di risoluzione delle controversie con gli utenti; m) le garanzie finanziarie e assicurative; n) la disciplina del recesso e delle conseguenze derivanti da ogni ipotesi di cessazione anticipata dell'affidamento, nonché i criteri per la determinazione degli indennizzi; o) l'obbligo del gestore di rendere disponibili all'ente affidante i dati acquisiti e generati nella fornitura dei servizi agli utenti, ai sensi dell'articolo 50-quater del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

[29] Ossia, a) la struttura, i livelli e le modalità di aggiornamento delle tariffe e dei prezzi a carico dell'utenza; b) gli indicatori e i livelli ambientali, qualitativi e quantitativi delle prestazioni da erogare, definiti in termini di livelli specifici e di livelli generali, e i relativi obiettivi di miglioramento, inclusi quelli volti a garantire un migliore accesso al servizio da parte delle persone diversamente abili; c) l'indicazione delle modalità per proporre reclamo nei confronti dei gestori, nonché delle modalità e dei tempi con i quali devono essere comunicati i relativi esiti agli utenti; d) le modalità di ristoro dell'utenza, in caso di violazione dei livelli qualitativi del servizio e delle condizioni generali del contratto.

[30] Cfr. M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 801.

[31] Per il dibattito sul tema, si v, A. ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Diritto dei trasporti*, 1998, 613 ss.; M. LOTTINI, *Il contratto di servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 2002, 53 ss.

[32] L'introduzione della Carta dei Servizi in Italia è avvenuta nel 1993 ad opera del Dipartimento per la Funzione Pubblica: in tale documento di studio sono stati stabiliti i principi fondamentali posti a presidio dell'erogazione dei servizi pubblici. L'obbligo di adozione per ciascun soggetto erogatore di una propria specifica carta dei servizi


ISSN 2036-7821

che nell'ambito relativo ai servizi pubblici locali trova la sua attuale disciplina all'art. 25 d.lgs. n. 201/2022[33], ha una natura giuridica ibrida: da un lato, essa integra *ab externo* il rapporto contrattuale sottostante34, facendo sorgere diritti e doveri nella relazione tra l'impresa e l'utente; dall'altro lato, la carta avrebbe anche un rilievo sul fronte pubblicistico, avendo un impatto diretto nei rapporti tra ente pubblico e soggetto erogatore, dovendo il suo contenuto essere riflesso nel rapporto concessorio, nonché negli altri atti che disciplinano il rapporto[35], al punto che l'eventuale

è stato poi puntualizzato dall'art. 2 del d.l. 12 maggio 1995, n. 163, convertito in legge 11 luglio 1995, n. 273, e poi successivamente abrogato dal d.lgs. n. 286/1999. Il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. decreto "Cresci-Italia"), convertito con modificazioni in l. n. 27/2012, ha valorizzato ulteriormente, all'art. 8, l'efficacia delle carte dei servizi sancendone il valore vincolante. La codificazione normativa dell'obbligo di pubblicazione della carta dei servizi, infine, si è avuta con il d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal d.lgs. n. 97/2016 che, in attuazione della delega in materia di trasparenza, conferita dalla l. n. 190/2012 (c.d. "Legge Anticorruzione"), all'art. 32 prescrive alle Amministrazioni pubbliche l'obbligo di pubblicare la propria carta dei servizi o il documento recante gli *standard* di qualità dei servizi pubblici erogati. In punto di quadro normativo, per i servizi pubblici locali a rilevanza economica, viene in rilievo l'art. 25 del d.lgs. n. 201/2022 e l'art. 2, comma 461, lettera a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

[33] Secondo cui «1. Il gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica redige e aggiorna la carta dei servizi di cui all'articolo 2, comma 461, lettera a), della legge 24 dicembre 2007, n. 244, corredata altresì delle informazioni relative alla composizione della tariffa, e la pubblica sul proprio sito internet. 2. Il gestore dà adeguata pubblicità, anche a mezzo del proprio sito internet, nel rispetto delle regole sui segreti commerciali e le informazioni confidenziali delle imprese, del livello effettivo di qualità dei servizi offerti, del livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento, con modalità che assicurino la comprensibilità dei relativi atti e dati». Per completezza espositiva, si consideri che l'art. 2, comma 461, cit. così dispone: «Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni: a) previsione dell'obbligo per il soggetto gestore di emanare una «Carta della qualità dei servizi», da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza».

[34] L. IEVA, *Carte dei servizi pubblici e tutela degli utenti*, in *Giust.it*., 2000; G. MASTRANDEA, *Le carte dei servizi ferroviari e la qualità della prestazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[35] Così G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1997, 96 s., secondo i quali «per quanto riguarda, poi, il rapporto tra gli enti erogatori e le amministrazioni concedenti o vigilanti, la carta, a seconda dei casi, integra il contenuto delle pattuizioni accessive al provvedimento di concessione o estende il parametro dei controlli del soggetto vigilante». Sul punto, cfr. l'art. 2, comma 461, l. 24 dicembre 2007, n. 244, secondo cui «Al fine di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e di garantire la qualità, l'universalità e l'economicità delle relative prestazioni, in sede di stipula dei contratti di servizio gli enti locali sono tenuti ad applicare le seguenti disposizioni: a) previsione dell'obbligo per il soggetto gestore di emanare una «Carta della qualità dei servizi», da redigere e pubblicizzare in conformità ad intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate, recante gli standard di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza; b) consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori; c) previsione che sia periodicamente verificata, con la partecipazione delle


ISSN 2036-7821

violazione degli *standard* di qualità avrà un impatto diretto sul rapporto concessorio, integrando una violazione delle obbligazioni allo stesso sottese. Questa considerazione, peraltro, sembra trovare conforto nell'allegato 3, art. 3, n. 2, della direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, ove è precisato che «per i servizi erogati in regime di concessione o mediante convenzione e comunque erogati da soggetti non pubblici, l'inosservanza dei principi della presente direttiva costituisce inadempimento degli obblighi assunti contrattualmente dai soggetti erogatori». La rilevata natura della Carta, dunque, induce non solo a ritenere chiara la sua inidoneità a contenere validamente la deroga all'utilizzo dell'ED, costituendo un documento unilateralmente predisposto dal concessionario, ma rende, per altro verso, chiaro come la regolamentazione europea, e l'obbligo di garantire il pagamento in ED, si pongano addirittura come nuovi *standard* da garantire all'utente, la cui violazione determinerebbe, da un lato, la possibilità di attivare le tutele, giurisdizionali e non, per violazione non solo dei livelli di qualità ma anche dell'accesso stesso al servizio pubblico specifico e, dall'altro, possibili profili di inadempimento rilevante ai fini dello stesso rapporto concessorio.

Il pagamento delle prestazioni pubbliche, dunque, potrà certamente avvenire, a scelta dell'utente, in ED, con la conseguenza, non di poco momento, che gli erogatori del servizio pubblici (siano essi Amministrazioni pubbliche o concessionari privati) dovranno munirsi, a livello infrastrutturale ed organizzativo, di tutto quanto necessario affinché l'utente possa pagare l'accesso al servizio anche in ED, determinando, la mancata o inadeguata implementazione delle necessarie infrastrutture, profili di responsabilità verso l'utente e inadempimento degli obblighi derivanti dalla concessione.

### *4. La prospettiva dell'utente: tra inclusione finanziaria e inclusione sociale.*

L'implementazione dell'ED, anche nei rapporti con la P.A., si innesta in modo più che comprensibile nel noto processo di digitalizzazione che, negli ultimi anni, sta

associazioni dei consumatori, l'adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge, ferma restando la possibilità per ogni singolo cittadino di presentare osservazioni e proposte in merito; d) previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all'ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori; e) istituzione di una sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi tra ente locale, gestori dei servizi ed associazioni dei consumatori nella quale si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni pervenute a ciascuno dei soggetti partecipanti da parte dei cittadini; f) previsione che le attività di cui alle lettere b), c) e d) siano finanziate con un prelievo a carico dei soggetti gestori del servizio, predeterminato nel contratto di servizio per l'intera durata del contratto stesso».


ISSN 2036-7821

pervadendo anche il settore pubblico, riproponendone alcune delle questioni più delicate, tra cui quella dell'inclusione e del sotteso tema del *digital divide*[36]. Esso è, in sostanza, un *gap*, un divario, uno squilibrato distacco tra chi ha competenze, conoscenze, ma spesso anche possibilità economiche, e chi invece ne è privo. Le direttrici che sono, al contempo, causa e conseguenza di questo divario sono, da un lato, l'accessibilità dei servizi e delle procedure digitalizzate per la richiesta del servizio e la fruizione dello stesso; dall'altro, l'effettiva disponibilità dei dispositivi che consentono l'intermediazione digitale tra amministrazione e utente. Entrambe le direttrici sono connesse e correlate, perché «la mancanza del dispositivo incide anche sull'accessibilità, e, al contempo, la mancanza delle conoscenze di base che consentono l'accessibilità influisce inevitabilmente sulla disponibilità del dispositivo adeguato e del suo corretto utilizzo»[37].

Nell'economia del presente lavoro, è appena possibile rilevare come la Proposta di Regolamento affronti in modo non del tutto completo ed esaustivo il tema dell'inclusione, declinandola unicamente sul versante finanziario. Come fatto palese nella relazione alla Proposta di Regolamento, viene espressamente dichiarato che l'ED si ispira alla direttiva 2014/92/UE (direttiva sui conti di pagamento), volta a garantire a tutti gli individui, in particolare quelli appartenenti a categorie vulnerabili o svantaggiate, un accesso equo, sicuro e conveniente ai servizi finanziari fondamentali. In tale contesto, dunque, vengono individuati chiari obiettivi: in primo luogo, tutti gli enti creditizi che prestano servizi di conto di pagamento sarebbero tenuti a prestare servizi di pagamento in euro digitale; in secondo luogo, alle persone fisiche deve essere garantita l'offerta gratuita di servizi base in euro digitale; in terzo luogo, la distribuzione dell'euro digitale da parte degli enti pubblici deve essere garantita anche alle persone fisiche che non intendano aprire un conto in euro digitale presso enti creditizi o altri prestatori di servizi di pagamento. L'inclusione finanziaria è un obiettivo regolamentato principalmente a livello eurounitario, che mira ad eliminare le barriere all'accesso ai servizi finanziari e favorire un'economia più equa e resiliente. Nella prospettiva della presente analisi, peraltro, l'inclusione

[36] Il Report 2023 dell'Istat su cittadini e ICT registra un persistente divario in materia di competenze digitali e di caratteristiche socio-culturali della popolazione (https://www.istat.it/wp-content/uploads/2023/12/Cittadini-e-ICT-2023.pdf). In dottrina, si veda L. SARTORI, *Il digital divide. Internet e le nuove disuguaglianze sociali*, Bologna, Il Mulino, 2006; P. ZUDDAS, *Covid-19 e digital divide: tecnologie digitali e diritti sociali alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Osservatorio costituzionale, 3/2020*, p. 285 ss.; J. VAN DIJK, *The digital divide*, Polity Press, Cambridge, UK, 2020; G. PESCI, *Il digital divide, l'uguaglianza sostanziale e il diritto all'istruzione*, in *Ciberspazio e diritto*, 2021, p. 259 ss. Si v. anche F. RIGANTI, *L'euro digitale tra innovazione «tecnologica» e «narrativa» dell'inclusione sociale (clausole e principi nel diritto dell'economia)*, in *Banca impr. soc.*, 2023, 592 ss. Il problema dell'alfabetizzazione informatica nei pagamenti elettronici è sottolineato anche da R. MOTRONI, *I pagamenti non monetari nella finanza digitale europea. La prospettiva italiana*, Bari, 2023, 49.

[37] A. MASUCCI, *Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative. Disciplina giuridica e riflessi sull'azione amministrativa*, in *Diritto pubblico, 2003*, 991, spec. 1011.


ISSN 2036-7821

finanziaria, oltre che contribuire al capillare sviluppo dei servizi di pagamento anche presso quelle parti della popolazione finora escluse dal circuito finanziario o con scarso accesso a questo tipo di servizi[38], si pone come ineludibile strumento per garantire l'accesso ai servizi pubblici. È fuor di dubbio, infatti, come alla capillare diffusione dell'ED potrà in effetti corrispondere una migliore fruizione non solo delle attività amministrative rese in forma digitale (si pensi ai pagamenti *online* per l'ottenimento e il rilascio di certificazioni, autorizzazioni, ecc.), ma anche dell'ambiente cittadino tutto (ad esempio, l'acquisto di titoli di viaggio per lo spostamento urbano ed extraurbano o l'accesso alla mobilità alternativa in *sharing*). È proprio in questa prospettiva, dunque, che l'inclusione finanziaria sembra trovare un punto di convergenza con l'inclusione sociale, intesa come (ed elevata a) quel principio volto proprio al contrasto a tutti i fattori discriminanti che creano situazioni di diseguaglianza, marginalità e appunto esclusione delle persone dalla vita sociale e dai suoi benefici sul pieno sviluppo personale[39]. Oltre all'accessibilità, e muovendo al parallelo e convergente tema della digitalizzazione dei servizi, il rispetto del principio di eguaglianza si lega all'esigenza di superare il già richiamato *digital divide*. Si consideri, infatti, che, nel processo di transizione digitale, è fondamentale che gli utenti del servizio pubblico siano messi nelle condizioni di conoscere e saper gestire dispositivi e tecnologie. È necessaria, cioè, una formazione progressiva dell'utente all'utilizzo e quindi, poi, alla corretta funzione del servizio. Invero, il tema dell'inclusione (anche sociale) non sembra del tutto negletto nella Proposta di Regolamento, laddove si chiarisce che l'ED deve essere progettato, da un punto di vista tecnico, in modo da facilitarne l'uso da parte del pubblico, comprese «le persone con disabilità, limitazioni funzionali o competenze digitali limitate e le persone anziane» (artt. 18 e ss.). Da qui la necessaria implementazione dell'ED, quantomeno se lo si guardi sul versante dei servizi pubblici, con modalità tali da non creare o acuire il divario tra chi è interconnesso (e quindi digitale) e chi non lo è; e ciò in ossequio al principio di eguaglianza caratterizzante il servizio pubblico che si concretizza, ai sensi dell'art. 1 del D.P.C.M. 27 gennaio 1994, nella previsione di regole, nei rapporti tra utenti e servizi pubblici, tali da garantire l'accesso eguale per tutti con parità di trattamento, anche sul versante economico e a parità di condizioni del servizio prestato, sia fra le diverse aree geografiche di utenza, anche quando le

[38] Cfr. sul punto V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2022, 56 ss.; E. MACCHIAVELLO, *La regolazione del FinTech tra innovazione, esigenze di tutela e level-playing field. L'inesplorato caso dell'invoice trading*, in *Banca Impresa Società*, 2021, 497 ss.

[39] Come evidenziato da M. FALANGA, *Il principio di inclusione sociale e suo riverbero nella materia della pubblica istruzione*, in *Federalismi.it*, 2022, 3, «è avvertita con maggiore intensità dalle legislazioni statali e dal diritto europeo l´urgenza di intervenire con politiche sociali più adeguate, in via generale per una tutela multilivello dei cittadini, e in via particolare per contrastare i fattori causativi appunto di diseguaglianza e marginalizzazione. La nozione sociologica di inclusione, grazie ad un'acquisita coscienza collettiva di giustizia sociale e di solidarietà, si positivizza nelle legislazioni nazionali e nelle fonti primarie dell'Unione Europea».


ISSN 2036-7821

stesse non siano agevolmente raggiungibili, sia fra le diverse categorie o fasce di utenti[40]. Ciò che però sembra restare in ombra è l'individuazione di specifiche responsabilità e, ancora prima, dei soggetti tenuti a contribuire alfabetizzazione digitale di tutti quei soggetti socialmente fragili. Tale lacuna (se così si può definire) non sorprende certo, se si pone mente ai limiti di competenza che, ragionevolmente, devono essere riconosciuti a un impianto normativo che, da un lato, disciplina uno strumento *tout court* finanziario e, dall'altro, non affronta precipuamente il tema dell'utilizzo della moneta digitale nei servizi pubblici. Piuttosto, spetterà alla regolamentazione nostrana farsi carico di una più puntuale definizione dei profili problematici appena tracciati, meglio definendo e perimetrando lo specifico ruolo della pubblica amministrazione in questo processo di inclusione, non solo finanziaria, ma anche sociale. Del resto, è esattamente in questo impegno, nella promozione e nel corretto utilizzo di uno strumento finanziario come l'ED, che si rinvengono i profili dell'inclusività e accessibilità, come prerequisiti di una corretta (inclusiva e digitale) relazione tra cittadino e amministrazione[41], pure in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale[42].

## *5. La* **condizionalità** *dell'ED quale possibile strumento di semplificazione e celerità dei pagamenti nei contratti pubblici*

Nonostante l'adozione di specifiche disposizioni normative - quali il d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, recante «Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali»[43], modificata dal d.lgs. 192/2012 -

[40] Come chiarito dalla disposizione cit., l'eguaglianza, si badi, va intesa come divieto di ogni ingiustificata discriminazione e non, invece, quale uniformità delle prestazioni sotto il profilo delle condizioni personali e sociali.

[41] Non a caso «l'attività di prestazione e di erogazione di servizi è stata considerata uno dei terreni privilegiati di sperimentazione del principio di sussidiarietà orizzontale per l'esercizio di "attività di interesse generale", a fronte dell'impossibilità di applicare il principio in relazione ad attività che implicano "poteri di comando"» (così A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023, 170-171).

[42] Ed infatti, si è evidenziato come «nell'attuale contesto politico, la sussidiarietà è l'aspetto delle politiche di welfare che consente spazi più ampi alla partecipazione: le nuove modalità di erogazione delle prestazioni e dei servizi non solo accentuano le azioni dei cittadini nel definire i loro bisogni, ma devono soprattutto riconoscere il ruolo che essi e le loro aggregazioni (formali e informali) svolgono come partner piuttosto che come destinatari passivi di servizi e benefici» (così E. MANGONE, *Solidarietà sociale*, Milano, 2022, 105). Sul punto, cfr. anche N. AICARDI, *Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 134; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Berti*, 2005, 236 ss.; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubb.*, 2002, 324 ss.; R.J. FLACCO, *Sussidiarietà e mercato nell'affidamento dei servizi sociali*, in *Foro amm.*, 2020, 166 ss.; P. SAGGIANI, *Il social housing e la tutela del diritto all'abitazione, tra realtà e nuovi scenari di sussidiarietà orizzontale*, in *Rass. dir. civ.*, 2021, 211 ss.

[43] Successivamente modificato, anche, dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192con cui è stata recepita la direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.


ISSN 2036-7821

quello dei ritardi dei pagamenti della pubblica amministrazione resta un tema ancora attuale e non del tutto risolto[44], sebbene, anche a seguito della stabilizzazione della fatturazione elettronica, in fase di sensibile ridimensionamento[45]. Le conseguenze dei ritardati pagamenti a detrimento della posizione dei creditori della pubblica amministrazione, sono peraltro, esacerbate dal (tanto consolidato, quanto opinabile) approccio della Cassazione, secondo cui il contribuente che non avesse versato l'IVA per fatture impagate dalla pubblica amministrazione non sarebbe esente dalle relative sanzioni, «essendo il ritardato pagamento della P.A. un fenomeno (purtroppo) ricorrente, ed essendo onere dell'imprenditore predisporre quanto necessario (accantonamenti, mutui) per poter versare il dovuto all'Erario, pur in presenza di significativi ritardi della P.A. nella corresponsione anche di cospicui importi»[46].

La questione, che ha evidente portata generale, assume specifica rilevanza con riferimento ai contratti pubblici, il cui quadro normativo è denotato da elementi di specialità, dalla cui analisi si ritiene necessario prendere le mosse, seppur brevemente e nei limiti di quanto qui più direttamente rileva. In particolare, l'art. 125 d.lgs. 36/2023, dopo avere previsto la possibile erogazione di un importo a titolo di anticipazione del prezzo per gli appalti di lavori e per contratti pluriennali di servizi e forniture[47], da erogarsi nel termine di quindici giorni dall'effettivo avvio della prestazione e previa costituzione di garanzia fideiussoria (comma 1), dettaglia i termini e le modalità per la liquidazione del corrispettivo contrattuale. Nei contratti di lavori e in quelli di servizi e forniture con caratteristiche di periodicità o continuità, i pagamenti relativi agli acconti sono subordinati a uno specifico *iter* amministrativo, ove si intrecciano verifiche contabili e contrattuali. Segnatamente, è previsto che il direttore dei lavori accerti il raggiungimento delle condizioni del contratto al fine di adottare lo stato di avanzamento lavori e lo trasmette al RUP. Questi, dunque, previa verifica della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori, invia il certificato di pagamento alla stazione appaltante, la quale procede al pagamento nel termine di trenta giorni, salvo che il contratto non preveda un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni[48] e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue

[44] Si veda, ancora recentemente, la nota MEF n. 232998/2024.

[45] Sembra utile il monitoraggio, sebbene risalente al 2023, reperibile in https://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/tempi_di_pagamento_e_debiti_commerciali_delle_pubbliche_amministrazioni/indicatori_dei_tempi_di_pagamento_delle_pubbliche_amministrazioni/.

[46] Cass., Sez. V, 9 maggio 2024, n. 12708.

[47] Sono espressamente esclusi dalla facoltà di anticipazione i contratti per prestazioni di forniture e di servizi a esecuzione immediata o la cui esecuzione non possa essere, per loro natura, regolata da apposito cronoprogramma o il cui prezzo è calcolato sulla base del reale consumo, nonché i servizi che, per la loro natura, prevedono prestazioni intellettuali o che non necessitano della predisposizione di attrezzature o di materiali.

[48] Sulla nullità delle clausole di diverso tenore, si veda l'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002.


ISSN 2036-7821

caratteristiche[49] (salvo il raddoppio dei termini per le imprese pubbliche tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza di cui al d.lgs. n. 333/2003 e gli enti pubblici che forniscono assistenza sanitaria e che sono stati riconosciuti a tal fine)[50].

Con spirito di evidente semplificazione, infine, viene previsto che le piattaforme digitali assicurino la riconducibilità delle fatture elettroniche agli acconti corrispondenti agli stati di avanzamento e a tutti i pagamenti dei singoli contratti, garantendo l'interoperabilità con i sistemi centrali di contabilità pubblica. Le predette piattaforme sono integrate con la piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati, prevista dall'articolo 5 del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

Si specifica poi che, ai sensi dell'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 231/2002, in caso di ritardo rispetto ai suddetti termini, sono dovuti come interessi legali di mora, interessi semplici di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento, pari a quello applicato dalla BCE alle sue più recenti operazioni di rifinanziamento principali, in vigore all'inizio del semestre, maggiorato di otto punti percentuali, oltre al rimborso dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte e un importo forfettario a titolo risarcimento danno[51]. Il

[49] Detti termini, peraltro, non possono essere modificati dalla S.A. nella *lex specialis* come pure chiarito da ANAC con parere n. 4/2024, ove si evidenzia che la direttiva 2000/35/CE ed il d.lgs. n. 231/2002 contengono norme imperative dirette a riequilibrare la posizione di disuguaglianza tra le parti ed a prevenire un'alterazione del sinallagma contrattuale; le stazioni appaltanti non possono inserire autoritativamente nei bandi di gara clausole che prevedano il pagamento entro un termine superiore a quello fissato dall'art. 4 del d.lgs. n. 231/2002 ovvero una misura degli interessi di mora difforme da quella *ex* art. 5 del decreto di che trattasi, cui può soltanto derogarsi a seguito di libera negoziazione tra le parti interessate, né la partecipazione ad una procedura di gara può mai valere come accettazione tacita di condizioni di pagamento più sfavorevoli di quelle predeterminate *ex lege*; devono considerarsi «inique le clausole di un bando di gara con cui la stazione appaltante stabilisca unilateralmente un termine di pagamento ed una decorrenza degli interessi moratori difformi da quelli stabiliti dall'art. 4 del suddetto decreto, nonché un saggio d'interesse diverso da quello previsto dall'art. 5 del decreto; l'imposizione della dilazione dei termini per il pagamento introdurrebbe un indebito vantaggio per l'Amministrazione, che è considerata alla stregua di parte contrattuale forte, per i poteri autoritativi di cui dispone nella fase pubblicistica dell'attività negoziale; da ciò consegue non soltanto l'illegittimità di un'eventuale esclusione dalla procedura di gara in ragione della mancata accettazione (espressa o meno) della clausola contrattuale iniqua, ma anche l'illegittimità dell'attribuzione di un sub-punteggio, nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per termini di pagamento differiti rispetto alla disciplina legale».

[50] La norma, quindi, pone pertanto una limitazione all'autonomia contrattuale e alla derogabilità della disciplina dei termini prorogabili solo nella misura massima di giorni sessanta, nei casi in cui la natura particolare del contratto o talune sue caratteristiche ne giustifichino oggettivamente la proroga, previa approvazione per iscritto della relativa clausola contrattuale. Pattuizioni contrattuali in violazione di tali prescrizioni sono pertanto nulle e, per effetto dell'eterointegrazione normativa, si determina l'applicazione della disciplina normativa di cui all'articolo 4 del d.lgs. 231/2002, sopra richiamato (cfr., in tal senso, Trib. Sciacca, 07 giugno 2023, n. 189).

[51] Vi è da dire che la sequenza delineata nel dell'art. 125 del Codice dei Contratti Pubblici (SAL - certificati di pagamento entro 7 gg. - facoltà di emissione fattura da parte appaltatore - pagamento entro 30 gg. aumentabile a 60 gg. in casi particolari e specifici) è più favorevole alle imprese rispetto a quella prevista dall'art. 4 del d.lgs. n. 231/2002, quanto alla decorrenza degli interessi di mora. Quest'ultima, infatti, non è collegata all'emissione dei


ISSN 2036-7821

tema non è banale laddove si consideri che la suddetta questione, proprio con riferimento ai pagamenti c.d. "lumaca" da parte della P.A., è stata affrontata più volte dal legislatore (da ultimo con il d.l. n. 50/2022, c.d. "Decreto Aiuti") e dalla giurisprudenza di merito[52].

Ora, muovendo all'ED, pare potersi evidenziare come la sua introduzione potrebbe avere - se correttamente calibrata – effetti positivi, nel senso di semplificazione e celerità, nel contesto qui in esame, purché, tuttavia, si superino, in senso estensivo, due profili, tra loro concorrenti, che potrebbero, all'opposto, minarne l'uso nell'ambito della contrattualistica pubblica: da un lato, i limiti quantitativi all'uso dell'euro digitale e, dall'altro, l'anonimato nelle transazioni, fisiologicamente incompatibile con gli obblighi di tracciabilità sottesi alla materia (sul punto si rinvia al par. 6). Sembra rilevante, a tali fini, il requisito della c.d. 'condizionalità', definita dalla proposta di regolamento come quella «operazione di pagamento in euro digitale che è disposta automaticamente una volta soddisfatte le condizioni predefinite concordate dal pagatore e dal beneficiario». L'art. 24 della Proposta di Regolamento, significativamente rubricata "Operazioni di pagamento in euro digitale condizionate", dispone che: «1. Per garantire che i prestatori di servizi di pagamento e gli utenti dell'euro digitale possano porre in essere operazioni di pagamento in euro digitale condizionate, la Banca centrale europea può: a) adottare misure, norme e standard dettagliati conformemente all'articolo 5, paragrafo 2, che i prestatori di servizi di pagamento possono utilizzare per garantire l'interoperabilità delle operazioni di pagamento in euro digitale condizionate; b) fornire le funzionalità dell'infrastruttura di regolamento dell'euro digitale necessarie per l'esecuzione di operazioni di pagamento in euro digitale condizionate, compreso l'accantonamento di fondi. 2. L'euro digitale non è moneta programmabile». Come meglio spiegato nel considerando 55, «le operazioni di pagamento condizionate sono pagamenti attivati automaticamente da un software sulla base di condizioni prestabilite e concordate». Il concetto di condizionalità, peraltro, ben si comprende laddove si ponga mente al fenomeno della dematerializzazione dei mezzi monetari e alla progressiva riduzione dell'utilizzo del contante, con la conseguente centralità della moneta bancaria che circola per il tramite di mezzi che ne permettano la movimentazione: in particolare, il

certificati di pagamento degli acconti e della rata di saldo, bensì, rispettivamente all'emissione dei SAL e all'emissione dei certificati di collaudo e di verifica di conformità.

[52] Cfr. Trib. Lecce, Sez. II, 14 maggio 2024, n. 1779; Trib. Roma, Sez. II, 08 novembre 2024, n. 17050 ove si è affermato, con riferimento alla disciplina di cui all'art. 26 del Decreto Aiuti, che la mancata o ritardata erogazione dei pagamenti è imputabile sempre e solo in capo alla S.A., a nulla rilevando la disponibilità o meno delle risorse economiche in quanto l'onere della copertura economica ricade unicamente sulla stazione appaltante, con conseguente diritto dell'appaltatore al riconoscimento degli interessi moratori in caso di ritardato pagamento di quanto certificato.


ISSN 2036-7821

trasferimento monetario viene perfezionato a valle di un vero e proprio procedimento[53] che si conclude con l'annotazione nelle scritture contabili.

La progressiva digitalizzazione della moneta ha comportato una trasformazione profonda non solo nella natura dello strumento monetario, ma anche nella dimensione funzionale dei sistemi di pagamento. Alla tradizionale concezione della moneta come mezzo di scambio, riserva di valore e unità di conto, si è affiancata una nuova prospettiva in cui il valore monetario, veicolato tramite piattaforme digitali, assume la forma di un'entità programmabile e, in taluni casi, condizionata. È, quindi, proprio in questo contesto che si pone la ridetta nozione di condizionalità, intesa come la possibilità di subordinare l'effettivo trasferimento del valore monetario al verificarsi di eventi prestabiliti, consentendo la movimentazione dell'euro digitale solo se e quando si verifichino circostanze predeterminate, come la prestazione di un servizio, la consegna di un bene o l'accertamento di un requisito giuridico o materiale. Il significato innovativo di tale previsione emerge con nitidezza se confrontato con le esperienze precedenti di "denaro condizionato", finora limitate all'ambito di *voucher* e buoni spesa – strumenti di pagamento vincolati *ex ante* a determinati usi, generalmente in contesti ristretti[54], i quali, tuttavia, si manifestano come strumenti statici e scarsamente interoperabili. La digitalizzazione della moneta, laddove affiancata all'adozione di architetture DLT (*Distributed Ledger Technology*), ossia i registri distribuiti[55], consente oggi di superare tali limiti, rendendo la moneta stessa intrinsecamente condizionabile, permettendo di predefinire regole che governano l'esecuzione del pagamento e garantendo il rispetto automatico delle condizioni concordate.

Dal punto di vista giuridico, è fondamentale sottolineare che la condizionalità di cui all'art. 24 della Proposta di Regolamento non incide sulla natura giuridica della moneta. Una volta adempiuta la condizione, l'euro digitale riacquista piena fungibilità e circolabilità, come avviene per ogni altro strumento monetario non vincolato. In definitiva, la moneta digitale rappresenta un paradigma emergente in cui l'elemento della condizionalità si configura come uno strumento di *governance* del pagamento e non come una limitazione della libertà monetaria. La sua applicazione nei settori regolati – quale quello degli appalti pubblici – appare non solo

[53] M. ONZA, *Gli strumenti di pagamento nel contesto dei pagamaneti on line*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 679, fa riferimento a «una pluralità coordinata di fatti ed atti, un'attività preordinata alla soddisfazione del creditore ed alla liberazione del debitore in cui alla consegna del numerario equivale l'accredito su conto del creditore».

[54] Esempi tipici sono rappresentati dai buoni cultura statali o dai programmi fedeltà delle compagnie aeree.

[55] La definizione di registri distribuiti è resa dall'art. 8-*ter* del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, conv. in legge 11 febbraio 2019, n. 12, a tenore del quale essi sono «le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».


ISSN 2036-7821

compatibile, ma auspicabile, quale leva di innovazione tecnologica, efficienza amministrativa. Quanto alla compatibilità rispetto all'attuale quadro normativo, viene in rilievo l'art. 30 d.lgs. 36/2023, a tenore del quale «per migliorare l'efficienza le stazioni appaltanti e gli enti concedenti provvedono, ove possibile, ad automatizzare le proprie attività ricorrendo a soluzioni tecnologiche, ivi incluse l'intelligenza artificiale e le tecnologie di registri distribuiti, nel rispetto delle specifiche disposizioni in materia».

Adunque, se efficacemente implementata, la moneta digitale (nell'ambito dei registri distribuiti) ben potrebbe introdurre un elemento di semplificazione e di celerità nella liquidazione dei pagamenti a favore degli esecutori. Come visto, infatti, l'art. 125 cit. prevede che il pagamento delle pubbliche commesse sia effettuato allorquando una serie di presupposti normativamente previsti (appunto, condizioni) vengano verificati. E così, in particolare, l'anticipazione del prezzo sarà erogata allorquando siano soddisfatte tre condizioni: 1. il contratto è relativo a un appalto di lavori ovvero di servizi e forniture, con prestazioni pluriennali, con caratteristiche di periodicità o continuità, e non rientra tra le ipotesi escluse; 2. la prestazione sia stata avviata e 3. la garanzia fideiussoria sia stata validamente costituita. Allo stesso modo, il meccanismo di pagamento degli stati di avanzamento lavori, prevede un ben preciso procedimento di verifica di condizioni, ossia: 1. Accertamento da parte del direttore lavori del raggiungimento delle condizioni previste in contratto per il relativo stato di avanzamento; 2. Trasmissione dell'accertamento al RUP; 3. Verifica da parte del RUP della regolarità contributiva dell'esecutore e dei subappaltatori; 4. Invio del certificato di pagamento alla Stazione Appaltante ("S.A.") Quest'ultima, quindi, all'esito delle ridette verifiche e accertamenti delle condizioni dovrà, a sua volta, avviare l'iter interno per disporre il pagamento, nei termini di legge.

Da concorrente prospettiva, peraltro, l'ED sembrerebbe trovare una utile collocazione anche nell'ambito del comma 10 dell'art. 125, a mente del quale, per il mezzo delle piattaforme digitali[56], si assicura la riconducibilità delle fatture elettroniche agli acconti corrispondenti agli stati di avanzamento e a tutti i pagamenti dei singoli contratti, garantendo l'interoperabilità con i sistemi centrali di contabilità pubblica. Piattaforme, peraltro, integrate con la piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le P.A. e i prestatori di servizi di pagamento abilitati (per come istituita e prevista dall'art. 5 del Codice dell'Amministrazione

[56] Trattasi delle piattaforme di cui all'art. 25 del d.lgs. n. 36/2023, ossia le piattaforme di approvvigionamento digitale che sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività di cui all'articolo 21, comma 1, del Codice (*i.e.* la programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione) e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici.


ISSN 2036-7821

Digitale, d.lgs. n. 82/2005[57]). Profili, questi ultimi, che si agganciano, invero, anche ai pagamenti che l'Operatore Economico ("O.E.") dispone nei confronti della P.A. (si pensi, in principalità, al versamento delle garanzie contrattuali[58] o delle penali[59]). Detti versamenti, in specie quelli immediatamente riferibili alle penali, se effettuati per il mezzo della moneta digitale in esame - per come *supra* ampiamente prescritta - presenterebbero il vantaggio di una registrazione immediata e tracciabile, agilmente accessibile, pure per il mezzo delle piattaforme appena descritte, non solo dalla S.A. ma anche dalle autorità di controllo; in sostanza, si assisterebbe alla introduzione di un regime di pagamento non solo di più rapida fruizione e controllo, ma anche resiliente nei confronti di potenziali perturbazioni esterne[60].

### *6. L'ED e tracciabilità finanziaria: il difficile equilibrio*

Come noto, la tracciabilità dei flussi finanziari è regolata dalla legge n. 136/2010, successivamente integrata dal d.l. n. 187/2010, convertito con legge n. 217/2010[61], con cui il legislatore ha impostato un sistema che, monitorando i movimenti finanziari legati all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici, assicura la trasparenza delle operazioni finanziarie al fine di prevenire la corruzione e contrastare la criminalità

[57] In particolare, si prevede che le P.A. sono obbligati ad accettare, tramite piattaforma *ad hoc*, i pagamenti spettanti a qualsiasi titolo attraverso sistemi di pagamento elettronico, ivi inclusi, per i micropagamenti, quelli basati sull'uso del credito telefonico. A tal fine, la Presidenza del Consiglio dei ministri mette a disposizione, attraverso il Sistema pubblico di connettività, una piattaforma tecnologica per l'interconnessione e l'interoperabilità tra le pubbliche amministrazioni e i prestatori di servizi di pagamento abilitati, al fine di assicurare l'autenticazione dei soggetti interessati all'operazione in tutta la gestione del processo di pagamento.

[58] Il riferimento è alle garanzie di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 36/2023; tali garanzie vengono fornite tramite strumenti finanziari tradizionali, come bonifici bancari o fideiussioni assicurative. L'introduzione dell'ED potrebbe semplificare queste operazioni, riducendo i costi di transazione e garantendo una maggiore rapidità nei trasferimenti.

[59] L'art. 126, comma 1, del Codice dei Contratti Pubblici prevede che i contratti di appalto prevedono penali per il ritardo nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali da parte dell'appaltatore commisurate ai giorni di ritardo e proporzionali rispetto all'importo del contratto o delle prestazioni contrattuali. Le penali dovute per il ritardato adempimento sono calcolate in misura giornaliera compresa tra lo 0,5 per mille e l'1,5 per mille dell'ammontare netto contrattuale, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate al ritardo, e non possono comunque superare, complessivamente, il 10 per cento di detto ammontare netto contrattuale.

[60] L'ED potrebbe poi sostenere le imprese europee per i futuri casi d'uso nell'industria 4.0 e nel web 3 (ossia l'internet decentrato) nella P.A., offrendo loro un'alternativa pubblica ai pagamenti programmabili potenzialmente offerti dalle valute digitali di banca centrale di paesi esteri e dagli *stablecoin* di imprese tecnologiche.

[61] Il quadro regolatorio, peraltro, ha beneficiato di chiarimenti interpretativi che, nel tempo, sono stati resi da ANAC: si v., ad esempio, le Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011, aggiornata da ultimo con delibera n. 585 del 19 dicembre 2023, in relazione alle finalità della legge, all'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo, analizzando i vari flussi finanziari attinenti alle tipologie contrattuali soggette alla tracciabilità; le FAQ (Tracciabilità dei flussi finanziari) pubblicate sul sito istituzionale dell'Autorità, come risulta dall'ultimo aggiornamento del 06 febbraio 2024.


ISSN 2036-7821

organizzata[62]. Il plesso normativo citato si propone di identificare tutti i soggetti coinvolti nell'esecuzione di un contratto di appalto di lavori, servizi o forniture e di tracciare ogni incasso e pagamento, in modo anche da consentire alle autorità competenti un controllo *a posteriori* sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche[63]. La tracciabilità è legata alle disposizioni nazionali in materia di contratti pubblici e ai pagamenti riconducibili agli stessi[64]: a tale fine, l'art. 3 della l. n. 136/2010, al comma 1, specifica, inequivocabilmente e da subito, che per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste italiane S.p.a., dedicati, anche non in via esclusiva alle commesse pubbliche. Si prevede, poi, che tutti i movimenti finanziari relativi ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici nonché alla gestione dei finanziamenti devono essere registrati sui conti correnti dedicati e devono essere effettuati esclusivamente tramite lo strumento del bonifico bancario o postale, ovvero con altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni. Ai fini della tracciabilità di che trattasi, l'art. 3 appena citato dispone altresì che gli strumenti di pagamento devono

[62] In dottrina si veda, *inter alia*, R. DE NICTOLIS, *La tracciabilità dei flussi finanziari nei contratti pubblici e il nuovo codice*, in *Urb. e app.*, 2017, 153-179; R. DE NICTOLIS, M.A. SANDULLI, (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019; R. DAGOSTINO, M. DI PACE, *Art. 45 Operatori economici*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, 467 ss.; F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, *in Giorn. dir. amm.*, 2014, 1023-1032; F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, 2014.

[63] Come specificato nelle relative FAQ dell'ANAC, «la ratio della norma è quella di prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare e anticoncorrenziale. Pertanto, la legge non si occupa dell'efficienza della spesa pubblica, ma piuttosto di stabilire un meccanismo che consenta agli investigatori di seguire il flusso finanziario proveniente da un contratto di appalto al fine di identificare il soggetto che percepisce il denaro pubblico, con il fine di evitare mediante un meccanismo di trasparenza (cfr. accesso civico etc), che finisca nelle mani delle mafie». Inoltre, sempre le FAQ dell'ANAC specificano che «il Legislatore ha introdotto le disposizioni in tema di tracciabilità dei flussi finanziari per contrastare la criminalità organizzata e le infiltrazioni nelle commesse pubbliche, mediante l'anticipazione -il più a monte possibile- della soglia di prevenzione; la creazione di meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica; e la tutela della trasparenza delle operazioni finanziarie relative all'utilizzo del corrispettivo dei contratti pubblici in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche».

[64] Ma non solo. Come evidenziato in giurisprudenza, «la disciplina dei flussi finanziari relativi alla filiera del gioco lecito, tramite strumenti di pagamento tracciabili, ha carattere inderogabile, stante la natura di stretto interesse pubblico della disciplina del gioco, la cui ragione risiede oltre che nella finalità di dissuadere qualunque tentativo di infiltrazione della criminalità organizzata nel sistema del gioco, anche nella natura pubblica del denaro raccolto; ne consegue che, in caso di pagamenti in contanti effettuati dal gestore nei confronti dell'esercente del gioco lecito, il contratto tra questi intercorso si risolve di diritto, ai sensi dell'art. 3, comma 9-*bis*, della l. n. 136 del 2010, senza che possa ipotizzarsi una valutazione del comportamento contrattuale delle parti secondo diligenza e buona fede»: Cass. civ., sez. III, 20 marzo 2023, n. 7966.


ISSN 2036-7821

riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui sopra, il codice identificativo di gara (CIG)[65] e, ove obbligatorio, il codice unico di progetto (CUP). I ridetti obblighi di tracciabilità, in sostanza, hanno un ambito di applicazione, soggettivo[66] e oggettivo[67], molto esteso, potendo essere enucleate solo alcune limitate esclusioni[68].

Tali disposizioni, il cui obiettivo di tracciabilità della filiera è chiaro, tuttavia, non hanno ricevuto piena e capillare applicazione. Come risulta dal comunicato del Presidente ANAC del 26 marzo 2025, dall'attività di vigilanza condotta dall'Autorità è emerso che, in relazione a molteplici fattispecie analizzate, sono emersi diversi profili di inadempimento, che hanno, sostanzialmente, minato la tracciabilità dei pagamenti; non tanto di quelli effettuati dalle stazioni appaltanti nei riguardi delle imprese, tenuto anche conto della modalità di pagamento previste con il SIOPE+[69],

[65] Come evidenziato in giurisprudenza, «il CIG è stato introdotto, ai fini della tracciabilità dei pagamenti relativi alle procedure di gara, dall'art. 3, comma 5, l. n. 136 del 2010, che ha previsto che gli strumenti di pagamento debbano riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla Stazione Appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della Stazione Appaltante. Poiché in base a tale disciplina i pagamenti devono essere effettuati con l'identificativo della gara a cui si riferiscono è evidente che se sono emessi certificati o fatture con un CIG diverso derivano da una ulteriore gara o dalla stipula di un altro contratto»; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 08 novembre 2016, n. 11085.

[66] La normativa in questione, sul versante soggettivo, trova applicazione con riferimento alle stazioni appaltanti, nella lata accezione di amministrazioni aggiudicatrici fatta propria dal codice dei contratti pubblici (comprendendo, in particolare, le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti), nonché agli appaltatori, ai subappaltatori e subcontraenti della filiera delle imprese e ai concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici.

[67] Sotto un profilo oggettivo, la tracciabilità trova applicazione ai seguenti contratti: contratti di appalto di lavori, servizi e forniture; concessioni di lavori pubblici e concessioni di servizi; contratti di partenariato pubblico-privato; contratti di subappalto e subfornitura; contratti in economia, ivi compresi gli affidamenti diretti; flussi finanziari derivanti dai contratti stipulati dalle imprese pubbliche nell'ambito dei settori «speciali» (mentre sono da ritenersi esclusi i contratti di diritto privato stipulati dalle imprese pubbliche al di fuori di tali attività); concessioni di finanziamenti pubblici inclusi i finanziamenti europei, tra i quali rientrano i soggetti, anche privati, destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento indipendentemente dall'importo.

[68] Come evidenziato dai commentatori della disciplina (cfr. A. BARBIERO, *La tracciabilità dei flussi finanziari relativi agli appalti ed ai finanziamenti pubblici*, in *www.dirittodeiservizipubblici.it*, 2011), alle forme di corrispettivo rese al soggetto affidatario in house, sia per prestazioni relative a servizi pubblici locali, sia per attività rese come servizi strumentali (qualora il soggetto abbia tutte le caratteristiche previste dall'art. 13 l. n. 248 del 2006); ai contributi, assimilabili a corrispettivi, per garantire i c.d. servizi pubblici essenziali (es. nell'ambito del trasporto pubblico locale); ai contributi connessi a investimenti realizzati dal soggetto affidatario di servizi in house.

[69] Il SIOPE, Sistema informativo sulle operazioni degli enti pubblici, è stato istituito dall'articolo 28 della legge 289/2002 per migliorare la conoscenza dei conti pubblici nazionali e superare le disomogeneità dei sistemi contabili degli enti pubblici mediante una codifica uniforme, senza modificare la struttura dei bilanci. Dal 2010, a seguito del decreto del Ministero dell'economia del 23 dicembre 2009, è divenuto la principale fonte informativa per i conti di cassa delle amministrazioni pubbliche diverse dallo Stato, sostituendo la precedente rilevazione trimestrale dei flussi di cassa. Nato nel 2003 per i pagamenti del Bilancio dello Stato e sperimentato nel 2005 su un


ISSN 2036-7821

quanto di quelli relativi ai rapporti e ai movimenti finanziari intercorsi tra le imprese della filiera e i loro subcontraenti. In particolare, le principali criticità evidenziate hanno riguardato, l'omessa previsione, all'interno del sub-contratto, della clausola di tracciabilità, richiesta a pena di nullità assoluta ai sensi dell'art. 3, comma 9, della legge 136/2010; la mancata trasmissione, da parte del subcontraente, degli estremi identificativi dei conti correnti dedicati alle commesse pubbliche nei termini stabiliti dal comma 7 del medesimo articolo e la omissione della comunicazione del contratto derivato; una diffusa prassi consistente nell'emissione di fatture da parte di subappaltatori e subaffidatari prive dell'indicazione dei codici CUP e CIG, nonché la mancata inclusione di tali codici nelle disposizioni di pagamento impartite dalle imprese appaltatrici nei confronti dei rispettivi subappaltatori e subaffidatari; infine, pagamenti eseguiti dagli appaltatori a favore dei subcontraenti su conti correnti non dedicati e diversi da quelli comunicati alla stazione appaltante.

Le riscontrate anomalie, a parere di chi scrive, mettono in rilievo non solo la inadeguatezza degli attuali sistemi di tracciabilità, ma evidenziano anche un 'costo' in termini di burocratizzazione dei processi che tali misure sottendono. E tale costo, innanzitutto, ricade sulle stazioni appaltanti su cui incombono oneri di controllo e verifica tutt'altro che banali[70].

---

campione di enti, è stato esteso a regime dal 2006 e progressivamente a quasi tutte le amministrazioni pubbliche, incluse Regioni, Province, Comuni, Università, enti sanitari, previdenziali, di ricerca, parchi, Camere di commercio, Autorità indipendenti e altri soggetti, con l'obiettivo di fornire in tempo reale i dati sui fabbisogni di cassa e di predisporre statistiche utili anche per il rispetto delle regole comunitarie sul disavanzo e la stabilità. Fino al 2022 la rilevazione avveniva tramite le comunicazioni telematiche dei tesorieri e cassieri degli enti, trasmesse attraverso la Rete Nazionale Interbancaria, che riportavano incassi e pagamenti codificati. Una tappa cruciale dell'evoluzione è stata, nel 2018, l'introduzione di SIOPE+, che ha reso obbligatorio per le pubbliche amministrazioni ordinare incassi e pagamenti esclusivamente mediante ordinativi informatici conformi allo standard OPI, trasmessi tramite la piattaforma SIOPE+. Questa innovazione ha reso automatico il monitoraggio dei tempi di pagamento dei debiti commerciali e ha permesso di acquisire informazioni dettagliate su ciascun ordinativo, inclusi i codici CIG e CUP, rafforzando così la tracciabilità delle operazioni. Dal 2023, in virtù del decreto MEF del 12 settembre 2022, la banca dati SIOPE è alimentata esclusivamente dai flussi SIOPE+, superando definitivamente le comunicazioni via tesorieri. In questo modo SIOPE e la sua evoluzione SIOPE+ costituiscono oggi un sistema centrale e obbligatorio di tracciabilità digitale degli incassi e pagamenti delle amministrazioni pubbliche, assicurando trasparenza, completezza e tempestività delle informazioni contabili e consentendo il controllo puntuale delle operazioni finanziarie e dei tempi di pagamento.

[70] Nel richiamato comunicato del Presidente ANAC, infatti, viene significativamente contenuto un cospicuo elenco di incombenti a cui vengono chiamate le Stazioni appaltanti. Si specifica, in particolare, Al fine di controllare la presenza delle clausole di tracciabilità nei contratti stipulati con subappaltatori e altri soggetti della filiera, gli operatori economici tenuti a rispettare la normativa devono trasmettere alle stazioni appaltanti un estratto contrattuale contenente la clausola di tracciabilità, corredata da idonea evidenza della sottoscrizione. L'obbligo di comunicazione può essere assolto anche mediante dichiarazioni sostitutive, redatte e sottoscritte secondo le formalità di legge, in cui le parti attestano dettagliatamente l'assunzione degli obblighi di tracciabilità. Resta comunque fermo che le stazioni appaltanti e i soggetti della filiera devono effettuare controlli a campione sulle dichiarazioni rese, per verificarne la veridicità. In una prospettiva più ampia, si raccomanda alle stazioni appaltanti di implementare un sistema di controllo e monitoraggio periodico dei pagamenti e degli incassi, al fine di ridurre al minimo il rischio di violazioni della normativa vigente. A tal proposito, possono essere adottate


ISSN 2036-7821

A fronte di quanto precede, dunque, non sembra inutile chiedersi se una capillare implementazione dell'ED, nell'ambito dei pagamenti relativi agli appalti pubblici, possa effettivamente rappresentare un moderno antidoto alla eccessiva burocratizzazione che il vigente sistema di tracciabilità impone, senza smentire, tuttavia, i condivisibili obiettivi sottesi alla disciplina. Tale questione, tuttavia, è collegata a un tema ontologicamente preliminare, ossia se la tutela dell'anonimato e della privacy nell'uso dell'ED rappresentino un elemento assolutamente ostativo alla tracciabilità, tale, quindi, da renderne incompatibile l'utilizzo nella contrattualistica pubblica. La tematica, in effetti, è chiaramente avvertita nella Proposta di Regolamento che, al par. 3 («Risultati delle valutazioni *ex post*, delle consultazioni dei portatori di interessi e delle valutazioni d'impatto»), ha segnalato come «sono state prese in considerazione diverse opzioni per regolamentare gli elementi essenziali di un euro digitale. Le opzioni hanno esaminato il modo in cui l'euro digitale potrebbe essere regolamentato per conseguire gli obiettivi strategici stabilendo nel contempo un equilibrio con i principali compromessi: […] ii) tutelare la vita privata garantendo nel contempo la tracciabilità». In tale prospettiva, dunque, si è sostanzialmente pensato di implementare un sistema a doppio binario, ponendo una differente disciplina tra pagamenti *offline* e pagamenti *online*[71]. Nel dettaglio, mentre per i primi si è inteso «prevedere un elevato livello di tutela della vita privata e di protezione dei dati per i pagamenti di prossimità offline di basso valore trattando i dati personali relativi all'identità degli utenti al momento dell'apertura dei conti di pagamento in euro digitale presso i prestatori di servizi di pagamento ma senza comunicare a questi ultimi i dati relativi alle operazioni», i pagamenti online «sarebbero trattati come mezzi di pagamento digitali privati in linea con gli attuali obblighi AML/CFT». Tale aspetto è, significativamente, valorizzato al considerando (78), ove, richiamando il pacchetto sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, adottato dalla Commissione il 21 luglio 2021

alcune buone prassi, quali: inserire apposite clausole contrattuali che impongano all'appaltatore di trasmettere le fatture e copia dei bonifici eseguiti a favore dei subappaltatori tramite conto dedicato, riportando i codici CIG e, ove presente, CUP; acquisire dichiarazioni sostitutive, redatte secondo legge, in cui i soggetti della filiera attestano la regolarità dei pagamenti sotto il profilo della tracciabilità; riservarsi la facoltà di effettuare verifiche a campione sui flussi finanziari dell'appalto, potendo richiedere all'appaltatore la documentazione relativa ai pagamenti effettuati ai vari subcontraenti. Ciò in considerazione del ruolo centrale dell'appaltatore quale principale responsabile dell'esecuzione dell'appalto e coordinatore delle attività della filiera. Pertanto, il contratto dovrà richiamare espressamente gli obblighi di tracciabilità e definire le modalità con cui saranno eseguiti i controlli sui pagamenti e sugli incassi lungo tutta la filiera delle imprese.

[71] La distinzione si coglie utilmente dall'art. 2 della Proposta di Regolamento che definisce l'operazione di pagamento in euro digitale effettuata online come «operazione di pagamento in euro digitale in cui il regolamento avviene nell'infrastruttura di regolamento dell'euro digitale» (pt. 14); mentre, l'operazione di pagamento in euro digitale effettuata offline viene definita come «operazione di pagamento in euro digitale, effettuata in prossimità fisica, in cui l'autorizzazione e il regolamento avvengono nei dispositivi di conservazione locale sia del pagatore che del beneficiario» (pt. 15).


ISSN 2036-7821

("pacchetto AML"), viene espressamente confermato che «il presente regolamento dovrebbe prevedere che le operazioni di pagamento in euro digitale effettuate online siano soggette agli obblighi AML/CFT di cui alla direttiva (UE) 2015/849». Per i pagamenti in ED online, quindi, trova piana applicazione la disciplina posta dal Regolamento (UE) 2015/847 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi, così definitivamente squarciando il velo dell'anonimato che, invece, sembra rappresentare la cifra caratterizzante i pagamenti offline (pur con i comprensibili limiti rappresentati dal necessario utilizzo di strumenti digitali, che, come tali, non possono che avere un livello di 'cattura di dati' comprensibilmente superiore rispetto all'utilizzo del danaro contante: su questo profilo ancora *infra*). Dalle considerazioni sopra tratteggiate, dunque, è possibile derivare che se i pagamenti in ED *offline* per proprie caratteristiche sfuggono al regime della tracciabilità, risultando incompatibili con i pagamenti nell'ambito dei contratti pubblici, ciò non sembra estendile anche ai pagamenti *online*, i quali, invece, prevedono l'implementazione di meccanismi di tracciabilità che li rendono utilizzabili nel contesto pubblicistico di riferimento. La astratta utilizzabilità, peraltro, se assistita da idonei accorgimenti potrebbe rappresentare un utile elemento di semplificazione dei controlli nella filiera dei contratti pubblici. La sua natura elettronica nativa infatti - legata all'utilizzo della *blockchain* o di tecnologie DLT (*Distributed Ledger Technology*) - consente chiaramente una registrazione automatica, sicura e immutabile delle transazioni, garantendo una tracciabilità superiore rispetto ai metodi comuni attualmente in uso; ciò non solo con riferimento al rapporto P.A. - operatore economico, ma anche rispetto al monitoraggio delle transazioni nei subappalti, vieppiù nell'ipotesi in cui siano 'a cascata', nonché nelle subforniture o subcontratti. L'ED, da tale angolo visuale, quindi, si potrebbe porre come strumento di tracciabilità mirato non solo a rendere conosciute (o conoscibili) le movimentazioni di denaro, ma anche a ricostruire (e tenere traccia digitale) della sequenza temporale di tali movimentazioni. In buona sostanza, il compito di tracciare e analizzare i flussi da parte dell'ED si sostanzierebbe nella realizzazione di una nuova - inedita sul piano di mezzi - funzione amministrativa di *intelligence* finanziaria, tale da intercettare, con maggiore precisione, potenziali fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica.

A ben vedere, peraltro, la diffusa implementazione dell'ED, nei pagamenti relativi all'ambito dei contratti pubblici, potrebbe determinare non solo una (sempre auspicabile) semplificazione, ma una più capillare applicazione della normativa di riferimento. Si pensi, ad esempio, agli obblighi di pagamento tracciabile ai dipendenti e prestatori d'opera, per i quali l'art. 3, comma 2, l. 136/2010 così dispone: «i pagamenti destinati a dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti


ISSN 2036-7821

tra le spese generali nonché quelli destinati alla provvista di immobilizzazioni tecniche sono eseguiti tramite conto corrente dedicato di cui al comma 1, anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni per l'intero importo dovuto, anche se questo non è riferibile in via esclusiva alla realizzazione degli interventi di cui al medesimo comma 1». Quanto alla possibilità di pagamento anche con strumenti diversi dal bonifico bancario, purché idonei a garantire la piena tracciabilità delle operazioni, l'Autorità ha ritenuto che ciò sia possibile mediante l'utilizzo di assegni bancari e postali solo al ricorrere di tutte le seguenti condizioni: a) i soggetti ivi previsti non siano in grado di accettare pagamenti a valere su un conto corrente (o conto di pagamento); b) il conto su cui vengono tratti i titoli sia un conto dedicato; c) i predetti titoli vengano emessi muniti della clausola di non trasferibilità. Da concorrente prospettiva, per i pagamenti in favore di enti previdenziali, assicurativi e istituzionali, nonché quelli in favore di gestori e fornitori di pubblici servizi, ovvero quelli riguardanti tributi, il comma 3 dell'art. 3 stabilisce che essi «possono essere eseguiti anche con strumenti diversi dal bonifico bancario o postale, fermo restando l'obbligo di documentazione della spesa. Per le spese giornaliere, di importo inferiore o uguale a 1.500 euro, relative agli interventi di cui al comma 1, possono essere utilizzati sistemi diversi dal bonifico bancario o postale, fermi restando il divieto di impiego del contante e l'obbligo di documentazione della spesa. L'eventuale costituzione di un fondo cassa cui attingere per spese giornaliere, salvo l'obbligo di rendicontazione, deve essere effettuata tramite bonifico bancario o postale o altro strumento di pagamento idoneo a consentire la tracciabilità delle operazioni, in favore di uno o più dipendenti».

Tali deroghe, comprensibilmente previste per mitigare la rigidità dell'attuale sistema di tracciabilità, hanno però l'effetto di ridurne l'ambito di applicazione e, quindi, di tollerare possibili vuoti di controllo.

L'ED, se implementato con funzionalità che permettano di includere metadati (ad esempio CIG e CUP[72]) nelle transazioni, potrebbe certamente soddisfare tali requisiti. Tuttavia, occorrerebbe chiarire - in via regolamentare - se tali dati saranno obbligatoriamente associati a ogni trasferimento legato ai contratti pubblici e come tali informazioni saranno accessibili alle autorità di controllo nazionali (ANAC e

[72] Si consideri che l'art. 6 della l. n. 136/2010 stabilisce, *ex aliis*, in punto sanzionatorio che le transazioni relative ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui all'articolo 3, comma 1, effettuate su un conto corrente non dedicato ovvero senza impiegare lo strumento del bonifico bancario o postale o altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni comportano, a carico del soggetto inadempiente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria dal 2 al 10 per cento del valore della transazione stessa. La medesima sanzione si applica anche nel caso in cui nel bonifico bancario o postale, ovvero in altri strumenti di incasso o di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni, venga omessa l'indicazione del CUP o del CIG.


ISSN 2036-7821

Corte dei conti in particolare). Andrebbero, tuttavia, affrontati due ordini di questioni. In primo luogo, sarebbe necessario stabilire procedure chiare per il trasferimento e l'accesso ai dati delle transazioni da parte delle autorità nazionali, tra cui ANAC, a cui spetta il compito di verificare il rispetto della normativa. In secondo luogo, dovrebbe derogarsi alla facoltatività dell'uso dell'ED – baluardo dell'attuale Proposta di Regolamento – verso un regime che, invece, richiede che, quantomeno nei rapporti di filiera, i pagamenti siano obbligatoriamente effettuati ed accettati in ED. Infatti, la sussistenza del meccanismo di alternatività dell'ED rispetto alla moneta tradizionale vanificherebbe l'auspicato obiettivo di semplificazione degli adempimenti e delle verifiche. Al di là, quindi, di una migliore definizione, a livello europeo, del quadro regolatorio rilevante per l'ED[73], l'occasione potrebbe palesarsi ghiotta per il legislatore italiano quanto alla revisione (parziale) delle disposizioni della legge 136, quantomeno con riferimento alla esplicitazione espressa circa l'obbligatorio utilizzo dell'ED per i pagamenti nella filiera dei contratti pubblici; alla definizione di requisiti tecnici per l'integrazione di CIG e CUP nelle transazioni puramente digitali; alla cristallizzazione di specifici protocolli di accesso ai dati finanziari rilevanti per le autorità di controllo.

### *7. La funzione antiriciclaggio dell'ED: tra obiettivi pubblicistici ed esigenze di privacy*

L'ED viene pensato dal Legislatore eurounitario come strumento di contrasto al fenomeno del riciclaggio del denaro, essendo possibile, per le caratteristiche intrinseche, il monitoraggio del suo utilizzo, facilitando le attività di verifica delle autorità competenti e identificando tempestivamente le anomalie nelle transazioni finanziarie. Più nel dettaglio, l'art. 37 della Proposta di Regolamento prevede un articolato quadro in materia di lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo per le operazioni di pagamento in euro digitale, prevedendo, per le transazioni *offline*, un livello di tutela della vita privata più elevato rispetto ai pagamenti *online*. Tanto è confermato dal fatto che, per i pagamenti in euro digitale effettuati *offline*, l'art. 37 cit. prevede che né la BCE né le banche centrali nazionali (o i prestatori di servizi di pagamento) avranno accesso *tout court* ai dati personali relativi alle

[73] Anche e soprattutto da un punto di vista tecnico. Si pensi che l'ED sotto forma di *token*, ma anche di *account*, potrebbe non limitarsi a replicare le funzioni delle banconote e dei conti tradizionali, presentandosi non solo come strumento di pagamento (c.d. "*credit risk-free*" e "*trusted*") e riserva di valore, ma altresì con le nuove potenzialità che potranno, ad esempio, essere perseguite grazie all'innesto con la sua più o meno ampia programmabilità. In particolare, un ED *token based* potrebbe essere concepito in modo tale da consentire alla BCE di influenzare la domanda di moneta, anche attraverso il pagamento o la riscossione di interessi sulle banconote digitali e imponendo limiti alla loro detenzione o al loro utilizzo. In dottrina, si veda F. MATTASSOGLIO, *In attesa dell'euro digitale. Alcune riflessioni di carattere giuridico*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 769.


ISSN 2036-7821

operazioni di che trattasi; solo i prestatori di servizi di pagamento[74] potranno conservare i dati relativi al conferimento e al prelievo di fondi in ED concernenti, tra l'altro, l'identità dell'utente e l'importo conferito e prelevato, analogamente ai dati personali trattati dai prestatori di servizi finanziari quando gli utenti depositano o prelevano contante[75]. Ed infatti, a mente dell'art. 37 cit., i prestatori di servizi di pagamento, su richiesta, mettono tali dati a disposizione dell'unità di informazione finanziaria e delle altre autorità competenti: *(i)* l'importo conferito/prelevato; *(ii)* l'identificativo del dispositivo di conservazione locale per il pagamento in euro digitale effettuato *offline*; *(iii)* data e l'ora dell'operazione di conferimento e di prelievo di fondi; *(iv)* i numeri di conto utilizzati per il conferimento e il prelievo di fondi. Alla Commissione è conferito il potere di adottare atti di esecuzione che fissano limiti per le operazioni di pagamento in ED effettuate *offline* e limiti di detenzione[76].

L'art. 37 prevede, poi, che i limiti di transazione e di detenzione «tengono conto della necessità di prevenire il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo senza limitare indebitamente l'uso dell'euro digitale offline come mezzo di pagamento».

Nessun ruolo è però riconosciuto alla BCE con riferimento alle funzioni antiriciclaggio dell'ED. La scelta, invero, non sorprende dal momento che il regolamento UE 1024/2013 non ha previsto il trasferimento in capo alla BCE di competenze in materia di antiriciclaggio ("AML"), tant'è che al paragrafo 28 delle premesse del citato regolamento è esplicitato che il legislatore dell'Unione ha ritenuto opportuno lasciare alle autorità nazionali (anche bancarie), tra gli altri, il compito di «prevenire l'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di denaro e

[74] La proposta chiarisce, inoltre, che la prevenzione delle frodi da parte dei prestatori di servizi di pagamento è essenziale per la protezione dei cittadini che utilizzano l'ED e per l'integrità dei dati personali trattati nei pagamenti in euro digitale, nonché per garantire il funzionamento regolare ed efficiente dell'Euro Digitale. A tal fine si prevede pure che la BCE può istituire un meccanismo generale *ad hoc* di individuazione e prevenzione delle frodi.

[75] Deve rilevarsi, peraltro, che con il pacchetto sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, adottato dalla Commissione il 21 luglio 2021 ("pacchetto AML"), la Commissione ha proposto di rafforzare in modo significativo le norme antiriciclaggio ("AML") in tutta l'Unione. In linea con tale obiettivo e al fine di garantire un'efficace applicazione degli obblighi AML/CFT all'euro digitale, il regolamento dovrebbe prevedere quantomeno che le operazioni di pagamento in euro digitale effettuate online siano soggette agli obblighi AML/CFT di cui alla direttiva (UE) 2015/849.

[76] Nell'elaborazione degli atti di esecuzione, la Commissione tiene conto in particolare di quanto segue: *(a)* una valutazione delle minacce, delle vulnerabilità e dei rischi dell'euro digitale connessi al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo nell'ambito del conferimento e del prelievo di fondi tramite uno strumento di pagamento; *(b)* le raccomandazioni e le relazioni pertinenti elaborate dalle organizzazioni e dagli enti di normazione internazionali competenti in materia di prevenzione del riciclaggio e di lotta al finanziamento del terrorismo; *(c)* l'obiettivo di garantire l'utilizzabilità e l'accettazione dell'euro digitale come strumento avente corso legale.


ISSN 2036-7821

di finanziamento del terrorismo»[77]. Al successivo paragrafo 29 è previsto che, tenendo conto dell'importanza del coordinamento tra la funzione di vigilanza prudenziale e quella AML, «la Bce cooperi, se del caso, pienamente con le autorità nazionali responsabili di garantire un'elevata tutela dei consumatori e la lotta contro il riciclaggio di denaro». Da un punto di vista generale, quindi, il mancato conferimento alla BCE di competenze in materia di supervisione sul rispetto della normativa AML appare coerente con l'interpretazione prevalente del significato di vigilanza prudenziale[78].

Parzialmente diverso sembrerebbe il discorso se visto, però, dalla prospettiva ED. Ed infatti, al di là delle esigenze di garantire condizioni uniformi per l'applicazione dei limiti di detenzione e di transazione per i pagamenti di prossimità effettuati *offline* e per i pagamenti *online* in quanto contribuiscono alla lotta al riciclaggio (circostanza che, invece, sembrerebbe *ex se* necessitare di quel coordinamento generale proprio della BCE), preme evidenziare che affinché l'ED adempia con puntualità al compito antiriciclaggio attribuitogli, la BCE - nell'ambito dei propri poteri di vigilanza prudenziale - ben potrebbe acquisire funzioni all'uopo ed *ex novo* individuate, tra cui quantomeno: *(i)* il monitoraggio degli indicatori di rischio antiriciclaggio dell'ED; *(ii)* la valutazione della significatività dei depositi, impieghi, ricavi e reddito provenienti da Stati terzi ad alto rischio riciclaggio; *(iii)* l'accertamento che il rischio riciclaggio dell'ED sia debitamente considerato nell'ambito dei processi creditizi; *(iv)* l'accertamento di operazioni o tentativi di riciclaggio dell'ED, di guisa da avviare con l'ABE e con l'autorità AML il procedimento sanzionatorio e di verifica di competenza[79]. Se, quindi, da un lato, è chiaro come i compiti della BCE non si estendano (tra l'altro) alle questioni inerenti alla tutela del consumatore e la lotta contro il riciclaggio, dall'altro, tale conclusione non si presenta immune da possibili deroghe in quanto alla BCE potrebbero riconoscersi pertinenti poteri «allorché necessario per garantire l'applicazione coerente di *standard* di vigilanza elevati» [art. 6, par. 5, lett. b), del regolamento MVU]; ciò anche in ossequio a quel carattere "mobile" della vigilanza europea pure «rimesso alle scelte discrezionali della BCE, che può decidere di attrarre compiti ordinariamente attribuiti alle autorità bancarie nazionali secondo meccanismi che risultano distonici rispetto ai tratti caratteristici

[77] La cornice legislativa italiana in tema di antiriciclaggio è rappresentata dal d.lgs. n. 231/2007 che affida alla Banca d'Italia compiti regolamentari e di controllo sul rispetto degli obblighi AML/CTF.

[78] Per un approfondimento, si veda N. DI GABRIELE, N. MAINIERI, *Antiriciclaggio: la proposta di single rulebook della Commissione europea*, in *dirittobancario.it*, 2021.

[79] Ciò, peraltro, in linea con la direttiva UE 2019/878 del 20 maggio 2019, ove si prevede una accresciuta e ben delineata rilevanza del rischio ML/TF nell'ambito della vigilanza prudenziale e richiede alle autorità prudenziali di svolgere "un ruolo importante nell'individuare e sanzionare le carenze" (premessa 20). Inoltre, è stabilito che in caso di "potenziale aumento del rischio [ML/TF]" l'autorità di vigilanza prudenziale e quella AML "collaborano e trasmettono immediatamente la loro valutazione comune all'ABE".


ISSN 2036-7821

della sussidiarietà, presentando semmai elementi distintivi simili ai tradizionali poteri amministrativi di avocazione»[80].

Il ridetto obiettivo rischia, tuttavia, di porsi in frizione con le esigenze di protezione dei dati personali. Infatti, quale valuta digitale, l'ED deve necessariamente essere collegato a un soggetto identificato, legittimato a disporne. Questo, quindi, rende possibile tracciare a ritroso la sua circolazione e, di conseguenza, le ragioni od occasioni del suo utilizzo, così rendendolo non solo meno attrattivo rispetto al contante, ma strumento di possibile lesione delle esigenze e prerogative di riservatezza del suo utilizzatore. Il tema, invero, è avvertito dalla Proposta di Regolamento, la cui Parte VIII (articoli da 30 a 33) è, significatamente, dedicata a «Privacy e protezione dei dati». Le disposizioni in esame chiariscono che il trattamento dei dati personali «è necessario solo per i compiti relativi alla distribuzione e all'uso dell'euro digitale», nonché per i compiti esistenti svolti nell'interesse pubblico o per l'osservanza di un obbligo giuridico stabilito dal diritto dell'Unione[81]. La proposta *de qua*, quindi, garantisce, a ben vedere, che le attività di trattamento rispettino le prescrizioni del diritto dell'UE in materia di protezione dei dati stabilendo le rispettive responsabilità del titolare del trattamento dal punto di vista della protezione dei dati, in particolare quelle della BCE, delle banche centrali nazionali e dei prestatori di servizi di pagamento[82]. Qualora, poi, la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali determinino i mezzi del trattamento in qualità di titolare del trattamento, dovranno essere al più previste misure di sicurezza e di tutela della vita privata a garanzia del fatto che i dati personali siano pseudonimizzati[83] o cifrati in modo che gli stessi non possano essere direttamente

[80] A. BARONE, G. DRAGO, C. NICOLOSI, *L'erompere della vigilanza prudenziale europea*, in *p.a. persona e amministrazione*, 665.

[81] A mente della proposta di Regolamento sull'ED, tali compiti comprendono la prevenzione e l'individuazione delle frodi, la lotta al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, l'adempimento degli obblighi in materia di fiscalità ed elusione fiscale e la gestione dei rischi operativi e di sicurezza (art. 30 e ss.).

[82] La BCE e le banche centrali nazionali possono trattare dati personali nella misura in cui ciò sia necessario per svolgere compiti essenziali per il corretto funzionamento dell'euro digitale. Nel quadro della proposta di regolamento sull'ED, il trattamento dei dati personali ai fini delle operazioni di pagamento in Euro Digitale e la gestione della sicurezza e dell'integrità dell'infrastruttura per l'ED assumono, a tutta evidenza, caratteristiche di interesse pubblico essenziale per la protezione dei cittadini che utilizzano l'ED stesso nonché per la stabilità e l'integrità del sistema finanziario dell'Unione. Il compito di mantenere la sicurezza e l'integrità dell'infrastruttura per l'ED comprende, quindi, attività volte a garantire la stabilità e la resilienza operativa della moneta digitale di che trattasi di guisa che la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali sarebbero titolari del trattamento dei dati personali proprio per quanto riguarda tali compiti.

[83] Nel parere reso nel giungo 2022, l'*European Data Protection Board* ha evidenziato come il futuro ED dovrà comunque attenuare i rischi per i diritti e le libertà delle persone interessate, ricorrendo a un elevato livello di pseudonimizzazione, oltre a prevedere che i dati personali possano essere accessibili solo su richiesta, come previsto dalla legge. Proprio per questo, l'autorità sarebbe favorevole all'introduzione di sistemi di transazione *offline* per quelle di minor valore, per consentire di esentarle da un monitoraggio finalizzato al controllo sulle regole di AML/CFT, poiché ritenute non a rischio.


ISSN 2036-7821

attribuiti a un utente dell'ED identificato o identificabile[84]. Per quanto risulti certamente apprezzabile il tentativo di disciplinare, in modo dedicato, i profili di riservatezza, a tale disciplina non sembra potersi guardare che con un pò di scetticismo. A tacere del fatto che

nell'universo digitale non esistono dati realmente anonimi, atteso che con un maggiore o minore impiego di risorse è possibile, incrociando dati presumibilmente anonimi provenienti da diversi *database*, identificare con certezza o con una ragionevole approssimazione il soggetto a cui si riferiscono, vi è un elemento normativo che rende la proclamata anonimità dell'ED di difficile applicazione. Il riferimento è al Regolamento generale sulla protezione dei dati ("GDPR")[85], il quale prevede ripetutamente (cfr. art. 6 e art. 23) che numerosi principi a tutela della riservatezza non si applicano in caso di esercizio di funzioni pubbliche o per il perseguimento degli interessi finanziari dell'Unione o di uno Stato membro. Non a caso, l'art. 23, comma 1, del GDPR espressamente specifica che il diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può limitare la portata degli obblighi e dei diritti tutelati nel plesso regolatorio in esame qualora tale limitazione sia una misura necessaria e proporzionata per salvaguardare, *inter alia*, rilevanti interessi economici o finanziari dell'Unione o di uno Stato membro, anche in materia monetaria, di bilancio e tributaria[86]. Inoltre, si consideri che sia la prima Direttiva sui sistemi di pagamento[87] (art. 29, abrogato) che la nuova c.d. "PSD2"[88] (art. 94 e ss.) prevedono espressamente il trasparente (ossia non anonimo) trattamento dei dati personali per prevenire e combattere casi di frode bancaria, monetaria e fiscale.

Alla luce di quanto sopra, adunque, è possibile prevedere che il velo della anonimizzazione delle transazioni in ED sarà, *de iure* e *de facto*, sfilato da un numero significativo di eccezioni, rendendolo inequivocabilmente trasparente e tracciato.

## *8. Considerazioni conclusive*

[84] A tal proposito, la proposta stabilisce altresì una procedura per verificare se i clienti dei prestatori di servizi di pagamento sono persone o entità designate soggette a sanzioni dell'UE. L'iniziativa garantisce espressamente che i dati personali necessari per effettuare tali verifiche siano adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario. In punto pratico, dovranno qui essere meglio vagliate dal legislatore eurounitario pure le connessioni con il cogente Regolamento (UE) 910/2014 "(eIDAS") che fornisce il quadro normativo rilevante per l'autenticazione elettronica sicura nelle transazioni.

[85] Trattasi del Regolamento UE 2016/679.

[86] R. LATTANZI, *Sistemi di pagamento e protezione dei dati personali. Prime note*, in M. MANCINI, M. PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime Riflessioni*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, 2020, 161 ss.; R. BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Diritto dell'infor.*, 2018, 1, 27 ss.

[87] Direttiva 2007/64/CE, anche nota come "PSD - *Payment Services Directive*".

[88] Direttiva UE 2015/2366.


ISSN 2036-7821

Il Progetto di Regolamento ha l'ambizioso obiettivo di effettuare un ulteriore e definitivo passo in avanti nel processo di digitalizzazione, ormai dilagante in ogni settore dell'economia e della società, affiancando alle banconote e alle monete, che attualmente costituiscono le uniche forme di moneta di banca centrale a corso legale, una moneta pubblica interamente digitale. Costituisce dato consolidato il fatto che l'utilizzo della moneta tradizionale nei pagamenti diminuisce man mano che gli acquisti *online* aumentano e le abitudini di pagamento del pubblico si spostano verso la grande varietà di mezzi di pagamento digitali privati offerti nell'UE. Ciò, in potenza, potrebbe compromettere l'auspicabile equilibrio tra la moneta di banca centrale e i mezzi di pagamento digitali privati: tendenza, invero, che potrebbe addirittura rafforzarsi in futuro, con l'emergere di valute digitali di banca centrale e *stablecoin* di Paesi terzi emessi da imprese private che potrebbero mettere in discussione il ruolo dell'euro nei pagamenti all'interno dell'UE e al di fuori di essa[89]. La mancanza di una forma di moneta di banca centrale ampiamente disponibile e utilizzabile, tecnologicamente adattata all'era digitale, potrebbe poi ridurre la fiducia nei confronti della moneta di banca commerciale e, in ultima analisi, nei confronti dell'euro stesso[90].

Da tale angolo visuale, quindi, già è possibile affermare che i principali (checché potenziali) benefici che l'Euro Digitale porta con sé sarebbero riconducibili ad almeno tre principi fondamentali: semplicità, inclusione e affidabilità.

Semplicità perché una moneta digitale di banca centrale semplificherebbe le operazioni di pagamento di cittadini, imprese e P.A. offrendo un unico mezzo di pagamento accettato da tutti e ovunque nell'eurozona. Oggi questo beneficio è offerto, *tout court*, solo dalle banconote, che però hanno il limite intrinseco di poter essere scambiate solo di persona e in punti vendita fisici[91].

---

[89] Come evidenziato in dottrina (G. PANETTA, *op. ult. cit.*, 27 ss.), l'ED rappresenta una vera e propria sfida per i circuiti di pagamento internazionali (*in primis*, VISA e Mastercard) che controllano oltre i due terzi dei pagamenti digitali al dettaglio. Infatti «i pagamenti in euro digitale prevedono una semplificazione dei pagamenti digitali in quanto sarebbe richiesta la necessaria presenza solo del prestatore di servizi di pagamento o dell'intermediario creditizio e non anche la necessità di avvalersi di un circuito di pagamenti, con un evidente vantaggio dal punto di vista dei costi».

[90] Si è avuto modo di rilevare come la fiducia nei confronti della moneta di banca commerciale si basa sulla possibilità per i depositanti di convertire alla pari i loro depositi in moneta di banca centrale a corso legale, attualmente disponibile solo sotto forma di contante. La mancanza di una forma di moneta di banca centrale utilizzabile nell'economia digitale e convertibile alla pari con i depositi delle banche commerciali potrebbe, quindi, compromettere il ruolo di ancoraggio monetario della moneta di banca centrale, indebolendo la stabilità finanziaria e la sovranità monetaria nell'UE.

[91] Cfr. in tema D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?*, in *ECB Occasional Paper Series*, 2019, 230; E. URBINATI, A. BELSITO, D. CANI, A. CAPORRINI, M. CAPOTOSTO, S. FOLINO, G. GALANO, G. GORETTI, G. MARCELLI, P. TIBERI, A. VITA, *A digital euro: a contribution to the discussion on technical design choices*, in *Banca d'Italia. Mercati, infrastrutture, sistemi di pagamento*, 2021.


ISSN 2036-7821

Vi è poi la promozione dell'inclusione. L'ED, *ex se*, sarebbe accessibile a tutti i residenti e i cittadini dell'area dell'euro - è lecito immaginarsi per il mezzo di una *app mobile* o una carta fisica - attraverso un'esperienza di pagamento semplice e intuitiva[92], includendo pure tutti quegli accorgimenti che ne facilitino l'utilizzo da parte di persone con poca esperienza tecnologica o con disabilità affinché non rimangano emarginate dalla transizione digitale. Nel mondo digitale, infatti, si accresce la valenza di una caratteristica intrinseca dei pagamenti, quella di costituire un canale, un abilitatore per l'accesso ad altri servizi. Disporre di una moneta pubblica e digitale, disponibile a tutti, significa quindi garantire a ciascuno la possibilità di avere piena cittadinanza digitale in un mondo in costante evoluzione.

Si consideri, inoltre, che la moneta digitale europea, essendo una valuta pubblica in formato digitale, risulta intrinsecamente più affidabile, essendo garantita dagli Stati membri della zona euro (rispetto alla valuta privata emessa da istituzioni commerciali, che rimangono esposte ai rischi legati alla propria attività imprenditoriale); ciò implica che l'introduzione dell'ED potrebbe portare a un significativo spostamento di fondi dai depositi bancari tradizionali verso questa nuova forma di moneta, percepita come più sicura e meglio rispondente alle esigenze di pagamento dei risparmiatori europei[93].

A tal proposito, è stato bene evidenziato che le motivazioni alla base del possibile lancio dell'Euro Digitale sul mercato si riducono essenzialmente a "una questione di sovranità"[94]. E a ben vedere, l'ED si sostanzia proprio in uno strumento volto a preservare l'autonomia statale sia dalle sfide provenienti dal settore privato[95], sia da quelle provenienti da Paesi extra UE[96].

---

[92] Sul punto, si consideri che l'Atto europeo sull'accessibilità, Direttiva 2019/882, stabilisce i requisiti di accessibilità a cui devono essere conformi i prodotti e i servizi fondamentali, come i telefoni, i computer o i servizi bancari, offerti nell'Unione europea. Tali norme, valide in tutti gli Stati Membri, garantiscono che i prodotti e i servizi fondamentali disponibili nell'UE siano di più facile utilizzo, in particolare per gli anziani e le persone con disabilità.

[93] In dottrina sul punto, P. MOTTURA, *L'euro digitale: sfida alla banca?*, in *Bancaria*, 2021, 4, 2 ss.; Id., *Le Central Bank Digital Currency: opzioni e criticità, tra wallet e contro*, in *Dir. banc.*, 2022, 2, 32 ss.

[94] Il concetto di sovranità eurounitaria è ben descritto da quella "sovranità messa in comune" evocata da M. Draghi, *On the path to fiscal union in the Eurozona*, in *The Economist*, 2023.

[95] Ed infatti, il crescente sviluppo delle criptovalute e l'ipotesi di emissione di valute digitali da parte di colossi tecnologici con ricavi paragonabili al PIL di una nazione avanzata potrebbero infatti trasferire il controllo di un elemento pubblico - la moneta - nelle mani del privato, con ripercussioni significative sul funzionamento dell'economia e, di riflesso, della società; U. BINDSEIL, J. SCHAAF, *Bitcoin's last stand*, in *ECB Blog*, 2022; G.U. RESCIGNO, *Moneta e Stato*, in *Dir. pubb.*, 2022, 2, 309 ss.

[96] Il tema è legato alla configurazione attuale dei sistemi di pagamento utilizzati nell'UE: una quota significativa delle transazioni digitali dei cittadini europei, infatti, viene gestita da aziende estere, con percentuali particolarmente elevate nel caso dei pagamenti con carte di credito e debito. Attualmente, questa situazione favorisce in larga misura gli Stati Uniti, ma in futuro l'ingresso di Paesi con assetti politici meno democratici potrebbe intensificarsi, generando effetti negativi su numerosi fronti, come il trattamento dei dati personali


ISSN 2036-7821

Se così possono essere riassunti i principi fondamentali che guidano il legislatore eurounitario nella introduzione della moneta digitale in questione, è chiara ed evidente anche la ricaduta di un simile sistema di pagamento con riferimento ad ambiti più squisitamente amministrativistici. In tale prospettiva, l'ED rappresenta una buona opportunità per modernizzare, *inter alia*, anche il settore degli appalti pubblici, migliorandone, sul fronte dei pagamenti e della gestione finanziaria dei contratti, l'efficienza, la trasparenza e la tracciabilità dei flussi finanziari.

È chiaro, tuttavia, che l'utilizzo dell'ED nell'ambito dei rapporti pubblicistici richiede un sensibile adeguamento della normativa italiana, in modo che risulti funzionale alle specificità sottese alla nuova moneta digitale. Sul punto, se nell'ambito dei pagamenti dei contratti pubblici, il d.lgs. 36/2023 già fornisce utili strumenti per consentire una piena implementazione dell'ED, la questione sembra invece risultare di più complessa implementazione con riguardo alla normativa sulla tracciabilità. Essa, risalente al 2010, infatti, sembra ancora fondarsi su un sistema di verifiche e controlli, ad elevato tasso di burocratizzazione, che, a parere di chi scrive, potrebbero invece essere superate proprio valorizzando l'introduzione della moneta pubblica digitale. Si è consapevoli, certamente, che affidare la tracciabilità alla moneta digitale richiederebbe di imporre – almeno con specifico riferimento ai contratti oggetto di tracciabilità – che i pagamenti debbano avvenire esclusivamente in ED, così destrutturando l'attuale previsione della alternatività, ma pare anche che una tale imposizione possa risultare tollerabile per le concrete finalità che la disciplina sulla tracciabilità ambisce a perseguire.

raccolti. Si pensi, in particolare, alla Cina e ad al ruolo che potrebbero avere, per esempio, soggetti come *Alipay* o *WeChatPay*.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Mercato, uguaglianza e sovranità popolare. Il ruolo necessario dell'amministrazione anche nella dimensione ultrastatuale

**di Daniele D'Alessandro**

(Professore Associato in Diritto amministrativo e pubblico presso l'Università della Calabria)

## Sommario

1. Premessa. – 2. Le istanze di riforma ed il rapporto fra Costituzione, ordinamento europeo e dinamiche globali. – 3. L'irretrattabilità del principio di eguaglianza nel disegno costituzionale e la funzione amministrativa. – 4. La dimensione eurounitaria. – 5. Una possibile lettura gradualista dell'integrazione europea. L'interpretazione evolutiva dell'art. 11 Cost. – 6. Il principio di buona amministrazione come risultante della continuità fra ordinamenti e le sue potenzialità. – 7 Considerazioni finali. Il ruolo dell'amministrazione.

## Abstract

The work proposes a reflection on the identification of the specific characteristics of the administration that can be useful in guiding the understanding of its evolution and regulation drafting. The expectation of efficiency and the consideration of administrative activity in terms of costs to private individuals are, in fact, the premise for reforms. In these processes, an awareness of the essence of the administrative function is essential to avoid the risk of undermining rather than strengthening the protection of community interests. This research cannot ignore the role of the market and addresses the relationship between the costitutional program of social change, which has its irrevocable core in the pursuit of substantive equality and in the principle of solidarity.

The role of the administration is identified in the way it achieves egalitarian objectives by allowing the exercise of popular sovereignty through its relationship with politics, its power of self-organization and through procedural participatory tools.

This allows us to view administrative function and activity in their essence, no longer as public power, but as the organization and modes of expression of popular sovereignty.

Finally, the author also proposes a small suggestion on possible applicative consequences.

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


ISSN 2036-7821

## *1. Premessa.*

La riflessione sui principi che disegnano il ruolo e orientano i rapporti fra amministrazione, stato e mercato nella dimensione della realizzazione della funzione amministrativa investe, fra l'altro, i temi dei limiti del potere, del suo rapporto con il principio di legalità, della sua efficienza, anche sotto il profilo dei tempi della decisione e della sua possibile riedizione[1].

Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale ha individuato le tensioni fra il principio di legalità e quello di efficienza ed ha manifestato, fra l'altro, una crescente attenzione all'impatto dei costi amministrativi rispetto alle attività private[2], con estensione dell'analisi ai metodi per affrontare tali problematiche e dare loro risposta in sede di regolazione[3].

---

* L'articolo anticipa i temi destinati a *liber amicorum* in onore di V. Ferrari.

[1] Cfr, fra le riflessioni più recenti M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e inesauribilità del potere*, in *Giustiziaamministrativa.it*, 2022; S. VERNILE, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 337 ss.; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo, profili critici*, 2018; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm*, 2016, 5, 2; R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza. I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Rimini, 2016; D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 779 ss.; G. VESPERINI (cur.), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, 2006; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese, in Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.; D. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge,1990; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 1651 ss. Sia consentito il rinvio anche a D. D'ALESSANDRO, *L'annullamento del provvedimento espresso di diniego nel silenzio assenso verticale*, Napoli, 2024, in cui sono più ampiamente trattate alcune delle questioni sviluppate in questo scritto.

[2] Cfr. F. DI MASCIO, G. FRANCISCI, A. NATALINI, V.M. TURRI, *Policy advice e riforme amministrative in Italia: contesto, political advisors e design delle politiche pubbliche,* in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2023, 3, 315 ss.; G. COCO, *La misurazione degli oneri amministrativi tramite Standard Cost Model,* in *Economia Pubblica*, 2007, 37 ss.

[3] L'attenzione è anche dell'UE, cfr. *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Better regulation: Joining forces to make better laws"*, COM(2021) 219 final, Brussels, 29 aprile 2021. Cfr. P. COLETTI, *Il principio «One in, One Out»: uno strumento per la qualità delle regole?* in *Rass. Trimestrale Osservatorio AIR*, 2024, 27 ss.; H. Xanthaki (author); M. MACIEJEWSKI (*administrator responsible*), I. Klecan (*Editorial Assistant*), *The 'one in, one out' principle. A real better lawmaking tool?, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Directorate General for Internal Policies*, 2023, in *europarl.europa.eu*; A.R. Castaldo (coord.), *Pubblica Amministrazione: semplificare i processi decisionali, migliorare le performance,* Napoli, 2021, e le indicazioni di P. FORTE, F. ROTA, *Una ricerca giuridica applicata, ib.*, 13 e di P. ESPOSITO, *Qualità della regolazione e misurazione degli oneri amministrativi (MOA) nell'attività di pianificazione della Regione Campania*, *ib.*, 32 ss.; M. PICCHI, *Legiferare meglio: a proposito della nuova comunicazione della commissione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, 3, 1051 ss.; V. DI PORTO, E. ESPA (cur.), L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione, Annuario AIR 2021, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; D. TRNKA, Y. THUERER, *One-In, X-Out: Regulatory offsetting in selected OECD countries, OECD Regulatory Policy Working Papers, No. 11,* Paris, 2019, in https://doi.org/10.1787/67d71764-en; C.M. RADAELLI, *The state of play with the better regulation strategy of the European Commission*, in *STG Policy Brief*, 2021, 6; L. ALLIO, *"Legiferare meglio" per il Green Deal? La parabola incompiuta della Comunicazione della Commissione europea,* in *Rass. trim. Oss. AIR*, 2021, 3, 19 ss.; F. MONCERI, *Complessità e semplificazione nell'azione amministrativa*, Torino, 2020; R.W. HAHN, A. RENDA, *Understanding Regulatory Innovation: The Political Economy of Removing Old Regulations Before Adding New Ones (August 19, 2017)*, in https://ssrn.com; M. BERTOLISSI, V. ITALIA, *La semplificazione delle leggi e dei procedimenti*


ISSN 2036-7821

In questo contesto, che resterà come dato presupposto, l'intento di questo lavoro è verificare se sia possibile delineare qualche frammento della ragione di essere, in termini di senso e valore, dell'amministrazione che possa contribuire ad orientarne l'attività e a comprenderne l'evoluzione. In particolare, se la considerazione dell'attività amministrativa in termini di costo per i privati[4] è una premessa rilevante delle riforme, la consapevolezza dell'essenza del ruolo della funzione amministrativa per il conseguimento degli interessi primari della comunità – compresi quelli rilevanti per le imprese - può concorrere ad evitare il rischio di innovare dequotando, anziché rafforzando, la relativa tutela e garanzia.

Si tratta di questioni che investono immediatamente il disegno costituzionale dell'amministrazione la cui considerazione non può essere disgiunta dalla dimensione eurounitaria[5], che si manifesta anche come ordinamento di diritto

*amministrativi*, Napoli, 2015; F. BASILICA, F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Santarcangelo di R., 2014; F. SARPI, *La valutazione dell'impatto della regolazione in Italia: una missione impossibile?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2013, 2, 447 ss.; S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei poteri pubblici nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265 ss.

[4] Cfr. F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 357ss.

[5] Per la quale sia consentito in prosieguo utilizzare talvolta anche il termine vetusto e non più tecnicamente esatto di "comunitaria" nelle sue declinazioni. Senza volere entrare sulla questione della natura dell'ordinamento dell'Unione e della sua autonomia o meno rispetto a quello degli stati membri, può osservarsi quanto meno continuità o coordinamento, piuttosto che separazione, cogliendo la proposta di superamento della visione dualistica di G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e Corti nazionali*, in S. PANUNZIO (cur.), *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, 2002, 531 ss.; del resto, l'amministrazione interna è essa stessa amministrazione comunitaria nel momento in cui è tenuta ad osservare il primato del diritto UE. Una continuità, quindi, che si realizza attraverso la legalità comunitaria ed il primato del diritto comunitario, la cui effettività ha costituito una delle ragioni costanti della giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. ed al cui interno hanno trovato svolgimento anche le implicate, ma distinte, questioni del rapporto fra le corti e dei controlimiti. La dottrina su questi ultimi profili è estremamente ampia ed interessante, oltre che in continua evoluzione e sarebbe un fuor d'opera tentare di indicarla; per autorevoli riflessioni in un'ottica anche di diritto amministrativo cfr. Cfr. AA.VV., *Il dialogo tra le Corti e l'attuazione del diritto convenzionale nell'ordinamento interno. I Protocolli d'intesa tra la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato*, atti del convegno del 16 nov. 2017, in *Giustizia-amministrativa.it*. Pare utile notare come le più recenti evoluzioni, ed in particolare la riserva della Corte di giustizia in ordine al mantenimento del primato dei principi fondamentali U.E. anche rispetto alla maggiore protezione possibile da offrire ai diritti fondamentali contenuti nella carta EDU, rappresenti comunque un'affermazione problematica rispetto all'obiettivo auspicato della collaborazione fra ordinamenti (e fra le Corti) nell'attuazione della massima garanzia, così come invece prospettato da A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Quad. cost.*, 2008, 1 ss. La riflessione ult. cit., peraltro, è di interesse anche in ordine al fatto che il raccordo con le Carte internazionali può essere più efficacemente fondato sull'art. 11 e/o sull'art. 2 Cost., anziché sul criterio offerto dall'art. 117 Cost. (come, invece, preferito dalla Consulta nelle decisioni n. 348 e 349/2007), giacché tale ultima norma ammette il rischio di una disponibilità da parte del legislatore ordinario in sede di ratifica o di eccezione o uscita dal trattato internazionale (per quanto queste ultime siano ipotesi di difficile realizzazione, ma brexit *docet*). Cfr. pure, sulle richiamate sentenze, le riflessioni di F. CORTESE, *La garanzia costituzionale del diritto di proprietà tra espropriazione e occupazione acquisitiva (sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale)*, in *Forum quad. cost.*, 2008. D'altra parte, guardando alla simile impostazione della Consulta e della Corte federale tedesca, è stato osservato come nelle occasioni di conflitto con la CGUE – segnatamente, nella


ISSN 2036-7821

amministrativo[6].

Il quadro, peraltro, è ancora più articolato, in quanto la relazione Stato-UE è parte di più ampio spazio, identificato come "globale", caratterizzato dalla presenza di centri decisionali capaci di governare gli interessi imponendo regole e comportamenti che non appaiono riconducibili o conseguenti a relazioni fra stati sovrani.

Esula dai limiti del presente lavoro affrontare le questioni che riguardano la ricostruzione di tali relazioni ed il rilievo della dimensione globale, materia problematica che è indagata da ampi ed autorevoli studi[7]. Mi limito, pertanto, ad

---

vicenda Taricone e in quella sul *public sector purchase programme* – sono state trovate comunque soluzioni idonee ad evitare una contrapposizione diretta fra Corti (così M. CLARICH, *Le reazioni della dottrina italiana alla sentenza del bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul public sector purchase programme*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2023, 4, 1261 ss.).

[6] Secondo la nota e fondamentale indicazione di J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Luxembourg, 1992 (prima ed. 1988), che parte dall'analisi del ruolo della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo che è stata condivisa, ripresa ed approfondita in Italia, cfr. E. CHITI, *La costruzione del sistema amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (cur.), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2000, 47 ss. (diversa la lettura di E. PICOZZA, *L'unione europea e il diritto amministrativo, lectio magistralis*, in *https://disp.web.uniroma1.it*). Si tratta di uno sviluppo progressivo, di un *acquis*, con crescente interesse per le relazioni fra le stesse amministrazioni, nell'indicazione di G. DELLA CANANEA, *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (cur.), *Trattato di diritto amministrativo, parte generale*, T. II, Milano, 2003, 1797 ss. Sul ruolo anche direttamente svolto dell'amministrazione U.E. cfr. B.G. MATTARELLA, *Il Rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2006, 922- 923. Cfr. pure S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 23 ss.; ID., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 2-3, 27 ss.

[7] In materia, cfr. le indicazioni di S. CASSESE, del quale cfr. *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo,* Bologna, 2008; ID., *Il diritto amministrativo, storia e prospettive*, Milano, 2010. Le prospettive aperte dalla sensibilità verso una dimensione in divenire, che propone allontanamenti dalla centralità dello stato, non è senza difficoltà e contraddizioni, cfr. A. D'ALBERTI (cur.), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010; S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A.J. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese,* Milano, 2008; S. BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali,* Milano, 2007; M. D'ALBERTI, *Comparazione giuridica, diritto europeo e diritto globale,* in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *Il diritto che cambia. Liber amicorum Mario Pilade Chiti*, Napoli, 2016, 179 ss. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2009. La dimensione globale, peraltro, necessita anch'essa di una ridefinizione dei pubblici poteri, cfr. L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016. Il rilievo di tale dimensione "altra" è dato, non senza profili problematici, dal fatto che anche le regole applicate dalle amministrazioni tradizionali finiscono per il provenire da essa piuttosto che dallo stato, cfr. G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 195 ss.; S. BATTINI, *Amministrazioni nazionali e controversie globali,* Milano, 2007; per il *cultural heritage,* cfr. L. CASINI (ed.), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010; per i profili organizzativi, cfr. *ID., Globalizzazione e amministrazioni pubbliche nazionali. La dimensione organizzativa*, in F. CAFAGGI (cur.), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, 2016, 77 ss.; nello specifico dei servizi, cfr. le riflessioni in S. BATTINI, G. VESPERINI (cur.), *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano, 2008; sul piano dei diritti fondamentali, M.A. CABIDDU, *L'eguaglianza alla prova della globalizzazione*, in G. MAZZOCCHI, A. VILLANI (cur.), *Tesi sulla globalizzazione,* Milano, 2004, 407 ss.; in materia sportiva, L. CASINI, *Il diritto globale dello Sport*, Milano, 2010. Al contempo, gli interessi stessi si collocano nella nuova dimensione allontanandosi dallo stato (cfr. L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018; S. BATTINI, *Amministrazioni senza stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003) o comunque ponendosi in una dialettica problematica, cfr. L. GIANI, *I diritti sociali e le sfide della globalizzazione. Concorrenza intersistemica e capitalismo regolatorio. Spunti di*


ISSN 2036-7821

accennare come le analisi riguardino le tensioni cui il diritto amministrativo è sottoposto dal confronto fra lo Stato nel suo divenire e altri fenomeni, innanzitutto economici, che governano l'effettiva realizzazione degli interessi, incidendo secondo modalità che propongono regole stabilite al di fuori degli stati e tendono a superare lo stesso diritto internazionale. In tali dinamiche sono stati ipotizzati spazi di amministrazione senza stato[8] e, guardando ad esse, è sorto l'interrogativo «se il costituzionalismo stia assumendo nuove forme, che ci sfuggono solo perché il nostro occhio non è abituato a vederle»[9].

Al contempo, come pure è stato osservato, l'azione in giudizio, le procedure e gli interessi mostrano nessi e componenti che rimangono dipendenti dal dialogo fra il livello sovranazionale, gli Stati, la dimensione locale, i soggetti del pluralismo sociale, gli individui, riaffermando il rilievo degli Stati stessi quali parti necessarie di tale dialettica ed il loro continuare ad essere riferimento per la garanzia e la tutela delle posizioni giuridiche[10].

Con tale consapevolezza, anticipando le linee di sviluppo del lavoro, tenterò di verificare la (in)attualità del considerare l'amministrazione essenzialmente espressione del pubblico potere, indagherò sull'esistenza di una diversa visione e sulla capacità delle relative ragioni di convincere della perdurante necessità del ruolo della stessa amministrazione, nonostante l'esistenza di uno spazio di relazioni globali che, come accennato, quanto meno in parte tendono a trovare regole relazionali prodotte, garantite ed osservate al di fuori della sovranità statale e delle relazioni fra stati.

---

*riflessione sul "nuovo" ruolo dello Stato*, in P. GALEONE, D. MORANA (cur.), *Discorsi interrotti. Il pensiero di Giovanni Marongiu venti anni dopo*, Roma, 2014, che nei propri scritti preferisce utilizzare il termine "persona", piuttosto che quello "cittadino" con ciò marcando un cambio di paradigma. Si aggiunge il fatto che la predicata dimensione globale offre ulteriori elementi di complessità che si affiancano a quelli normativi, dati dal fattore tecnicoscientifico e da quello finanziario, cfr. R. FERRARA, *Il posto del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in R. FERRARA, A. ROMANO TASSONE, F. MANGANARO (cur.), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005, 11 ss.

Un approccio sostanzialmente diverso è osservabile in E. PICOZZA, op. ult. cit., il quale ritiene inesistenti sia il diritto amministrativo globale che quello europeo, per mancanza di una dimensione di governo politico corrispondente, riconoscendo piuttosto influenze della dimensione europea e sovranazionale sul diritto amministrativo statale; cfr. pure l'approccio critico di G. ROSSI, *Pubblico e privato nello squilibrio fra economia e istituzioni*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2015, 2, 387 ss.; *ID.*, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1 ss.

[8] S. BATTINI, ***Amministrazioni senza Stato***… cit.

[9] S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006, 189.

[10] F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *Federalismi.it*, 17, 12 settembre 2018; *ID.*, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d'insieme*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2023, 2, 247 ss., che propone pure ampie indicazioni di metodo.


ISSN 2036-7821

## *2. Le istanze di riforma ed il rapporto fra Costituzione e ordinamento europeo.*

Le istanze di riforma provenienti dal livello sovranazionale sono finalizzate alla competitività del sistema. Esse nascono e sono avvertite fortemente anche in ambito economico e, negli ultimi anni, hanno portato il legislatore ad intervenire più volte sugli istituti di semplificazione contenuti nella legge sul procedimento amministrativo.

Le riforme hanno teso all'attuazione del principio di efficienza e dell'idea di amministrazione di risultato[11], nella ricerca di un più soddisfacente equilibrio fra esercizio del potere, tempestività e certezza, in un contesto complessivamente rivolto a produrre l'effetto auspicato attraverso l'eliminazione di elementi dell'azione amministrativa costituenti (o considerati) appesantimento burocratico e quindi esternalità negative in termini di costi amministrativi rispetto alla realizzazione delle iniziative e degli interessi privati.

La *ratio* è rinvenuta in considerazioni che riguardano il riequilibrio del rapporto pubblico-privato in termini di riduzione dello spazio di intervento del potere dovuto, in materie o attività sempre più numerose, al venir meno del suo profilo funzionale alla garanzia di interessi fondamentali per la capacità del libero mercato di produrre le relative utilità.

Sono devalutati, conseguentemente, l'interesse e l'attualità di strumenti come le riserve di mercato in favore del settore pubblico o le limitazioni all'accesso al mercato degli operatori economici. Ciò comporta anche la sottoposizione dell'impresa pubblica alle regole comuni nel confronto competitivo, la liberalizzazione delle attività; inoltre, la pretesa di nuovi assetti non si ferma ai processi di semplificazione, ma richiede un mutamento nel ruolo stesso dell'amministrazione con maggiore assunzione di funzioni di garanzia e controllo successivo anziché preventivo.

L'esigenza di riforme, anche per quanto attiene agli interventi sulla legge sul procedimento amministrativo, al contempo viene ampiamente collegata all'adempimento degli obblighi comunitari relativi alla garanzia del libero mercato ed agli equilibri della finanza pubblica, questi ultimi indubbiamente condizionati, fra l'altro, dai livelli di crescita del prodotto interno.

In tale contesto si ripropone con nuovo vigore l'interrogativo se esista una frattura fra la Costituzione economica e l'ordinamento UE[12].

---

[11] Si tratta del medesimo contesto razionale che sorregge l'indirizzo comunitario sotteso alla direttiva Bolkestein, ma in Italia rimane difficile l'equilibrio fra liberalizzazione e semplificazione. Sulla distinzione fra liberalizzazione e silenzio assenso cfr. G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività ed il silenzio assenso*, in G. SCIULLO (cur.), *Le nuove regole dell'azione amministrativa*, Bologna, 2006, 73 ss.

[12] In maniera autorevole e con ricchezza ed autonomia di argomentazioni evidenziano la differenza nel modo di intendere la concorrenza e le libertà economiche ed i rapporti fra stato e mercato S. CASSESE, *La costituzione*


ISSN 2036-7821

È una questione giustamente oggetto di ampio dibattito, rispetto alla quale appare necessario un approccio in termini evolutivi del rapporto fra costituzione ed ordinamento europeo, in questa sede necessariamente limitato a quanto utile a definire le coordinate prospettiche e metodologiche fondamentali.

### *3. L'irretrattabilità del principio di eguaglianza nel disegno costituzionale e la funzione amministrativa.*

L'opzione originaria ed originale della nostra Costituzione, nel suo assetto complessivo, giustifica e legittima il pubblico potere e l'esistenza stessa dello stato attraverso una delega di sovranità da parte del popolo (art. 1 Cost.) che è fondata sull'irretrattabilità della realizzazione del percorso di attuazione dell'eguaglianza sostanziale. Il riferimento testuale è offerto dall'art. 3, co. 2, Cost., che attribuisce la missione relativa al raggiungimento degli obiettivi egalitari alla Repubblica, intesa come sintesi dello stato comunità e dello stato apparato; la condivisione di tale impegno innerva l'intera costituzione, in una sintesi che è offerta all'art. 2, che rende inscindibile il legame fra il godimento dei diritti e l'adempimento dei doveri fondamentali di solidarietà politica, economica e sociale.

Tale disegno identifica il significato stesso, oltre che la garanzia di sopravvivenza, della democrazia[13].

L'amministrazione, come componente dello stato apparato, trae anch'essa la ragione dei propri poteri dal coinvolgimento nella realizzazione di tale programma. Essi sono, quindi, giustificati solo nei limiti in cui rappresentano lo strumento più idoneo, nel rispetto del principio democratico (e quindi nei modi e limiti del loro esercizio, sottoposto a controllo giurisdizionale, ma soprattutto nella dimensione partecipata e democratica), a realizzare gli obiettivi costituzionali (fra essi, anche quelli eurounitari e sovranazionali, in forza dell'art. 11 Cost. e delle altre previsioni che ne sono attuazione, come i successivi artt. 81 e 117).

---

*economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 6, 911 ss.; *ID., La nuova costituzione economica,* Roma-Bari, 1995 (la cui ricostruzione è dimostrata attraverso un'attenta analisi degli apporti al regime delle libertà provenienti dalle discipline sovra e transazionali); G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 1, 7 ss., p. 19; G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.*, 1998, 1 ss.; L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (cur.), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, 1994, 122 ss., ammettendo un'implementazioni progressiva della Costituzione in una direzione diversa rispetto a quella originaria.

[13] Cfr. le belle pagine di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. 1. Teoria del diritto*, Bari, 2007, t. II, 12 ss.; per il rapporto fra diritti fondamentali e disegno autonomico, C. ESPOSITO, *Autonome locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione,* in *Id., La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954. Sull'impatto di tale impostazione sul sistema delle autonomie, cfr. più di recente G. PIPERATA, *Gli spazi mobili dell'autonomia nell'ordinamento locale italiano,* in *Dir. Amm.*, 2020, 3, 645 ss. e sia consentito rinviare anche a D. D'ALESSANDRO, *Intese, differenziazione (paritaria per dissociazione?) e bilanciamento dei diritti*, in *Munus*, 2023, 1, 83 ss.


ISSN 2036-7821

L'iniziativa economica privata è parte della Repubblica, in quanto esprime una dimensione del contributo allo sviluppo della vita politica, economica e sociale che vede protagonista la componente stato-comunità, trovando applicazione ad essa la relazione fra adempimento dei doveri di solidarietà e godimento dei diritti fondamentali, per quanto come condizionamento esterno alla libertà economica, piuttosto che come finalizzazione intrinseca e funzionale. La libertà di iniziativa economica è protagonista della dimensione partecipativa, rappresentando anche nelle sue attuazioni concrete espressione delle formazioni sociali[14]; è parte delle relazioni della sussidiarietà orizzontale[15]; fornisce in misura qualitativamente e quantitativamente significativa il presupposto del lavoro e quindi dell'emancipazione della persona attraverso esso[16]; contribuisce, per tali ragioni, alla realizzazione di obiettivi di coesione sociale.

Nell'impostazione essenziale, non c'è quindi, una costituzione economica che può essere ritenuta separata dalla prima parte della costituzione.

### *4. La dimensione eurounitaria.*

Guardando al versante dell'UE, è generalmente riconosciuto come la Corte di giustizia abbia indicato un percorso irreversibile di integrazione della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario a partire dalle sentenze *Stauder*, *Internationale* e *Nold* [17], ma rimane controversa la prospettiva di bilanciamento con le libertà economiche.

Queste ultime, infatti, costituiscono un elemento portante dell'Unione europea, anche dopo storici e noti approdi come l'incorporazione della carta di Nizza nel diritto primario UE, attraverso la modifica introdotta dal trattato di Lisbona all'art. 6, TUE[18], l'inclusione del riferimento alla CEDU all'art. 6, co. 3, TUE, ponendola fra i

[14] Secondo la condivisibile indicazione di E. CHELI, *Classificazione e protezione dei diritti economici e sociali nella Costituzione italiana,* in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni, III,* Milano, 1995, 1775 ss., p. 1785.

[15] Sia consentito il rinvio a D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

[16] Cfr. le pagine di C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (cur.), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 10 ss.

[17] In tal senso S. GAMBINO, *Alcune osservazioni sui diritti fondamentali europei e sul "multilevel constitutionalism"*, in AA.VV., *Diritto costituzionale in trasformazione*, liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, VI, *Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale*, in *Giur. cost*, 2020, 38 ss. Le sentenze cit. sono nell'ordine CGCE, 12 novembre 1969, C. 29-69; CGCE 17 dicembre 1970, C. 11-70; CGCE 14 maggio 1974, C 4-73.

[18] firmato dai capi di Stato e di Governo il 13 dicembre 2007 (in vigore dal I dicembre 2009), reso necessario dopo il no della Francia e dei Paesi Bassi al T*rattato di Bruxelles,* che adottava una ***Costituzione*** per l'Europa approvato dal Consiglio europeo il 18 giugno 2004. L'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, nella versione consolidata, prevede al primo comma che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati", ed al secondo comma contiene l'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.


ISSN 2036-7821

principi generali sul medesimo piano delle tradizioni costituzionali comuni[19], l'impegno verso il c.d. pilastro sociale[20].

Si discute in dottrina delle tecniche di tutela e di composizione dell'applicazione dei principi costituzionali comuni, della CEDU e della stessa carta di Nizza rispetto alle altre previsioni dei trattati, in particolare in riferimento al bilanciamento delle libertà economiche, per l'eventuale diverso modo di intendere i diritti sociali, a seconda che possano rappresentare diritti fondamentali o invece principi, con diversa portata ove siano intesi come rinvio a posizioni soggettive applicabili orizzontalmente e/o come parametro di legittimità delle discipline comunitarie o interne[21].

Del resto, è stato altresì rilevato che la costruzione di un sistema multilivello di tutela delle libertà fondamentali ha, di per sé, un effetto benefico nel determinare l'affermazione, ma prima ancora le *chances*, per ottenere il più elevato grado di garanzia possibile[22], anche se non mancano notazioni critiche circa l'effettività di tale risultato[23].

Penso, tuttavia, che ad una qualificazione in termini di definitiva ed assoluta preminenza delle libertà fondamentali non economiche si possa pervenire soltanto su un piano astratto, giacché l'elemento che realmente salda il livello eurounitario e quello interno (mi riferisco a quello avanzato previsto dalla nostra Costituzione) è la consapevolezza di una relazione di strumentalità fra il mercato ed i diritti

[19] «I diritti fondamentali, come garantiti dalla [CEDU] e come risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri, dovranno costituire principi generali del diritto dell'Unione». Su tale percorso cfr. C. CHIARELLO, *Il valore costituzionale della Carta di Nizza: un problema ancora aperto anche alla luce della sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale*, in *Consulta on line*, 7 marzo 2018, 377 ss. Non c'è dubbio che permangano tensioni in ordine ai rapporti fra le competenze UE (fra sussidiarietà e poteri impliciti), CEDU, coordinamento della Carta di Nizza con le altre disposizioni dei trattati. Resta comunque essenziale che, come osservato sin dalla prima ora, l'utilità della Carta di Nizza è stata di consentire di individuare uno statuto costituzionale per i cittadini europei (cfr. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. Cost.*, 2001, 193 ss.) e poi uno strumento interpretativo non solo per la Corte di Lussemburgo, ma anche per il diritto interno (cfr. Cass., 17 maggio 2010, n. 28658). Fondamentale, come ricordato, la prospettiva di A. RUGGERI, *La CEDU …* cit., per il quale il dialogo sulle carte e fra le corti, al di là delle tensioni, può essere letto come una opportunità di ricerca in diverse sedi di una lettura *magis ut valeant* dei diritti fondamentali. Si tratta di una delle ragioni che consentono di proporre la ricostruzione anche in una valenza positiva dell'incertezza giuridica (sia consentito rinviare a D. D'ALESSANDRO, *Crisi e diritti fondamentali: l'incertezza come principio dell'ordinamento?* in S. GAMBINO (cur.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Dossier di DPCE, Torino, 2015, 481 ss.)

[20] Per quanto non esente da critiche, cfr. G. GOTTI, *L'implementazione partecipata del pilastro europeo dei diritti sociali: "nuovo inizio" e vecchi problemi*, in *Rivista AIC*, 2021, 1, 166 ss.

[21] Cfr. A. PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2014, 4, 1148 ss.

[22] Fra gli scritti dedicati al tema dall'autore, cfr. A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del 'sistema dei sistemi' come problema*, in *Rivista AIC*, 2014, 2; *ID., Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e 'controlimiti mobili', a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 2011, 1.

[23] Cfr. A. SPADARO, *L'Unione Europea a una svolta: welfare sociale o know how militare?*, in *La cittadinanza europea*, 2020, 125 ss.


ISSN 2036-7821

fondamentali (sia in termini di libertà positive che negative), rispetto alla quale i concreti bilanciamenti non possono certo rappresentare un momento di rottura.

A ciò si accompagna una continuità fra ordinamenti regolata da un diverso assetto delle competenze.

Certamente, occorre prendere atto che, nonostante la c.d. teoria dei controlimiti[24], è la Corte di Lussemburgo a riservarsi l'interpretazione sulle competenze, sul primato dell'ordinamento comunitario, sull'interpretazione ed il bilanciamento fra diritti e libertà, anche rispetto alla stessa Corte EDU[25].

Questo, tuttavia, non significa diversità di costituzione economica, ma indica una scelta politica che, anche da parte dell'Italia, guarda al modo migliore possibile, in concreto, sul piano dell'effettività, di realizzare il proprio programma costituzionale. Quanto ciò sia vero è dimostrato con ragioni opposte da due vicende molto diverse fra loro, da un lato la brexit, che ha sconfessato l'irretrattabilità dell'appartenenza alla UE, dall'altro il programma NextGenerationEU[26], che mostra quanto la scelta di

[24] Sul tema, anche per indicazioni sull'ulteriore bibliografia, cfr. D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021; C. AMALFITANO (cur.), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della saga Taricco*, Milano, 2018; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale: contributo per una ricostruzione del dialogo tra le Corti*, Napoli, 2018; A. BERNARDI (cur.), *I controlimiti, Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali,* Napoli, 2017; A. BENARDI, C. CUPELLI (cur.), *Il caso Taricco e il dialogo fra le corti*, Napoli, 2017.

[25] il modo di operare è simile all'atteggiamento della Corte costituzionale con la CEDU, basta confrontare Corte cost. n. 348/2007 e CGUE 22 dicembre 2010, in causa C-279/09, *DEB*, § 35. La Consulta, nella decisione ult. cit., osserva la non diretta applicabilità della CEDU, poiché si tratta di un «un trattato internazionale multilaterale (…) da cui derivano "obblighi" per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri», con conseguente valore di norma interposta ex art. 117 co. 1 Cost.

La corte di Lussembrugo, sent. ult. cit., sempre con riferimento alla CEDU, osserva che in presenza di diritti garantiti in entrambe le Carte fondamentali debba valere il principio di equivalenza delle tutele posto dall'artt. 52, par. 3 CDFUE, salva la possibilità di una sua estensione in base al successivo ex art. 53, escludendo un obbligo di interpretazione conforme rispetto alla Corte EDU, in quanto l'art. 52, par. 3 cit. «mira a garantire la necessaria coerenza tra questi rispettivi diritti senza pregiudicare l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte». Sul tema, cfr. L. TOMASI, ***L'interazione tra Corte EDU*** e ***Corte di giustizia e la ripresa dei negoziati per l'adesione dell'UE alla CEDU, in Federalimi.it, 2003, 20, 1 ss.;*** G. LATTANZI, G. GRASSO, S. LEMBO, M. CONDINANZI, C. AMALFITANO (cur.), *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee,* in *Quaderni SSM,* Roma, IPZS, 2022.

[26] Il riferimento al Next Generation EU e al PNRR è fin troppo scontato, cfr. G. VIESTI, *Riuscirà il PNRR a rilanciare l'Italia?* Roma, 2023; G. PELLEGRINO (cur.), *Ripresa e giustizia. Le riforme del PNRR: un'Alta Corte delle magistrature?*, Santarcangelo di Romagna, 2022. Per una panoramica degli interventi U.E. in materia sociale cfr. la scheda informativa *Europa sociale: le politiche sociali dell'Unione Europea* in https://www.europarl.europa.eu. L'Unione ha aperto, fino ad ottobre 2025, una consultazione pubblica sul tema povertà, diritti sociali e società civile, cfr. https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say_it. In dottrina, per restare ad alcuni degli interventi più recenti, cfr. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2025; M. MANFREDI, *La promozione e la tutela dei diritti economici e sociali nell'Unione europea: l'azione dell'UE tra politiche interne e relazioni esterne*, Bari, 2022; G. PALMISANO, *L'Europa dei diritti sociali: significato, valore e prospettive della Carta sociale europea*, Bologna, 2022; U. CARLONE, *Diritti sociali europei: un nuovo welfare per l'UE*, Perugia, 2021; M. Corti, *Il pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2021; G. DI FEDERICO, S. NEGRI, *Unione europea e salute: principi, azioni, diritti e sicurezza*, Milano, 2019; P.


ISSN 2036-7821

rimanere uniti sia valida ed attuale.

Altro è discutere sul piano politico delle differenze di vedute in ordine all'assunzione di un più ampio impegno diretto dell'Unione nelle politiche sociali e occupazionali. Tali politiche, in ogni caso, trovano anche base giuridica nel diritto primario della U.E.[27] ed hanno avuto significativa attuazione in iniziative e discipline nei settori dello sviluppo produttivo, del lavoro (con attenzione anche ai temi della previdenza, della sicurezza, della parità di genere e dello sviluppo occupazionale), oltre che da ultimo anche in tema di solidarietà a fronte di congiunture eccezionali, come dimostrano le vicende covid-19.

D'altra parte, anche fra quanti hanno autorevolmente ritenuto di riconoscere la sussistenza di una distanza fra l'impostazione interna e comunitaria, è stato comunque affermato il consolidarsi del processo di integrazione, che è stato ritenuto abbia portato una modificazione nella Costituzione, quanto meno sul piano materiale, nel senso della sovrapposizione, se non coincidenza vera e propria, di libertà economica e libertà politica[28]. Anzi, è stato ulteriormente proposto un mutamento radicale della considerazione del mercato, che deve transitare «da disvalore, difeso soltanto perché inesorabilmente accoppiato alla libertà politica» ad una rivalutazione in termini di «valenza positiva di promotore di efficienza economica ed organizzativa»[29].

### *5. Una possibile lettura gradualista dell'integrazione europea. L'interpretazione evolutiva dell'art. 11 Cost.*

Seguendo il metodo gradualista[30], sulle premesse proposte, può riconoscersi che il rapporto fra costituzione economica interna e diritto comunitario non si risolve in una netta contrapposizione, né in una piena coincidenza, ma si colloca in un'area intermedia, caratterizzata dal presentare maggiori punti di contatto con l'ipotesi di continuità, coordinamento e convergenza crescenti fra le due impostazioni fino a doversi ammettere l'esistenza di un risultato nuovo e diverso rispetto al punto di partenza.

Può osservarsi, infatti, una convergenza in ordine al fatto che la tutela del libero

---

BILANCIA (cur.), *La dimensione europea dei diritti sociali*, Torino, 2019; N. MACCABIANI, *The effectiveness of social rights in the EU: social inclusion and European Governance: a constitutional and methodological perspective*, Milano, 2018.

[27] Cfr. artt. 2, 3 TUE e 9, 10, 19, 45-48 e 145-161, TFUE.

[28] «partendo dal presupposto che tutti i cittadini hanno pari diritti di libertà economica, perché libertà politica e libertà economica coincidono e sono entrambi riassunti nel diritto di cittadinanza» (così F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna,-2002, 66; cfr. pure G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell'economia,* Milano, 1998).

[29] G. AMATO, *Il mercato* … cit., 7 ss.

[30] Cfr. G. ROSSI, *Metodo giuridico e diritto amministrativo: alla ricerca di concetti giuridici elementari*, in *Diritto pubblico*, 2004, 1, 1 ss.


ISSN 2036-7821

mercato trovi giustificazione nella sua capacità di creare sviluppo economico e occupazionale, per tale via garantendo coesione sociale, sviluppo della personalità e attuazione delle condizioni per la partecipazione democratica e per la realizzazione spontanea nella dimensione relazionale anche dei diritti fondamentali[31], il che, comunque, è presupposto di esistenza di uno stato sociale sussidiario e non assistenzialistico[32].

Il riferimento all'art. 11 come fondamento del legame con l'U.E. non trova più, quindi, ragioni limitate all'attuazione della politica internazionale ed alla giustificazione delle cessioni di sovranità per le relative esigenze, ma si inserisce in una più ampia utilizzazione di tale strumento costituzionale all'interno del disegno di solidarietà e di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale, nel suo duplice rilievo, individuale e socio-politico relazionale che coinvolge la dimensione statuale facendola dialogare con le Carte, le alte Corti, le politiche, le regole e le amministrazioni internazionali in un processo rivolto alla migliore realizzazione possibile dei diritti fondamentali[33].

È vero che la Costituzione fa riferimento all'eguaglianza sostanziale, mentre i trattati dell'Unione rinviano all'eguaglianza *tout court*, ma non c'è dubbio che le politiche attive UE si rivolgono alla non discriminazione e alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile rivolto alla coesione sociale ed al godimento dei diritti fondamentali, il che è una parte rilevante del compito assegnato alla repubblica dall'art 3, co. 2, Cost. Inoltre, per quanto non rientrante nelle politiche UE, non c'è dubbio che all'Italia (come ad ogni stato membro) rimangano le competenze in ordine ad ulteriori politiche ed azioni rivolte all'eguaglianza sostanziale, tali da potere anche giustificare limitazioni della libertà di concorrenza, anche se la Commissione ne rimane arbitro secondo le indicazioni di cui agli artt. 106, 107 e 108 TFUE, in una partita che

[31] Esprime una valutazione positiva in ordine alla concreta possibilità che la regolazione del mercato nella dimensione globale possa essere leva per la garanzia dei diritti sociali M. D'ALBERTI (fra i diversi scritti, cfr. *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 51 ss.; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; ID., La *crisi globale e la sorte dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2013, 4, 195 ss.; ID., *I diritti fondamentali nell'età globale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli, 2014, I, 135 ss.

[32] Cfr. R. SPEAR, *L'organizzazione dell'offerta di servizi di* welfare *in Gran Bretagna*, in *Impresa sociale*, 2005, 1, 179 ss., che assume l'assistenzialismo in accezione degenerativa come approccio politico di offerta di prestazioni pubbliche che si sostituisce alla necessaria presenza di una cittadinanza attiva, anziché affiancarla per quanto essa non può realizzare da sola.

[33] Secondo l'auspicio di A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità* … cit., *passim*. Sul tema della produzione degli effetti giuridici come effetto di una complessa interrelazione fra diversi livelli di fonti si interrogano gli interventi di S. MODUGNO, S.M. CICCONETTI, A. RUGGERI, A. CERRI, A. PIZZORUSSO, IN AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione. Convegno celebrativo del 60º anniversario della Costituzione*, Roma, 27 e 28 novembre 2008, *AIC on line*, archivio. Si tratta di una tematica oggetto di una ricerca svolta con impegno costante da A. RUGGERI, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti*, Torino, nei volumi pubblicati a partire dal 2007, e sintetizzata in diversi scritti (cfr. ID., *Tecniche di normazione, tutela dei diritti fondamentali, teoria della Costituzione* in *Osservatoriosullefonti*, 2008, 1). Cfr. pure F. FRACCHIA, *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo* … cit.


ISSN 2036-7821

interessa fortemente il piano dei servizi di interesse non economico generale[34] e con un effetto che ha fatto parlare di «integrazione per differenziazione»[35].

È altresì vero che i presupposti e gli obiettivi normativi ed interpretativi sono spesso differenti fra il piano interno e quello eurounitario quando quest'ultimo mira prioritariamente all'affermazione dell'effettività dell'ordinamento europeo piuttosto che al primato dei diritti secondo l'impostazione della singola Costituzione, il che indubbiamente determina resistenze e criticità. D'altra parte, è innegabile un coordinamento per il quale è stata richiamata la necessità di una reinterpretazione della costituzione economica[36], è stata utilizzata la metafora dei vasi comunicanti[37], è stato individuato un effetto *spillover* per cui i principi affermati nel diritto interno sono censiti, gestiti, recepiti dall'ordinamento comunitario, in specie dalla Corte di giustizia, che ne restituisce la rielaborazione, spesso innovativa, agli Stati membri, al cui interno essi finiscono con l'espandersi anche in opzioni di senso e di valore ulteriori rispetto dell'ambito in cui sono nati[38]. Una circolarità virtuosa che ha operato efficacemente proprio nell'ambito del procedimento amministrativo, la cui disciplina italiana rinvia *tout court* ai principi comunitari, senza limitarne l'applicazione all'ambito unionale[39].

---

[34] Cfr. L. AMMANNATI, R. CAFARI PANICO (cur.), *I servizi pubblici, vecchi problemi e nuove regole*, Torino, 2019; M. D'ALBERTI, *Amministrazione e mercato*, in M. D'ALBERTI, G. PANNELLA (coord.), *Innovazione amministrativa e crescita*, Roma-Napoli, 2007, I, 23 ss.; d'altra parte, l'attenzione dell'Unione al profilo del controllo, nel senso che il problema sia di identificare i limiti posti alla competenza interna rispetto al governo del mercato, è in vario modo evidenziato dalla dottrina; cfr. F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza,* in *For. It.*, V, 2011, 106 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 5, 1063 ss.; A. BIONDI, *Alla caccia dei limiti esterni della libera circolazione dei servizi*, in F. BESTAGNO, L.G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, 71 ss.; F. MASTROIANNI, *La libertà di prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, ib., 1 ss.; G.F. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 3-4, 627 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, 91 ss.

[35] così F. GIGLIONI, *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 5, 538 ss.; cfr. pure *ID.*, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008.

[36] Cfr. G. CORSO, *Il mercato: profili costituzionali,* in www.spisa.unibo, pubblicato nell'ambito del progetto scientifico "diritto amministrativo e società civile, Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco".

[37] G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001.

[38] Cfr. D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spillover" negli ordinamenti nazionali, in Nuove Autonomie, 2005*, 541 ss.

[39] Sul punto cfr. G. MORBIDELLI, *I principi eurounitari e legge n. 241/1990: quale rapporto?*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (cur.), *La legge n. 241 del 1990 trent'anni dopo,* Torino, 2022, 3 ss., e le fondamentali relazioni ed interventi, oltre che degli A. appena citati, di A. BENEDETTI, M. BOMBARDELLI, M. CAMMELLI, F. CAPORALE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, S. DE NITTO, M. DELSIGNORE, M. DUGATO, F. FIGORILLI, F. FRACCHIA, D.U. GALETTA, A. GIURICKOVIC DATO, A. GIUSTI, E. GUARNIERI, A. MARRA, , A. PAJNO, G. PERICU, A. PIOGGIA, G. PIPERATA, A. POLICE, F. SAVO AMODIO, G. TORELLI, R. URSI. Cfr. pure M. CONTICELLI, G. DELLA CANANEA (cur.), *I procedimenti amministrativi di adjudication dell'Unione europea*: *principi generali e discipline settoriali,* Torino, 2018.


ISSN 2036-7821

### *6. Il principio di buona amministrazione come risultante della continuità fra ordinamenti e le sue potenzialità nel rapporto fra stato e mercato.*

Il diritto alla buona amministrazione è espresso dall'art. 41 della Carta di Nizza[40], che pure ha destato perplessità per non aver colto tutte le potenzialità già espresse dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo[41]. Esso è inteso come diritto «ad una buona decisione amministrativa»[42], ma non solo, ed assume un rilievo centrale in forza della sua incorporazione nel diritto dei trattati.

Detto principio è indice ed effetto di un'evoluzione funzionale dell'attività in termini di servizio, e nella genesi dalla dimensione di principio a quella di diritto, di pretesa tutelata, mostra una variabilità dipendente dalla disciplina della funzione amministrativa stessa, dalla diversificata titolarità sia in capo ai singoli che alla comunità, dalla stessa disomogeneità delle amministrazioni in dipendenza del sistema multilivello di governo e della dimensione di governance che è definita globale[43]. Richiede, proprio nella dimensione funzionale, che la buona amministrazione non si riduca alla decisione, ma investa il ruolo che secondo la carta

---

Da entrambe le ricerche emerge un panorama di grande interesse verso i principi, ma al tempo stesso sono sottolineate le criticità e le resistenze ad una piena attuazione sia sul versante dell'Unione che su quello interno.

[40] La letteratura sull'art. 41 cit. è amplissima. Guardando ai contenuti che sono stati attribuiti alla locuzione, in quanto attinenti all'impostazione seguita nel presente lavoro, fra gli scritti più recenti, alle cui indicazioni bibliografiche si rinvia, cfr. G. FESTA, *Il diritto ad una «buona amministrazione». Evoluzione storica e inquadramento nell'epoca odierna*, Napoli, 2020; C. CELONE, *Il "nuovo" rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione alla luce dell'art. 41 della carta dei diritti fondamentali dell'unione europea*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (cur.), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 401 ss.; D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2019, 165 ss. Per approfondimenti di profili di stretta attualità, cfr. pure F. AMATUCCI, *Il principio europeo della buona amministrazione ed il suo recepimento nell'ordinamento tributario interno*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2023, 1, 11 ss.; B. PONTI, *Le diverse declinazioni della "buona amministrazione" nel PNRR*, **in *Istituzioni del Federalismo*, 2022, 2, 401 ss.;** F. LUCIANI, *Brevi note sull'innovazione tecnologica come strumento di buona amministrazione*, in *La Cittadinanza europea*, 2022, 2, 199 ss.; D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche Amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare*, in *Federalismi.it*, 2022, 7, 103 ss.; M.C. PIERRO (cur.), *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019; D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, 2; S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione (lezione magistrale Un. Suor Orsola Benincasa)*, Napoli, 2007; ID., *Il diritto alla buona amministrazione*, in Irpa.eu; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI, G. GRECO (cur.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, T. I, Milano, 2007, 49 ss.

[41] In tal senso, cfr. D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 2008, 2.

[42] D. SORACE, op. ult. cit., concorda con tale indicazione di F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in M.P. CHITI, G. GRECO (cur.), *Trattato di diritto amministrativo …* cit., 49 ss., la quale valorizza, peraltro, il rilievo del principio di tempestività.

[43] Così S. CASSESE, *L'ideale di una buona amministrazione* (lezione magistrale Un. Suor Orsola Benincasa), Napoli, 2007; ID., *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Irpa.eu*.


ISSN 2036-7821

fondamentale la P.A. è chiamata a svolgere per realizzarne i fini[44]. Costituisce anche un riferimento utile per recuperare le indicazioni contenute nei vari codici di condotta e in atti e dichiarazioni non aventi valore normativo, quali argomenti per l'interpretazione e l'applicazione dei principi.

Peraltro, la necessità di adeguatezza degli strumenti procedimentali prescelti dagli stati membri rispetto alla natura degli interessi da tutelare non è indifferente per l'Unione, come ha indicato la Corte di giustizia UE richiamando proprio l'Italia a prestare attenzione, nelle proprie politiche di semplificazione, ai principi di precisione, chiarezza, certezza[45].

Guardando alla direttiva servizi, che peraltro richiede liberalizzazione delle attività e prescrive il ricorso al silenzio assenso come misura di semplificazione[46], essa al contempo invita ad utilizzare, come criterio discretivo nella revisione delle discipline interne ed in particolare per misure derogatorie, l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale e la possibilità di introdurre controlli e verifiche successive piuttosto che autorizzazioni preventive, secondo un evidente rinvio ai principi di ragionevolezza ed adeguatezza[47].

D'altra parte, anche nella teorizzazione dei processi di c.d. globalizzazione e del relativo impatto sull'assetto della sovranità, non si nega che, sia pure nel coordinamento indicato, emerge comunque una nuova dimensione della costituzione economica, per livelli di espressione del potere se non di governo, con una riduzione della sfera di influenza della sovranità statale rispetto all'evolversi dei mercati, ma permanendo prerogative di condizionamento di matrice pubblicistica[48], con possibilità di intravedere una *rule of law* e garanzie di partecipazione procedimentale

[44] In tal senso ancora D. SORACE, *La buona amministrazione* … cit.

[45] Cfr. Corte giust. CE 28 febbraio 1991, causa C-360/87, Commissione c. Repubblica Italiana. In relazione alla direttiva del Consiglio 17 dicembre 1979, 80/68/CEE sulla protezione delle acque sotterranee dall'inquinamento provocato da sostanze pericolose, la Commissione aveva censurato proprio il ricorso al silenzio assenso nelle autorizzazioni provvisorie, osservando che «conseguenze si riverberano tanto sull'autorizzazione quanto sul controllo, non essendo infatti per nulla certo, in caso di autorizzazione tacita, che il controllo sia stato effettuato e procedendosi, qualora il controllo non abbia avuto luogo, al rilascio dell'autorizzazione senza che siano rispettate le condizioni prescritte dagli artt. 9, 10 e 12 della direttiva». La corte risolve la questione osservando che «va rilevato, in proposito, che ai sensi della direttiva, il rifiuto, la concessione o la revoca delle autorizzazioni devono risultare da un provvedimento esplicito e seguire regole procedurali precise, nelle quali venga rispettato un determinato numero di condizioni necessarie, dalle quali sorgono diritti ed obblighi in capo ai singoli».

[46] Art. 13, par. 4, Direttiva 2006/123/CE del parlamento e del consiglio.

[47] Cfr. F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Milano, 2016; L. ALLA, *La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, in *Amministrazioneincammino.it*, 15.1.2010; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009. Cfr. pure M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, in G. Strozzi (cur.), *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2006; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, *Ib.*, 221 ss.

[48] cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012. Cfr. pure G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2017, specie 311 e ss., che più radicalmente intende dimostrare come la costituzione economica sia rimasta travolta dal processo di globalizzazione.


ISSN 2036-7821

globali[49].

Tali effetti sono certamente frutto dell'opera di ricostruzione del sistema delle fonti della Corte di Lussemburgo che ha portato gli stessi giudici interni a riconoscerne e applicarne le norme, ma non può trascurarsi il ruolo svolto in tal senso, anche storicamente, dall'amministrazione. Infatti, l'Unione europea, per quanto comunità di diritto amministrativo[50], era priva di una struttura burocratica adeguata all'esigenza di trasformazione delle proprie norme in cura concreta e diretta degli interessi dei cittadini in esse selezionati. L'elemento portante dell'affermazione dell'ordinamento UE in tale direzione è stata, quindi, l'amministrazione dei singoli stati membri, ad un tempo amministrazione europea nell'applicazione delle disposizioni provenienti dal livello sovranazionale.

### *7. Considerazioni finali. Il ruolo dell'amministrazione.*

L'amministrazione italiana, anche nel suo essere, come detto, amministrazione europea, nella relazione con le persone, con la comunità, nella trasformazione dei principi fondamentali in attività di cura concreta degli interessi sottostanti, per come delineati attraverso l'opera del legislatore, è momento di autorganizzazione non già o, almeno, non semplicemente, del pubblico potere. Il riferimento al principio di legalità, che è comune agli stati membri e sancito anche nella Carta EDU, ammette l'autorganizzazione dell'amministrazione anche nella relazione fra piano interno e piano eurounitario.

Come noto, per la nostra Repubblica la disposizione costituzionale di riferimento è data dall'art. 97 Cost., che rende partecipe l'amministrazione della stessa costruzione della legalità, attraverso la funzione organizzatrice, in termini di attività di indirizzo che trova la sua fonte in una riserva di legge relativa volta propriamente a garantire la realizzabilità del disegno "interventista" dello stato sociale[51].

---

[49] Cfr. S. CASSESE, *Oltre lo Stato* …, cit., § VI e VII.

[50] Cfr. *ante*, nota 6.

[51] M. NIGRO, Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Milano, 1966; cfr. pure *Id.*, *La pubblica amministrazione fra Costituzione materiale e formule*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1985, 1, 162 ss. Sul tema, cfr. pure V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento,* in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1962, 1, 130 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968. Sull'evoluzione del principio di legalità, cfr. le posizioni degli autorevoli intervenuti in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del 53° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione* (Varenna, 20-22 settembrec2007), Milano, 2008. Andrebbe analizzato anche il tema delle norme interne; in particolare sulla diversa visione del riconoscimento e dei limiti del loro rilievo esterno, cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti,* Napoli, 2020; M. ROVERSI MONACO, *Le norme interne nel sistema amministrativo italiano. Uno studio introduttivo*, Milano, 2020. Per una recente ed attenta ricostruzione della posizione di M. Nigro, cfr. G. DELLA CANANEA, *Mario Nigro riformatore: la legge sul procedimento amministrativo*, in *Nomos*, 3/2023; A. ROMEO, *Procedimento e organizzazione negli studi di Mario Nigro: l'attualità del giurista*, *ib.*


ISSN 2036-7821

In proposito, decisiva l'autorevole lettura che vede nell'amministrazione un momento di espressione della sovranità popolare che si esprime in autorganizzazione e confronto democratico attraverso l'istituto della relazionalità del rapporto amministrativo fondato sulla partecipazione[52].

Il nodo centrale è proprio questo: nelle interazioni fra le Carte fondamentali e nelle relazioni fra Stati e corti che ne sono parte, l'amministrazione offre il contributo della comunità nelle scelte concrete, discrezionali, un modo democratico di gestire il pubblico potere per garantire la sua aderenza al programma politico irretrattabile, quello per l'uguaglianza sostanziale.

Penso che il riconoscimento della partecipazione degli interessati alla determinazione della decisione, quindi all'esercizio del potere e non solo al procedimento in chiave difensiva, può essere riconosciuto e ricostruito valorizzando la motivazione, che connota il potere-dovere dell'amministrazione di tenere in considerazione le indicazioni proposte dagli interessati, attraverso l'obbligo di darne evidenza nella decisione finale assunta.

Al di là delle modalità attraverso le quali ciò deve essere realizzato (in maniera analitica, o comunque superando con la complessiva motivazione del provvedimento le questioni poste dai privati), è essenziale che l'amministrazione non può limitarsi ad esternare l'iter logico che ha sorretto il suo percorso di decisione rispetto al fatto ed alla legge, ma deve confrontarsi con le ragioni degli interessati, dimostrando che sussiste quanto meno una soluzione alternativa egualmente valida rispetto ai contenuti da questi ultimi offerti nel loro «progetto di atto»[53].

Ciò conferma che la P.A. procedente, nel momento in cui è onerata di motivare rispetto alle memorie e ai documenti pertinenti provenienti dagli interessati, è coinvolta in una relazione collaborativa in cui le prerogative dei privati sono espressione innanzitutto di esercizio di sovranità, tanto è vero che il modello imposto all'amministrazione procedente, attraverso la motivazione ed il confronto dialettico, non è diverso nella sostanza rispetto a quello che si osserva nelle relazioni con altre

[52] Si tratta di una prospettiva indicata a suo tempo da M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, p. 126 che ha fatto sin da subito riferimento ad una compartecipazione degli interessati all'esercizio del potere attraverso una funzione che si concretizza nella possibilità di proporre il contenuto stesso del provvedimento e di dialogarne con l'amministrazione. L'amministrazione non è più solo autorità, ma è espressione di organizzazione, di autoorganizzazione della società, momento di esercizio della sovranità popolare (cfr. M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1980, ora in *ID.*, *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1411 ss.); con diversa impostazione, sempre valorizzando l'elemento della relazionalità, cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico,* in *Annali della Facoltà di Economia e commercio dell'Università di Messina*, Catania, 2, 1981. Il tema è ampio, sia consentito rinviare, anche per maggiori indicazioni bibliografiche, a D. D'ALESSANDRO, *La procedura di V.I.A.: alla ricerca della qualificazione delle prerogative partecipative, in Il diritto dell'economia*, 2021, 2, 149 ss.

[53] L'espressione è, ancora, di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* … cit., 126.


ISSN 2036-7821

amministrazioni che esercitano a loro volta i propri poteri nelle dimensioni del contributo alla determinazione del provvedimento (basti guardare alle regole sull'espressione di pareri o delle conferenze dei servizi).

Detto altrimenti, le amministrazioni coinvolte nella determinazione dell'assetto degli interessi, rispetto all'apporto degli interessati seguono un percorso che è simile al reciproco confronto fra amministrazioni, cioè, a seconda dei contenuti, un iter tecnico e/o logico argomentativo in termini di ragionevolezza, sostenibilità, conformità alla legge.

Se si assume il mercato come strumento di realizzazione dell'utilità sociale (come si esprime sinteticamente la nostra costituzione) o degli obiettivi di coesione sociale, sviluppo economico sociale e affermazione dei diritti della persona (se si utilizza la più articolata dizione eurounitaria), comunque intendendo le due raffigurazioni linguistiche in quella continuità più sopra riferita, l'equilibrio fra le diverse componenti che possono portare a tale risultato passa dalla specificazione normativa e poi dallo svolgimento dell'attività della P.A. in una dimensione partecipata secondo il modello del *due process of law*, all'interno del quale gli interessati collaborano per come sopra indicato, assumendo, naturalmente, le relative responsabilità[54].

La tipizzazione di casi, limiti e modi ha una cornice innanzitutto formale, legata al principio di legalità, ma la forma si ricompone come risultante dell'apporto dell'intervento consentito all'amministrazione in sede di funzione organizzatrice. La giustificazione finalistica si rinviene, poi, su un piano sostanziale, nella dimensione della legalità costituzionale, per valori e principi, arricchita dall'appartenenza all'UE, che trova espressione, come sopra osservato, nelle dinamiche collaborative delle Corti e delle istituzioni per l'attuazione delle diverse Carte, interne ed internazionali.

Tale impostazione vale anche ove si aderisca ad una visione minima del ruolo dello Stato nei rapporti con il mercato, identificando il confine e l'essenza connotante della funzione amministrativa, oltre che la doverosità della sua azione, nello svolgimento di attività delle quali il mercato non può o non vuole occuparsi[55]. È, questa, una

[54] Naturalmente, emergere il tema della responsabilità in forza della partecipazione procedimentale, cfr. gli interessanti scritti in A. CLINI (cur.), *Il procedimento e le responsabilità*, Padova, 2013; per come ciò possa rilevare nella dimensione descritta nel testo, cfr. P. FORTE, *Appunti sulla natura delle responsabilità nella partecipazione delle organizzazioni private alle funzioni programmatorie e di indirizzo politico-amministrativo*, *ib.*, 205 ss.; più di recente, cfr. C. ACOCELLA, *I nodi di procedimenti amministrativi e processi de- cisionali: scenari di semplificazione e questioni di responsabilità* cfr. in A.R. CASTALDO (coord.), *Pubblica amministrazione* … cit., 49 ss.

[55] È il potenziale doveroso proprio dell'amministrazione già chiaramente in M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *For. It.*, 1985, 5, 121 ss. È altrettanto significativo che il ruolo dello stato sia inteso esattamente in tali termini anche da economisti di primo piano come J. Stiglitz (cfr., di recente, J. STIGLITZ, *The Road to Freedom: Economics and the Good Society*, New York, 2024).


ISSN 2036-7821

visione dell'amministrazione in termini sussidiari, con la sua attività distinta da quel contributo che i cittadini singoli ed associati ed il mercato, come luogo di confronto anche fra formazioni sociali, riescono e devono riuscire ad esprimere autonomamente.

Anche assumendo tale prospettiva, l'amministrazione rimane innanzitutto espressione di un rapporto, attuazione della dimensione partecipativa e procedimentalizzata[56], autorganizzazione ed esercizio dal basso, da parte dei cittadini, della sovranità.

Sono caratteri, questi, che giustificano l'esistenza della pubblica amministrazione anche rispetto alla governance che opera al di fuori o, come qualcuno ha autorevolmente affermato, «oltre lo stato»[57].

Per concludere con un cenno all'utilità sul piano concreto dell'enucleazione del ruolo e del significato attribuito alla pubblica amministrazione, un ambito può essere quello dell'esaurirsi del potere amministrativo, in particolare in riferimento alla disciplina del silenzio assenso[58].

L'operatività dell'istituto potrebbe essere ridefinita razionalizzando l'esclusione di quegli interessi rispetto ai quali la dimensione partecipativa appare utile ad una migliore tutela o il presupposto collaborativo necessario a produrre l'effetto giuridico (il riferimento è alla partecipazione alla relazione con l'amministrazione, quindi comprensiva degli oneri a carico dell'istante).

Ciò potrebbe portare ad una rinnovata riflessione sui confini dell'istituto nei casi di interessi sottoposti dalla legge a valutazioni discrezionali, o nei procedimenti complessi[59], o ancora sull'identificazione delle conseguenze di comportamenti in violazione della buona fede del privato istante, fino ad enucleare quando gli errori,

---

[56] Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino* … cit.; M. NIGRO, I*l procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 1, 5 ss. Può ormai ritenersi acquisita la natura non solo difensiva della partecipazione (cfr. G. DELLA CANANEA, *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione*, in V. CERULLI IRELLI, (cur.), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 81 ss.) ed essa accomuna anche gli ordinamenti di *common law* (cfr. M. D'ALBERTI, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, 1 ss.; F. FRACCHIA, A*nalisi comparata della partecipazione procedimentale nell'ordinamento inglese ed in quello italiano*, in *Dir. Soc.*, 1997, 189 ss.; G. ARENA, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo: analisi dell'esperienza americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 279 ss.).

[57] Efficace titolo del noto scritto di S. CASSESE, più volte cit.

[58] Ben sapendo che è necessario un attento bilanciamento, giacchè tempestività, economicità, efficacia, semplificazione sono pur sempre contenuti dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento. Su tali nessi, di recente, cfr. M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2024.

[59] A quest'ultimo proposito, cfr. M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 3, 1057 ss., il quale ritiene che l'ambito operativo più appropriato del silenzio assenso possa essere quello dei procedimenti non complessi.


ISSN 2036-7821

benché eventualmente comuni alle parti del rapporto amministrativo, siano comunque idonei ad escludere la formazione del silenzio perché determinano il venir meno dei presupposti essenziali per la sua applicazione[60].

Naturalmente, si tratta di provocazioni ancora da indagare.

[60] Penso, ad esempio, alla vicenda dell'autorizzazione all'esportazione dell'allegoria della pazienza del Vasari, maturata per un errore di fatto sulla natura e qualità dell'opera. Benché la questione di legittimità costituzionale della norma sull'autotutela sia stata respinta dalla consulta, ciò è avvenuto valorizzando la discrezionalità del legislatore, il che potrebbe non escludere una revisione della disciplina in ipotesi simili (cfr. la rimessione di Cons. di st. 16.10.2024, n. 8296 e la sentenza della Corte costituzionale 26 giugno 2025, n. 88). Anzi, a dire il vero l'effetto di maggiore garanzia in casi simili potrebbe essere raggiunto direttamente sul piano interpretativo, rilevando come la buona fede, in sede di vendita di un'opera d'arte, comporti la necessaria analisi con la migliore scienza e tecnica disponibile per la verifica della sua reale natura; in difetto, mancando il comportamento di buon padre di famiglia, non sarebbe configurabile la buona fede.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Il supporto dell'intelligenza artificiale nell'elaborazione dei "*compliance programs* 231" e i problematici profili della responsabilità penale dei programmatori e dei sorveglianti dei *software*

## di Francesco Marzullo

(Abilitato alle funzioni di professore associato di diritto penale)

## Sommario

1. Il punto: il ricorso alla I.A., nel sistema della responsabilità da reato degli enti. – 2. Legittimazione e ruolo dell'I.A. nell'elaborazione del M.O.G.: il problematico accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente. - 3. La tesi di Piergallini circa la responsabilità diretta della macchina artificiale. – 4. Soluzioni *de lege ferenda* per promuovere l'impiego dell'I.A. nella costruzione dei M.O.G. – 5. L'inedita dimensione antropica dell'imputazione dei "reati presupposto 231": la responsabilità penale dei programmatori/produttori dei *software* utilizzati nella redazione dei protocolli cautelari. – 5.1. - La responsabilità penale dei c.d. "sorveglianti". - 6. Conclusioni.

## Abstract

Due to the constant circularity and widespread diffusion of the culture of compliance and compliance programs, typified by Legislative Decree 231/2001 within complex corporate organizations (whose preparation and implementation results in the legal person not being punishable under corporate criminal liability), the Author addresses an absolutely open and multidisciplinary topic, which currently registers limited interest from the most accredited doctrine: that is, the usefulness of using, in the immediate future, technologies emerging from Artificial Intelligence, to develop precautionary protocols capable of not only attenuating, but even neutralizing any risk of verification of the underlying crime (according to the paradigm of attribution of criminal liability through negligence). The analysis then focuses, in an anthropic dimension of the accusation, on the problem of the possible criminal liability of human programmers and the so-called "supervisors" of those software which, although used in the drafting of precautionary protocols, they have not had any effectiveness in preventing the risk of crime.

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


ISSN 2036-7821

***1. Il punto: il ricorso alla I.A., nel sistema della responsabilità da reato degli enti.***

Nel grande cantiere sempre aperto della responsabilità da reato degli enti, una nuova e complessa area è rappresentata dalla emersione di una casistica allargata, relativa al possibile ricorso alla I.A. nella predisposizione prima e nell'attuazione poi dei modelli organizzativi previsti in materia di *corporate criminal liability.*

Si tratta di una tematica assai complessa, aperta alla integrazione di competenze plurispecialistiche e non esclusivamente giuridiche e, preventivamente, condizionata dalla mancanza di una definizione unitaria di I.A.[1].

Per una necessaria, quanto sintetica, *actio finium regundorum*, occorre concettualmente distinguere tra IA forti e IA deboli[2] : le prime astrattamente deputate alla contestualizzazione delle istanze di analisi; mentre alle seconde resta assegnata la fase esecutiva degli ambiti di ricerca [3].

Ed infatti, mentre nella versione "forte", l'IA punta a conseguire un livello di intelligenza pari a quello dell'uomo (*human-like)*; nella prospettiva "debole", l'operatività della macchina si arresta ad una funzione meramente sussidiaria [4], che sul terreno operativo apre a tre passaggi essenziali: la percezione dei dati dall'ambiente in cui il sistema è immerso; l'elaborazione delle informazioni da questi estrapolate, attraverso cui individuare l'azione migliore per il raggiungimento del risultato prefissato e l'attuazione della c.d. "azione decisa".

La sequenza dei citati passaggi consente il raggiungimento dell'obiettivo finale rappresentato dall'algoritmo, come « schema esecutivo della macchina che memorizza tutte le opzioni decisionali in base ai dati che progressivamente elabora».

In sintesi estrema, gli elementi alla base del funzionamento di ogni sistema di I.A. sono: i dati raccolti ed immessi nel sistema – dalla cui qualità dipende la qualità del sistema e quindi dell'output offerto – l'algoritmo elaborato dal programmatore, che consente di ottenere un certo risultato partendo dalle informazioni d'ingresso.

Con l'efficace espressione "*compliance digitale*"[5] si è inteso, dunque, evocare gli effetti dell'applicazione di tecnologie emergenti basate sull'Intelligenza Artificiale (I.A.) ai sistemi di *compliance* e, tra questi, ai modelli di organizzazione e gestione previsti dal

---

[1] C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" a "autore" del reato?,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, p. 1745 ss.: G. BARONE, *Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del Parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, pp. 1180 – 1191.

[2] C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" a "autore" del reato?,* op. cit., p. 1746 ss.

[3] Secondo la C.E.P.E.J., *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, 2018, p. 47, nel prossimo futuro, difficilmente potranno esistere sistemi di IA forte, posto che le IA per essere in grado di modellizzare il mondo nella sua interezza, necessiterebbero di progressi significativi della ricerca di base e non soltanto di semplici miglioramenti delle prestazioni dei sistemi esistenti.

[4] Si veda *AI-HLEG, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, A definition of Artificial Intelligence: maincapabilities and scientificdisciplines*, Bruxelles, 18 dicembre 2018, consultabile sul sito della Commissione europea; *JRC Technical Reports, AI Watch. Defining Artificial Intelligence, Publications Office of the European Union*, Lussemburgo, 27 febbraio 2020.

[5] L'espressione A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, in *Sistema penale.it*, 14 marzo 2022.


ISSN 2036-7821

d.lgs. 231/2001, nonché ai protocolli cautelari che sono la declinazione dettagliata dell'autonormazione privata[6]. Tale argomento rientra nel più generale tema dell'IA applicata ai *Big Data*[7]

La piena comprensione del processo decisionale di un'I.A. rappresenta forse un risultato impossibile: il tasso di opacità tecnologica dei tipi più evoluti di intelligenza artificiale, che si caratterizzano per la capacità di apprendere e reagire in modo indipendente dall'ambiente, è piuttosto elevato, in ragione sia della complessità degli algoritmi impiegati, sia della mole dei dati elaborati[8].

La rivoluzione *cybernetica*, la creazione di *software* di intelligenza artificiale e la programmazione di algoritmi specifici, da un canto hanno inciso profondamente nel tradizionale sviluppo delle attività umane, e dall'altro hanno dato forma a nuove aree criminologiche (in cui sono più forti i legami con gli istituti di matrice penalistica) che la dottrina[9] ha subito classificato in:

*i)* attività di *law enforcement* e di giustizia predittiva (si pensi alle macchine utilizzate dalle forze di polizia, per lo più in via sperimentale, per compiti come

[6] Su tale specifico argomento si rinvia altresì alle riflessioni di G. IMBRIGIOTTA, *Intelligenza Artificiale e MOG 231: dalla colpa d'organizzazione alla colpa "artificiale"*, in *Rivista penale Diritto e Procedura.it*, 14 gennaio 2025; di R. TREZZA, ***L'Intelligenza Artificiale come ausilio alla standardizzazione del modello 231: vantaggi "possibili" e rischi "celati"***, in ***Giurisprudenza penale***, 2021, p. 3 .

[7] C. BURCHARD, *Digital Criminal Compliance*, in *Festschrift für U. Sieber zum 70. Geburtstag, II*, Duncker & Humblot, Berlin, 2021, p. 742 ss.; nonché P.A. RAMIREZ BARBOSA, *Corporate Criminal Law, Artificial Intelligence and Big Data: the Huawei Case and its Implications for Global Society*, in *Revista Paradigma*, v. 29, n. 1, 2020, p. 19 ss.; A. ELLIOTT, *La cultura dell'intelligenza artificiale. Vita quotidiana e rivoluzione digitale* (trad. it., di *The Culture of AI. Everyday Life and the Digital Revolution*, 2019), Codice Edizioni, Torino, 2021.

[8] La capacità di elaborare *big datada* parte dell'intelligenza artificiale impone una adeguata sorveglianza sul potere che ne deriva; si tratta di elaborare una vera e propria Big Data Policing, allo stato *in fieri* solo negli Stati Uniti, si veda A.G. F ERGUSON, *The Rise of Big Data Policing. Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, New York, 2017, 2, 167 ss.. Si rinvia ai contributi relativi alla "*Round Table on Big Data and Criminal Law*" pubblicati su *Ohio State Journal Criminal Law*, 2018, 473 ss.

[9] Per una disamina più in generale dei possibili intrecci tra IA e diritto penale, v.: U. PAGALLO, *Saggio sui robot e il diritto penale,* in S. VINCIGUERRA-F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 595 ss.; J. CHARPENTIER, *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, Macerata, 2015; S. RIONDATO, *Robot: talune implicazioni di diritto penale*, in P.MORO-C. SARRA, *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 85 ss.; A. GARAPON-J. LASSÉGUE, *Justice digital. Revolution graphique et ropture anthropologique,* Paris, 2018; M. B. MAGRO, *Relazione su "Biorobotica, robotica e diritto penale"*, in *dirittopubblico.unipd.it*, 2018, 1 ss.; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, pubblicato pure su *Diritto penale contemporaneo*, 29 settembre 2019, 1 ss.. A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, 326 ss. Sull'uso dei robot in medicina, v. A. PERIN, Standardizzazione, automazione e responsabilità medica. Dalle recenti riforme alla definizione di un modello d'imputazione solidaristico e liberale, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, 1, 207 ss. Sul distinto versante del ricorso all'IA, come strumento di *lawenforcement*, di *policinge* e di giustizia predittiva, v . M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 2018, 3, 872 ss.; C. BURCHARD, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2019, 1909 ss.; A. GULLO, *Nuove frontiere tecnologiche e sistema penale: alcune note introduttive,* in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 2, XI ss.; M.B. MAGRO, *Robot, cyborg e intelligenze artificiali*, in A. CADOPPI - S. CANESTRARI- A. MANNA -M. PAPA, *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, Utet, 2019; F. SGUBBI, *Il diritto penale totale,* Bologna, 2019, pp. 40-44; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *disCrimen*, 15 maggio 2020, 1 ss.


ISSN 2036-7821

pattugliamento, sorveglianza, disinnesco di bombe, riconoscimento facciale, ecc.);
*ii)* impiego di algoritmi decisionali, dopo una sperimentazione per la decisione di liti civili o di contenziosi amministrativi, anche in ambito penale;
*iii)* uso di c.d. algoritmi predittivi (*risk assessments*) per la valutazione, in senso ampio, della pericolosità criminale ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza, di una misura cautelare o di una misura di prevenzione o anche per concedere la sospensione condizionale di una pena o l'affidamento in prova al servizio sociale;
*iv*) coinvolgimento di un sistema di *IA* come strumento, autore o vittima di un reato.
E tuttavia, accanto a questi temi, ad avviso di chi scrive, si impone la necessità di ulteriormente riflettere sulla ammissibilità del ricorso alla creazione di algoritmi in grado di raccogliere norme giuridiche ed informazioni aziendali, per valutare il *risk assestment* e predisporre -nella fase genetica del prodotto autonormato (il modello organizzativo)- le misure più idonee a prevenire la commissione di reati o la verificazione di eventi il cui rischio è stato valutato; nonché sull'efficacia eventualmente "esimente" di quei prodotti autonormati "concepiti" dall'I.A.
Premesso che la redazione del modello implica una conoscenza effettiva dell'ente e del suo organigramma, del suo oggetto sociale, delle varie funzioni e della struttura degli organi dirigenziali, e premesso che, sulla base di tali informazioni, va formulata una puntuale mappatura dei rischi di commissione di reati, si deve prendere atto, che alcune società hanno già iniziato a sperimentare *software* capaci di progettare e redigere autonomamente i modelli organizzativi e di gestione (inclusi i relativi protocolli cautelari)[10].
E quindi il nuovo *focus* riguarda la verifica dei benefici e dei rischi della *digital criminal compliance*" e, soprattutto, le implicazioni che dall'utilizzo di tali strumenti possano derivare all'accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente.
Il tema si complica anche in ragione di un ulteriore profilo che attiene all'utilizzo o meno di *software*, dotati di *Machine Learning* (capacità di autoapprendimento); ci riferiamo a quei programmi in grado di acquisire dati dalla propria esperienza, al fine di elaborare nuove strategie per affrontare problemi futuri.
La tecnologia basata sulle reti neurali è alla base della gran parte dei motori per l'apprendimento delle IA e attraverso il c.d. processo di *machine learning*, una rete neurale viene addestrata, a riconoscere gli scenari che tali dati rappresentano.

[10] N. ABRIANI, *La corporate governance nell'era dell'algoritmo Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla* corporate governance, in *Il nuovo diritto delle società*, 2020, 3, p. 268 ss., laddove l'Autore individua i principali settori in cui si inizia ad intravedere un'interferenza tra intelligenza artificiale e *governance* aziendale, ed in particolare: i) nell'utilizzo di strumenti di IA per l'organizzazione e il funzionamento societario interno (prospettiva interna di corporate governance); ii) negli strumenti di IA sia come supporto sia come output dell'attività di impresa; iii) nel ricorso a strumenti di IA per la valutazione dall'esterno del funzionamento societario (prospettiva esterna dei mercati finanziari).


ISSN 2036-7821

Dopo la fase di *machine learning*, una rete neurale diventa capace di riconoscere gli scenari che ha "imparato" nei nuovi dati che riceve in input. Inoltre, una rete neurale potrebbe continuare ad "imparare" nuovi scenari dai dati ricevuti come *input*.
Si tratta, a ben vedere, di vere e proprie macchine pensanti, la cui caratteristica è quelle di essere autonome: svolgono cioè attività in assenza del controllo umano e sono in grado di apprendere dalla propria esperienza e di migliorare il comportamento[11].
L'ideatore (umano) genera l'algoritmo, che 'conosce', grazie all'esperienza, e 'rielabora', potendo pervenire a scelte del tutto impreviste ed imprevedibili da parte dell'ideatore.
La funzione innovativa di questi sistemi di intelligenza artificiale, dotati di una sorta di "autocoscienza", potrebbe consentire di individuare tempestivamente le carenze organizzative dell'ente, sulla base dei rischi rilevati in situazioni analoghe pregresse[12], al fine di dotare la persona giuridica di strumenti prevenzionistici sempre attuali e più efficaci.
E tuttavia cosa potrebbe accadere sul piano delle eventuali responsabilità degli attori collettivi ex decreto 231/2001, se anche questi modelli in astratto "più affidabili", in quanto predisposti da sistemi digitali più innovativi ed evoluti, fossero invece ritenuti inidonei in fase di validazione giudiziale? Ed ancora: sarebbe in qualche modo ipotizzabile un intervento punitivo diretto[13] nei confronti dell'agente

[11] Si tratta in particolare delle forme di intelligenza artificiale di quarto livello o sistemi multi-agente (c.d. multi-agent systems), su cui J. XIE-C.C. LIU, *Multi Agent Systems and Their Application*, in *Journal of International Council on Electrical Engineering*, 2017, 188 ss. Sulla capacità di autoapprendimento come criterio per distinguere il livello di autonomia di un agente artificiale, P. NORVIG, *Macchine che apprendono*, in D. HEAVEN (a cura di), *Macchine che*

*pensano. La nuova era dell'intelligenza artificiale*, Bari, 2018, p. 31 ss.

[12] I *software* di intelligenza artificiale hanno la possibilità di apprendere strategie efficaci, già adottate da altre macchine in situazioni analoghe, grazie ad un *cloud* comune, modificandole ed adattandole al caso concreto senza la necessità di un nuovo intervento del programmatore grazie al cd. *black box algorithm*. Sul punto si rinvia a F. TRIPODI, *Uomo, Societas, Machina*, in *La legislazione penale*, 2023, p. 11, laddove, per un approfondimento sul tema, si cita P. NORVIG, *Macchine che apprendono*, in D. HEAVEN (a cura di), *Macchine che pensano. La nuova era dell'intelligenza artificiale*, Bari, 2018, pp. 31 e ss.; si veda altresì S. BECK, *Intelligence agents and criminal law – Neglicence diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous Systems*, 2016, p. 138 e ss.

[13] Il più noto sostenitore della teoria della responsabilità penale dell'AI è il penalista israeliano G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities, From Science Fiction to Legal Social Control*, in 4 *Akron lntel. Prop. J.*, 2010, 189, 191 ss., ID, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Berlin, 2015, 47 ss.; tra gli altri Autori, meritano di essere citati: Y. HU, *Robot criminals*, in *52 Mich. J . L. Reform, 2019*, 487, p. 531. Nella dottrina portoghese si segnala, a titolo di esempio, P.M. FREITAS - F . ANDRADE - P. NOVAIS, *Criminal Liability of Autonomous Agents: From the Unthinkable to the Plausible*, in P. CASANOVAS - U. PAGALLO - M. PALMIRANI - G. SARTOR (a cura di), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, Berlin-Heidelberg, 2014, 145 ss.; tra gli Autori tedeschi, S. BECK, *Grundlegende Fragen zum rechtlichen Urnmgangrnit der Robotik*, in *JR, 6/2009*, p. 230 ss.; più di recente E. HILGENDORF, *Zivil-und strafrechtliche Haftung für von Maschinen verursachte Schädene*, nonché M. SIMMLER, *Maschinenetik und strafrecht-liche Verantwortlichkeit*, entrambi in O. BENDEL (a cura di), *Handbuch Maschinenetik, Wiesba-den, 2019*, 437 ss. e p. 453 ss.; scettico sulla possibilità di imputare il fatto dell'agente umano S.BECK, *Intelligent Agents and Criminal Law. Ne gligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood*, in *Robotics an*


ISSN 2036-7821

artificiale? Oppure la responsabilità degli eventi lesivi che derivano dall'attività degli agenti artificiali[14] potrebbe ricadere esclusivamente sugli operatori umani (l'utilizzatore, il produttore, il programmatore, dello sviluppatore, etc.) che mantengono la *signoria* sul *software*, sul processo decisionale e sul comportamento dell'algoritmo.

## 2. *Legittimazione e ruolo dell'I.A. nell'elaborazione del M.O.G.: il problematico accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente.*

È un dato ormai pacifico, che l'intelligenza artificiale sia -nel contempo- un validissimo strumento da integrare nella *compliance* al servizio dei modelli comportamentali degli amministratori, per ridurre al minimo i fattori di rischio d'impresa, nonché al servizio degli organi preposti alla vigilanza per consentire un intervento immediato in presenza di segnali di allarme chiaramente percepibili

E si tratta, al tempo stesso di un tema del quale la dottrina[15] ha preso già consapevolezza, classificando con la locuzione *Digital Criminal Compliance* l'intera tipologia dei servizi di gestione digitale della *compliance* presenti sul mercato.

Come è stato efficacemente rilevato[16], se gli algoritmi forniscono i dati rilevanti in "tempo reale", in una griglia temporale predefinita, le c.d. analisi in tempo reale, permettono di seguire le strutture comportamentali nel loro processo di sviluppo e di distinguere qualitativamente se e quando le regole saranno probabilmente ignorate o alla fine rispettate.

L'intelligenza artificiale potrebbe pertanto essere messa al servizio del *management* in

---

*Autonomous Systems*, 2016, p. 138 ss.. Per una panoramica sul dibattito in materia vd. A. GIANNINI, *Criminal behavior and Accountability of Artificial Intelligence Systems*, Eleven, 2023.

[14] Sulla possibilità di imputare il fatto all'agente artificiale F. LA GIOIA-G. SARTOR, *AI Systems Under Criminal Law: a Legal Analysis and a Regulatory Perspective*, in *33 Philosophy & Technology*, 2010, pp. 458 ss., che in particolare rilevano come perché una data entità sia considerata persona per il diritto penale in fondo occorre semplicemente che possano essere posti in capo ad essa, da una norma di legge, dei doveri di condotta la cui violazione implichi una sanzione. Si tratta di un'opinione non isolata se si guarda alle riflessioni di coloro che pensano possibile rimproverare per dolo o colpa gli agenti artificiali, in quanto capaci di agire, di conoscere e volere e dunque di dolo e colpa, nonché di suscettibilità alla pena in termini di riabilitazione e incapacitazione (210 ss.); cfr. ad esempio, G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial lntelligence Entities. From Science Fiction to Legal Social Control*, in 4 *Akron lntel. Prop. J.*, 2010, 186 ss.; *Y. HU, Robot Criminal Liability Revisited*, in J. SOO YOON-S. HOON HAN, S. JOAHN (a cura di), *Dangerous Ideas in Law*, Bobmunsa, 2018, 494 ss. Il presupposto sarebbe l'attribuzione a tali entità di puro pensiero elettronico di una personalità giuridica sui generis, di carattere informatico (c.d. *e-personhood*). Precursore è stato L.B. SOLUM, *Legal Personhood for Artificial Intelligence*, in 70 *N.C.L. Rev.*, 1992, p. 1231 ss.; poi ripreso da M. SIMMLER-N. MARKWALDER, *GuiltyRobots? - Rethinking the Nature of Culpability and Legal Personhood in an Age of Artificial Intelligence*, in *Criminal L. Forum*, 2019, 1 s. Un quadro del problema si rinviene in K. GAEDE, *Künstliche Intelligenz - Recht und Strafen für Roboter, Baden-Baden*, 2019, 31 ss.

[15] A NISCO, op. cit., p. 4 ss

[16] S. NEUFANG, *Digital Compliance – Wie digitale Technologien Compliance-Verstöße vorhersehen, in IRZ - Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung*, 2017, p. 249. Per una trattazione esemplificativa delle modalità operative della compliance digitale, si rinvia A. SCHEMMEL, *"Effective Corporate Governance" by Legal Tech/Digital Compliance*, in S. BREIDENBACH-F. GLATZ (Hrsg.), *Handbuch Legal Tech, 2. Aufl.*, C.H. Beck, München, 2021, p. 166 ss.


ISSN 2036-7821

generale (organi apicali e operativi all'interno delle strutture societarie complesse), quale supporto nell'attuazione dei compiti organizzativi ed in particolare nella formazione dei processi decisionali[17] all'interno degli organi di vertice (in particolare i C.d.A.).

Con particolare riguardo all'obbligo di dotare la società di assetti organizzativi adeguati (art. 2086 c.c.), non si può escludere, che l'utilizzo dell'algoritmo possa essere impiegato alla stregua di uno strumento tecnologico irrinunciabile per poter individuare tempestivamente la ricorrenza di quei segnali di allarme, che impongono l'obbligo di attivazione in capo ai vertici aziendali (i garanti).

Il *software* potrebbe non solo favorire la percezione di segnali di allarme (la sopravvenienza di indici predittivi di crisi o di insolvenza, lo squilibrio dei flussi di cassa, le ricadute "erosive" del patrimonio netto di talune operazioni commerciali), ma soprattutto potrebbe suggerire azioni impeditive capaci di intervenire in tempo reale per neutralizzare o mitigare le fonti di rischio.

Sempre in dottrina[18], ci si è interrogati sull'eventuale ricorso ad un *software* quale "sostituto" dell'Organismo di vigilanza previsto dall'art. 6 del decreto 231.

La risposta è stata negativa in ragion dell'ineludibile componente umana (che non si può sopprimere) nell'ottemperanza dei compiti di vigilanza sull'attuazione dei protocolli cautelari; pur tuttavia non si può escludere che l'Organismo controllo possa, o debba, dotarsi di tecnologie informatiche[19] in grado di individuare rischi di non conformità del MOG, nel modo più rapido ed efficace.

Siamo così arrivati al punto nevralgico della nostra disamina: le nuove tecnologie possono o potranno essere utilizzate quale strumento per predisporre e migliorare la *compliance*, ed in particolare potranno supportare l'attore collettivo nella predisposizione dei M.O.G.?[20]

E, ancora, potrebbero residuare profili di responsabilità *ex delicto* a carico dell'ente nei casi in cui il Tribunale dovesse formulare, in sede di validazione giudiziale, un giudizio di *inidoneità* di quel modello *predisposto dall'intelligenza artificiale* e adottato dalla società?

---

[17] R.M. AGOSTINO, *Intelligenza artificiale e processi decisionali. La responsabilità degli amministratori di società,* in *Mercato concorrenza regole*, 2020, 2, p. 371 ss.

[18] A. NISCO, op.cit. p. 9 laddove l'Autore conia un'altra efficace espressione, parlando di *OdV algoritmico.*

[19] Tale proposta è stata avanzata da Una soluzione simile è stata prospettata da S. PREZIOSI, *Responsabilità da reato degli enti e intelligenza artificiale*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2020, 4, p. 173 ss.,

[20] Un tema affine è stato recentemente trattato da D. COSTA, in *L'impatto dell'Intelligenza Artificiale sui Modelli 231 e sui sistemi di compliance aziendale alla luce delle novità introdotte dal DDL sull'AI*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 6, 2025. L'Autore, sotto altra angolazione, si è occupato dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale quale mezzo per la commissione di ulteriori reati in grado di impegnare la responsabilità dell'ente, nonché quale strumento particolarmente insidioso nella commissione di reati presupposto (già inseriti nel catalogo) della responsabilità degli enti. Nel citato contributo si evidenzia, quindi, l'urgenza di adeguare i modelli di *compliance* aziendale, integrando protocolli di controllo sull'uso dell'I.A., la formazione specifica del personale e la verifica periodica dell'efficacia delle misure adottate.


ISSN 2036-7821

Ma vi è un altro interrogativo speculare e consequenziale al primo.
Partendo dalla premessa, che tali tecnologie hanno la pretesa di ottemperare ai paradigmi dell'esattezza e di maggiore effettività, è indubbio come le stesse siano destinate a incidere progressivamente sul formarsi di *best practices* e, dunque, sulla standardizzazione dei sistemi di *compliance*, quantomeno in alcuni settori.
Come dovranno essere valutati in fase di giudizio di validazione quei protocolli cautelari e più in generale quei modelli organizzativi, che non si siano avvalsi delle nuove misure tecnologiche, ovvero abbiano adottano sistemi informativi, considerati dalla disciplina di settore meno performanti[21] ?.
È indiscutibile che i recenti sistemi informatici possono essere impiegati per perfezionare in particolare, l'attività di mappatura dei rischi che necessita dell'utilizzo di modelli matematici e statistici di matrice predittiva per impedire o ridurre la possibilità di commettere reati
Posto che i modelli matematici e statistici sono parte integrante della struttura ingegneristica dell'intelligenza artificiale, e posto che il modello "matematico" apprestato da un *software,* pur programmato con dati iniziali, è capace di auto-apprendere nuove informazioni e strategie, sarebbe utile il recepimento di quel modello per consentire un continuo adattamento delle aree di rischio (inizialmente mappate), sia ai mutamenti normativi (si pensi all'introduzione di nuovi reati presupposto) sia ai mutamenti che possono involgere i vertici societari, tali da richiedere la revisione dell'organigramma aziendale e del mansionario.
E tuttavia non si può sottacere il "risvolto della medaglia" del soccorso fornito dall'impiego dei *software* (programmati dal creatore) nella selezione delle aree di rischio: ovverosia il pericolo che il sistema predisponga misure analoghe o similari in contesti societari simili *ma non identici*, così trascurando le specificità di ciascuna azienda, che rischierebbero di rimanere prive di adeguati presidi cautelari.
A ciò si aggiunga un ulteriore rilievo: la "esattezza" e la "puntualità" delle scelte operative compiute dai sistemi di I.A. dipende da molte variabili (a cominciare dal tipo di dati elaborati) e non è esente da "distorsioni", perché comunque l'algoritmo è impostato su avvenimenti del passato.
Tra questi pre-giudizi rientra anche il c.d. *automation bias*, cioè la convinzione che la soluzione elaborata dalla macchina sia per ciò solo l'unica corretta, con la necessaria avvertenza, che questa convinzione può essere tanto più fuorviante, se si considera che il risultato atteso riguarda la prevenzione di un comportamento descritto da norme penali soggette a interpretazione e, in molti casi, formulate in modo poco chiaro, se non indeterminato[22].

[21] Su tale specifico punto, si rinvia a N. SELVAGGI, *Dimensione tecnologica e compliance penale*, in L. MARAFIOTI, *Dimensione tecnologica e prova penale*, Giappichelli, 2019, p. 223 ss.
[22] A.NISCO, op.loc.cit


ISSN 2036-7821

Da un lato, dunque, occorre rammentare il problema – più generale – della falsa neutralità dei sistemi predittivi basati sull'IA, che attiene al fondamento epistemologico della predizione algoritmica; dall'altro lato, sia pure in un contesto privato (qual è l'organizzazione aziendale), si ripropone il dubbio inerente alla compatibilità tra un sistema predittivo di tipo informatico e un comportamento contrario a una norma, da giudicare illecito (o comunque deviante) solo al termine di un procedimento logico di sussunzione entro una fattispecie, che la macchina può emulare – o anche aiutare ad impostare –, ma non risolvere compiutamente[23].
È fuori discussione l'utilità dell'I.A. quale guida nel sistema predittivo dei rischi (e della loro relativa mappatura), ed in particolare nei processi di valutazione dei rischi-reato; fermo restando che l'I.A. non può sostituire il giudizio umano, ma al più potenziarlo, supportarlo e renderlo più efficace e nel complesso decisamente più efficiente.
Anche se va notato come la potenziale e tendenziale riduzione degli errori operativi cui va incontro un sistema operativo informatico non è sinonimo di infallibilità del sistema preventivo-predittivo, ben potendo palesarsi disfunzioni in fase di funzionamento dei presidi di controllo, come pure a monte in sede di analisi del rischio.
Vi è infatti che, una volta immessa una determinata tecnologia nell'organizzazione, il suo fallimento concorre al difetto organizzativo, il quale, a sua volta, potrà risalire anche alla fase di progettazione del sistema informatico di gestione del rischio.
In questo modo, però, la comprensione del difetto organizzativo non rientra più nella "signoria" del sinolo ente, che tendenzialmente si è affidato a operatori altamente specializzati.
È indubbio quindi come la "*compliance* digitale" è destinata ad incidere anche sulla logica della auto-normazione, che presiede al concetto di compliance e che caratterizza, in larga parte, anche il sistema 231, mettendo a rischio, con ciò, il fondamento stesso del giudizio di rimproverabilità nei confronti dell'ente.
E tuttavia, per preservare il paradigma di una responsabilità per fatto proprio dell'ente, imputabile per *deficit* d'organizzazione (o per cola da disorganizzazione), si potrebbe anche ipotizzare un obbligo a carico dell'attore collettivo di includere figure professionali esperte, preposte alle doverose verifiche circa l'esatto funzionamento del *software*, prima che si dia corso alla sua installazione.
Ovviamente ai medesimi esperti competerebbe l'obbligo di vigilare e monitorare costantemente il regolare funzionamento dei programmi informatici inizialmente installati dal programmatore.
È innegabile che anche i programmatori o gli informatici più esperti non sempre sono pronti a fornire una spiegazione esaustiva del difetto organizzativo eventualmente

[23] A.NISCO, op.loc.cit.


ISSN 2036-7821

occorso a causa – o nonostante – l'impiego della tecnologia.
Come noto, uno dei principali problemi dell'IA è la trasparenza delle decisioni, la cui imprevedibilità è insita nella stessa creazione di tali sistemi: neanche il programmatore (o comunque il creatore) è in grado di prevedere compiutamente le "decisioni" della macchina artificiale; si è parlato, al riguardo, di una «imprevedibilità prevedibile»[24].
A fronte di tali criticità (non evitabili in via aprioristica) insiti nell'utilizzo dell'I.A. nella compliance aziendale, è bene interrogarsi sulle conseguenze che possano discendere, in caso di commissione di un reato presupposto, dalla dotazione di un modello 231 creato dall'intelligenza artificiale e adottato dalla società.
Per rispondere a tale ultimo quesito, occorre comprendere se l'accertamento della colpa d'organizzazione, comprovata dall'inidoneità del modello, presupponga una valutazione in termini di esigibilità di una condotta diversa.
L'assunto per cui il Giudice deve idealmente porsi al momento in cui il reato è stato commesso e sostituire il modello vigente con quello virtuoso deve, infatti, tenere sempre in debita considerazione lo stato di conoscenze tecniche e scientifiche al momento in cui è stata attuata la condotta.
Tale giudizio controfattuale, non può essere influenzato dalla conoscenza delle conseguenze della condotta posta in essere, rilevate con il senno di poi.
Pertanto, in caso di modello organizzativo redatto tramite un sistema di intelligenza artificiale, bisognerà comprendere se la società che lo ha programmato rivesta una posizione di garanzia sulla corretta gestione del software.
A tal fine, assumerà fondamentale rilievo il contratto di cessione del *software*. Se tale rapporto giuridico esclude qualsivoglia ingerenza da parte del venditore, ricadrà sull'ente che lo ha acquistato il dovere di riprogrammarlo all'occorrenza o, comunque, curarne gli aggiornamenti e vigilare sullo stesso.
Diversamente, se il dominio sulla macchina artificiale rimanesse in capo al venditore, ne deriverebbe il problema di individuare una residuale responsabilità "penale" in capo all'ente per il reato presupposto commesso da un proprio dipendente.
In siffatta evenienza si potrebbe escludere la colpevolezza della società acquirente del *software* per inesigibilità di una condotta alternativa, tenuto conto delle conoscenze tecniche e scientifiche del momento in cui il predetto *software* è stato acquistato sul mercato ed implementato nella *compliance* aziendale, proprio al fine di dotarsi di un'organizzazione efficace in ottica di prevenzione dei reati.
Potrebbe essere semmai rimproverabile all'ente *una nuova ipotesi* di colpa d'organizzazione (*sub specie* di *culpa in vigilando*), per l'omessa predisposizione di un *team* specializzato nell'utilizzo e nella programmazione dei sistemi di intelligenza artificiale.

[24] C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale*, cit., p. 1762.


ISSN 2036-7821

Tuttavia, proprio in considerazione delle capacità di auto-apprendimento della macchina, anche dagli specialisti del settore non si potrebbe pretendere alcuna condotta impeditiva, rispetto alla verificazione del reato presupposto

Apparirebbe, dunque, come una forzatura l'attribuzione alla società che si è dotata di tale software di una responsabilità da colpa organizzativa per non aver predisposto un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato commesso.

*De lege ferenda*, per superare tali questioni dogmatiche, si potrebbe prevedere una speciale esenzione (o robusta attenuazione) della responsabilità per tutti quegli enti che adottino il modello organizzativo (e costantemente ne curino l'aggiornamento) così come ideato ed elaborato da un *software* frutto di alta tecnologia, programmato appositamente per la mappatura delle aree di rischio in cui la medesima società frequentemente opera.

Si farebbe così largo l'idea di un "agente modello collettivo [algoritmico]"[25], *tecnologicamente avveduto*, senza tuttavia che possa dirsi annullato il rischio di identificazione di uno *standard* di "organizzazione modello" di natura esclusivamente artificiale e suscettibile di implementazioni attraverso il sistema degli algoritmi.

Per vero, voci autorevoli in dottrina[26] hanno immaginato *una responsabilità esclusiva ed autonoma della persona giuridica per il fatto dell'agente artificiale*, ove la fattispecie concreta si concretizzasse in un'organizzazione complessa; e questa sarebbe l'unica possibilità per l'ordinamento di garantire un meccanismo di *accountability* per l'azione di un'intelligenza artificiale.

L'imputazione assumerebbe "una forma sincopata", in cui la condotta della persona fisica funge solo da giunto elastico oggettivo tra il fatto dell'algoritmo e il centro di interesse finale rappresentano dall'ente [27] : una imputazione concettualmente vicariale, ma autonoma ed esclusivamente centrata sull'organizzazione[28].

La diligente organizzazione dell'ente nella gestione di un'AI si presta in effetti a garantire un migliore *enforcement*, tutte le volte in cui l'ente non solo dispone di un modello organizzativo, ma questo si basi su idoneo *know how* operativo e siano dotati di apparati di ricerca e sorveglianza interna che potrebbero tempestivamente attivarsi per prevenire il deragliamento dell'AI o impedire che il danno sia portato a

[25] L'espressione è di A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, cit., p. 10.

[26] F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di acconuntability penale nel contrasto alle intelligenze artificiale devianti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2022, 3, p. 1042.

[27] Già la dottrina americana ha rilevato come la sostituzione di operatori umani con agenti artificiali possa implicare l'imputazione all'ente di eventi prodotti dal malfunzionamento della macchina, cfr. M.E. DIAMANTIS, *The Extended Corporate Mind: When Corporations Use AI to Break the Law*, in 98 *North Carolina Law Review*, 2020, p 898 ss.

[28] F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, in *Rivista 231*, 2018, 4, p. 197 ss.


ISSN 2036-7821

conseguenze ulteriori[29].

***3. La tesi di Piergallini e la responsabilità diretta della macchina artificiale.***

Altra e differente tematica attiene invece alla possibilità, in caso di verificazione del reato presupposto 231, di prevedere che, in luogo della responsabilità dell'ente che ha adottato il modello predisposto dal *software,* la responsabilità *ex delicto* sia "translata" sull'agente artificiale.

Si tratta, in buona sostanza, di riflettere sulla possibilità di coinvolgere la stessa macchina nel circuito punitivo, muovendo dai rilievi sopra operati in punto di classificazione dell'IA come "sistema forte", che, per quel che qui rileva, consente di stabilire un sostanziale *isomorfismo* tra uomo e macchina artificiale, intesa quest'ultima, in una prospettiva c.d funzionalista,[30] alla stregua dell'*homo naturalis*,

In disparte le note pregiudiziali ontologiche (secondo cui il diritto penale si rivolgerebbe solo alle persone fisiche, in forza del principio della "personalità" della responsabilità penale), potrebbe non essere così irrealistico e astratto immaginare una responsabilità amministrativa da reato dell'agente artificiale, "reo" di aver elaborato un protocollo cautelare inidoneo ad escludere la colpa organizzativa dell'ente che quei protocolli ha implementato.

Vengono così in rilievo tre possibili orientamenti[31], già scrutinati con riguardo al tema dell'eventuale responsabilità *penale* del c.d. *homunculus mechanicus* e che – a nostro avviso- potrebbero essere analogicamente estesi, laddove si volesse allargare il *focus* all'eventuale responsabilità amministrativa da reato del soggetto artificiale.

(i) Un primo orientamento punta al riconoscimento *solo* della personalità giuridica della macchina 'pensante', *rectius*: una personalità elettronica, giuridicamente

[29] La prevenzione della criminalità da parte dell'I.A. già passa per i sistemi di "*Criminal Compliance*" basati sui c.d. *Digital Compliance Tools*, i quali consentono il monitoraggio completo delle comunicazioni interne all'azienda con l'obiettivo di "segnalare" le interazioni sospette e quindi di sottoporle a ulteriori indagini. Sul tema, si rinvia ad A. SCHEMMEL - A. DIETZEN, *Effective Corporate Governance by Legal Tech & Digital Compliance*, in S. BREIDENBACH - F . G LATZ (a cura di), *Rechtshandbuch Legal Tech*, München, 2021, p. 167 ss.. A livello europeo, gli artt. 17 e 48 della direttiva MiFID 2 impongono, rispettivamente alle imprese di investimento e alle sedi di negoziazione, di predisporre sistemi di controllo idonei a prevenire gli effetti collaterali indotti sui mercati dalle negoziazioni algoritmiche. Sul punto anche T. CUK - A. VAN WAEYENBERGE, *European Legal Framework for Algorithmic and High Frequency Trading (Mifid 2 and MAR) A Global Approach to Managing the Risks of the Modern Trading Paradigm*, 8 giungo 2020, Available at SSRN: *https://ssrn.com/abstract=3622307* or *http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3622307*, p. 151 ss..

Sull'importanza di un approccio di tipo precauzionale, con adozione di efficienti circuit breakers, supervisioni interne alle imprese di investimento e altri meccanismi in grado di rallentare le transazioni o bloccarne del tutto ove siano indentificati profili di rischio, nonché di un regime di preapprovazione dei sistemi di intelligenza artificiale prima che vengano impiegati nel mercato H. ALLEN, *Driverless Finance,* in 10 *Harv. Bus. L. Rev.*, 2020, 161, p. 196.

[30] L'argomento del c.d. "diritto penale robotico" è stato autorevolmente trattato da C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad 'autore" del reato* ?, in *Riv.it.dir.proc. pen*., 2020, 4, p. 1763 ss.

[31] C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad 'autore" del reato* ?, in op.loc.ult.cit.


ISSN 2036-7821

rilevante: per questa via, la macchina verrebbe concepita come un autonomo centro di interessi e di imputazione[32], destinato a rispondere dei danni provocati, all'esito ovviamente di un preliminare processo di riconoscimento (di matrice antropomorfica) di tali macchine artificiali sovrapponibile alla stessa certificazione dello *status* delle entità collettive.

Si potrebbe pensare alla creazione di uno specifico registro, nel quale iscrivere determinate macchine "pensanti" con la specificazione delle rispettive caratteristiche tecniche, assegnando loro un numero identificativo (una sorta di carta di identità elettronica).

Questo nuovo ed ipermoderno-soggetto dovrebbe poi essere affiancato da un fondo patrimoniale per rispondere, in proprio, delle obbligazioni: un fondo che dovrebbe essere alimentato, pro-quota, da coloro che, a vario titolo, sono intervenuti nella fase della 'creazione', gestione ed uso del prodotto.

Per finire, si potrebbero prevedere forme di assicurazione obbligatoria. Naturalmente, questa nuova soggettività sarebbe altresì destinataria dei diritti e delle forme di tutela riservate dall'ordinamento agli enti collettivi, da aggiornare in virtù della peculiare natura elettronica del soggetto artificiale. Un soggetto di tal fatta potrebbe risultare destinatario di misure amministrative in senso lato interdittive/incapacitanti e conformative: si pensi, per fare l'esempio più vistoso, ad un provvedimento di 'disattivazione' del sistema, quando lo stesso provochi danni non altrimenti arginabili o reversibili.

(ii) Un secondo orientamento[33], partendo dal riconoscimento di un'autonoma personalità giuridica al soggetto elettronico, perviene ad ipotizzare un timido e pioneristico riconoscimento, anche alla macchina, di una embrionale forma di soggettività penalistica. Vi è tuttavia da precisare che simili intendimenti non hanno trovato favorevole accoglienza; la dottrina più accorsata ha mostrato una robusta contrarietà[34], opponendo il seguente argomento ovverossia: per quanto si possa disquisire sulla capacità di auto-apprendimento di una macchina e della sua similarità con l'uomo, questa sarebbe ontologicamente incapace di colpevolezza: non potrebbe, mai e in alcun modo, percepire un rimprovero; una prerogativa, questa, esclusivamente riferibile a soggetti umani. Tale impostazione non delinea compiutamente un modello di responsabilità penale dell'agente artificiale, ma si limita ad evidenziare come, in futuro, sulla scorta di un eventuale "riconoscimento

[32] S. BECK, *Sinn und Unsinn von Statusfragenzu Vor und Nachteilen der Einführung einer elektronischen Person,* in E. HILGENDORF - J.P. G ÜNTHER (a cura di), *Robotik und Gesetzgebung,* Baden, 2013, p. 254 ss.

[33] M. SIMMLER - N. M ARKWALDER, *Roboter in der Verantwortung? - Zur Neuauflage der Debatte um den funktionalen Schuldbegriff*, in *ZSTW*, 2017, p. 20 ss.

[34] F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Dir. pen. cont.*, 29 settembre 2019, p. 30 ss.; A. CAPPELLINI, *Machina delinquere potest?, Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale,* in *disCrimen*, 27 marzo 2019, p. 14 ss.


ISSN 2036-7821

sociale", potrebbero non sussistere insuperabili ostacoli al confezionamento di una nuova, tecnologica "soggettività giuridica", verso la quale indirizzare un autonomo sistema punitivo.

Vero è, che per le persone artificiali o, meglio, per le c.d. responsabilità artificiali *l'identificazione della colpa* è tuttavia operazione dogmatica più complessa e per certi versi invertita, nel senso che, non è la persona giuridica che non ha impedito la colpa della persona fisica, ma è la persona fisica che non ha impedito la colpa della persona artificiale.

La colpa, tanto della persona fisica quanto della persona artificiale, consisterebbe nella incapacità di impedire la realizzazione di illeciti, che invece, entrambi, avrebbero potuto impedire; la persona giuridica attraverso regole cautelari che "plasmano" la colpa di organizzazione; la persona fisica attraverso una congerie di *standard* costruttivi, protocolli, cautele che avrebbero potuto impedire la generazione artificiale di condotte illecite: una colpa di programmazione, assai simile alla colpa di organizzazione.

L'intelligenza umana deve competere con l'intelligenza artificiale che, a tutto voler concedere, è più veloce di quella umana, come se nella partita del *facere illecito* e della guida lecita si misurassero due giocatori con livelli di intelligenza differenti[35]. La fraudolenta elusione – sintagma usato nel paradigma del modello ascritto della responsabilità 231 –avrebbe margini di probabilità altissimi, tanto quanto la manifesta superiore capacità dell'I.A. di aggirare le regole seppellite nel *black box* dell'algoritmo inziale: i metodi di contenimento, i metodi di incentivazione, l'impedimento dello sviluppo, il controllo sul surplus di modernità nelle forme dell'"obsolescenza programmata", i t*ripwires*, ossia meccanismi di diagnostica random, ad insaputa del sistema potrebbero non essere sufficienti e l'IA potrebbe sapientemente ingannare i "guardiani umani"[36].

---

[35] V.B. MUSCATIELLO, *Ex Machina. Il diritto penale, all'improvviso,* in *L'Ircocervo*, 2024, 1, pp. 20 ss..

[36] V.B. MUSCATIELLO, *Ex Machina. Il diritto penale, all'improvviso*, op loc. cit.; in particolare l'Autore ritiene che la pre-colpa, l'idea cioè di una governance per prevenire attività illecite, sconta un'evidente vulnerabilità logico dommatica: la oggettiva difficoltà, forse persino impossibilità, per l'intelligenza umana di esercitare la sorveglianza sui sistemi di IA, in particolare su quelli ad apprendimento automatico, capaci di compiere operazioni e prendere decisioni a tal punto complesse da sorpassare la capacità umana di controllo, "*eccedendo non solo i loro limiti cognitivi, ma anche quelli temporali nell'accedere alle informazioni, elaborarle e prendere decisioni*". Il giudizio umano è, in sostanza, largamente sottodimensionato rispetto alla complessità dei modelli che guidano le scelte dei sistemi artificiali, il che rende poco plausibile pensare che una intelligenza umana, per quanto vivace, possa evitare l'elusione fraudolenta di un modello posta in essere da una intelligenza artificiale; che possa prevedere e scoprire l'astuzia fraudolenta di un sistema straordinariamente più agile e veloce; che un controllore umano possa controllare un controllato artificiale. Anche quando l'uomo dovesse mantenere formalmente il controllo sulla decisione finale, la possibilità che egli sia in grado di entrare efficacemente nel merito della decisione si tradurrebbe in un'ipotesi remota, e più verosimilmente, il supervisore umano tenderà a fare affidamento sulle decisioni di un sistema di IA, tanto più se questo è stato certificato, a meno che non abbia motivi specifici per ritenere che esso sia malfunzionante, o che non sia in grado di incorporare nella sua valutazione ulteriori elementi, esterni al sistema stesso.


ISSN 2036-7821

(iii) Un terzo orientamento[37] poggia infine sul *pieno riconoscimento* di *una responsabilità penale ascrivibile alla nuova persona giuridica* (la c.d. *machina artificialis*), invocando i seguenti argomenti "paralleli" con il paradigma della responsabilità penale delle persone giuridiche, ovverosia che:
- anche le macchine sono certamente capaci di azioni penalmente rilevanti (si pensi al movimento di un braccio robotico);
- i sistemi di IA vanterebbero tanto l'elemento della cognizione che quello della volizione. Se è vero che la cognizione umana è fondata sulla capacità di acquisire dati dall'ambiente esterno e di rielaborarli, previa una loro rappresentazione, una simile abilità sarebbe senz'altro da riconoscere all'IA, che, è pacifico, auto-apprende sulla scorta degli stimoli che provengono dall'esterno. Quanto alla volizione poi si può rintracciarla anche nell'IA, atteso che si danno macchine idonee ad apprezzare le probabilità di verificazione di un evento e di agire di conseguenza. Circa la *negligence*, sarebbe possibile reperirla nelle macchine, forgiando una inedita versione, di stampo metaforico, di "agente-modello", alla cui stregua determinare se la macchina che ha agito si sia o meno discostata da ciò che avrebbe fatto una "IA-modello" munita delle pregresse esperienze, degli stessi dati esaminati e della identica capacità di auto-apprendimento della macchina-concreta;
- che i *software* potrebbero tranquillamente essere destinatari di pene riabilitative o privative della libertà di agire.

Questo terzo orientamento è stato avversato dalla dottrina più avveduta[38], secondo cui è "malfermo" il parallelismo tra la responsabilità penale diretta dell'agente artificiale e la responsabilità penale della *societas*, posto che quest'ultima, sia che la si interpreti in guisa di uno "schermo", sia alla stregua di un "organo", esiste nella realtà giuridica e sociale, ma è animata, naturalisticamente e spiritualmente, dagli uomini che le danno vita: i precetti che le vengono rivolti sono diretti ai soggetti che l'hanno creata e che la rappresentano, condizionandone i comportamenti (specie in vista della dotazione di un'adeguata organizzazione preventiva dei reati). I sistemi di IA possiedono, per contro, una 'fisicità', in quanto vengono concepiti dal loro ideatore, distaccandosi da esso, e agiscono autonomamente.

Le macchine difettano della *suitas* visto esse non agiscono ma "sono agite". A tal riguardo, si è acutamente rilevato in dottrina[39]: "*anche se è vero che rielabora i dati della realtà esterna (sì da conoscerla) a scopo di auto- apprendimento, le decisioni che partorisce sono una conseguenza immediata e diretta riferibile all'algoritmo che le governa, che, però, è sprovvisto della libertà di autodeterminazione che contraddistingue l'esperienza degli esseri umani. Il decision making non è frutto di una scelta ma è l'obbligata risultante dei*

[37] G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Articial Intelligence Entities. From Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron. Intell. Prop.J.*, 2010, p. 171 ss.; ID, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems, Springer, 2015.*
[38] C. PIERGALLINI, op.loc.cit., p. 1768 ss.
[39] C. PIERGALLINI, op.loc.cit., p. 1769.


ISSN 2036-7821

*meccanismi oscuri che alimentano l'algoritmo, a sua volta forgiato dall'uomo. Il vero motore dell'azione va pur sempre ricercato a monte, in colui che elabora l'algoritmo: quel che accade "dopo" si espone ad una imprevedibilità necessitata, non altrimenti governabile, che non può in alcun modo essere incasellata come manifestazione di un agire intelligentemente gestito, perché è carente del requisito costitutivo della libertà di autodeterminazione".*

Peraltro, le macchine difettano della possibilità di essere rimproverabili, perché sprovviste della capacità di scelta, del libero arbitrio; e nessuna pena potrebbe essere efficacemente "riabilitativa" per l'agente artificiale in quanto la rieducazione si fonda pur sempre sulla possibilità che la sanzione irrogata aiuti a comprendere l'errore commesso per evitare di reiterare nello stesso. Quindi il presupposto è una capacità di autoriflessione che la macchina, ontologicamente, non possiede.

L'applicazione della pena presuppone la attribuibilità psicologica e la rimproverabilità del fatto di reato al soggetto che lo ha posto in essere e la sanzione penale inflittagli deve tendere alla sua rieducazione(art. 27, co. 3, Cost.); ma questo, come si è detto, non può valere per l'agente artificiale.

In definitiva, per la summenzionata dottrina (Piergallini), si deve riconoscere che "*allo stato, machina artificialis delinquere et puniti non potest*".

### *4. Soluzioni de lege ferenda per promuovere l'impiego dell'I.A. nella costruzione dei M.O.G.*

Occorre prendere atto come molteplici potrebbero essere gli apporti futuri dell'I.A. ed in particolare quelli delle c.d. "macchine pensanti" che nell'avvenire potrebbero diventare operative.

Tali "macchine umane" per le loro immense potenzialità di immagazzinamento dei dati provenienti dall'esterno potrebbero elaborare complessi algoritmi utili alla predisposizione di modelli pilota differenziati in ragione delle specifiche attività economiche. Detti modelli verrebbero così integralmente concepiti dall'I.A e dovrebbero a loro volta -prima di diventare pubblicamente fruibili- essere previamente sottoposti alla validazione pubblica (ad esempio ministeriale).

Dopo la predetta validazione pubblica, si potrebbe prevedere una presunzione di idoneità *iuris tantum* dei modelli organizzativi che l'ente adotta in piena conformità con quelli "pilota" pubblicamente validati; cosicchè, in sede giudiziale tale presunzione relativa di idoneità potrebbe essere vinta solo tramite la c.d. motivazione rafforzata.

Entrando più nel dettaglio, si potrebbe pensare di utilizzare le immense potenzialità dei *software* (o dell'agente artificiale) per elaborare "modelli pilota" o "protocolli pilota", raccogliendo e catalogando la massa di dati provenienti dalle norme tecniche


ISSN 2036-7821

(norme ISO e assimilabili) o le linee guida più accreditate nei diversi settori[40].
In buona sostanza, si potrebbe affidare alle c.d. macchine pensanti il delicato compito di una maggiore positivizzazione delle cautele, attraverso il ricorso ad un procedimento di elaborazione in grado di coinvolgere più professionalità specifiche i cui prodotti dovrebbero recepire le c.d. *best practice.*
I passaggi operativi potrebbero essere i seguenti: i) le associazioni di categoria dovrebbero contribuire all'emersione, per omogenei settori di attività, delle cautele adottate dagli enti, favorendo la circolazione, in modo "protetto", dei contenuti della Parte speciale dei modelli organizzativi; ii) si dovrebbe poi procedere a una revisione critica delle misure di *compliance* esistente, operata con il supporto di 'saperi' esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici) e tenendo conto sia delle evidenze scientifiche disponibili, sia degli «indici qualitativi» individuati dalla giurisprudenza; iii) una volta raccolti tutti i dati, alla macchina pensante sarebbe affidato il compito di concepire lo specifico modello in ragione del singolo settore economico, nonché di occuparsi un'attività di costante aggiornamento che consentirebbe non solo di individuare le *best practice*, ma anche i più comuni errori.
Come si è detto, occorrerebbe altresì *de lege ferenda* – prevedere una presunzione *iuris tantum* di idoneità, per cui, se il modello in concreto implementato nella società incolpata è conforme a quello "pilota" (concepito dall'I.A.), il giudice che rilevi, ciononostante, profili di inidoneità dovrà darne conto con motivazione rafforzata.
In sede di attività di raccolta della massa dati, il *software* potrebbe anche immagazzinare ed elaborare tramite algoritmi le informazioni provenienti anche da soggetti "terzi" con esperienza tecnica sul campo (avvocati, magistrati, accademici), costituiti in tavoli/gruppi di lavoro per settori di attività e tipologie di imprese, che siano così in grado di offrire un contributo qualificato in sede di ricognizione, definizione e revisione delle cautele pilota.
In tale contesto, l'I.A. potrebbe anche valutare dati e informazioni provenienti da alcune authority, sia rispetto alla elaborazione di protocolli specifici per aree/reati presupposto (ad esempio l'ANAC per la prevenzione delle fattispecie di corruzione), sia, sulla base della relativa "competenza"/area di attività.
Una possibile soluzione potrebbe essere la previsione di un *iter* per la validazione preventiva del singolo modello organizzativo concepito dal singolo *software* di cui la

[40] Un esempio, nel nostro ordinamento, è rappresentato dall'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, che specifica le componenti essenziali del modello organizzativo per la prevenzione dei reati colposi che ledono la salute e la sicurezza dei lavoratori. Il comma 5 dell'art. 30 citato prevede, in particolare, una presunzione di adeguatezza del modello conforme ad alcune regole tecniche/standard nazionali o internazionali (le Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro del 28 settembre 2001 o il British Standard OHSAS 18001:2007; oppure le ISO 45001:2018 – Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro. Presunzioni di conformità di questo tenore potrebbero essere estese ai modelli pilota adottati in altri settori operativi esposti a rischio penale: ambiente (ISO 14001), corruzione (ISO 37001), criminalità informatica (ISO 27001).


ISSN 2036-7821

specifica azienda si sia dotato; in questa seconda evenienza non vi sarebbe una fase di accreditamento dell'unico modello pilota, ma si potrebbe pensare ad una validazione del singolo modello realizzato dalla macchina pensante (o dall'agente artificiale) al servizio di quella specifica società e prima della sua implementazione nel contesto aziendale.

In siffatta evenienza diventerebbe esiziale la disciplina puntuale della fase di accreditamento/validazione, "prima e fuori" del processo, del modello organizzativo concepito dall'I.A.; si tratterebbe quindi di prevedere una sorta di certificazione o attestazione preventiva del sistema di *compliance* penale ad opera di organismi abilitati, vale a dire di soggetti (privati e pubblici) investiti del potere di validare la regolare conformità dei contenuti del modello scrutinato.

Si deve tuttavia tener conto come l'analoga prospettiva di una fase di accreditamento preventivo del modello (concepito dall'uomo e non dalla macchina pensante) non ha suscitato particolare entusiasmo tra taluni studiosi della tematica[41] che hanno avanzato alcune riserve: in particolare è stata messa in dubbio la praticabilità di un'attestazione concernente la conformità di misure organizzativo-gestionali in quanto condurrebbe alla "degiurisdizionalizzazione" del sindacato sulla idoneità del modello, in un settore normativo a forte impronta pubblicistica.

E' stata poi rimarcata l'intangibilità del libero convincimento del giudice, non conculcabile in un settore normativo a forte impronta pubblicistica; è stata altresì rimarcata l'intangibilità del libero convincimento del giudice, non conculcabile attraverso prove legali vincolanti; è stata poi fatta notare la scarsa compatibilità del carattere "istantaneo" del giudizio di attestazione con la necessaria dimensione "diacronica" e dinamica del modello e, più in generale, della realtà aziendale (per sua natura in continuo divenire).

Infine è stata sottolineata l'impossibilità di scindere la valutazione sull'adeguatezza astratta del modello da quella concernente la sua concreta effettività e l'assenza di un chiaro standard tecnico di riferimento, analiticamente definito, sui cui misurare il vaglio di conformità[42].

In particolare, la riserva più significativa si è incentrata sulla circostanza che il giudizio di un attestatore non potrebbe che essere formulato sul modello preventivo

[41] G.M. F LICK, *Le prospettive di modifica del d.lg. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4032; nonché G.DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 10, p. 1140; F. MUCCIARELLI, *Una progettata modifica al D.Lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità*, in *Le società*, 2010, n. 10, p. 1247 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 1-2, p. 100 ss.; R. SABIA, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi*, op. cit., p. 157 ss..

[42] Qualcosa di simile alla certificazione preventiva è stato positivizzato nel settore nevralgico della sicurezza sul lavoro. Ci riferiamo alla denominata "asseverazione" dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli di organizzazione e gestione della sicurezza di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2008, asseverazione prevista dall'art. 51, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2008.


ISSN 2036-7821

"allo stato degli atti", anziché su quello attuato nel corso del tempo.
Le medesime riserve potrebbero essere avanzate rispetto ad un *compliance programs* elaborato da un software in uso ad una specifica azienda e sottoposto per la validazione preventiva ad un organo pubblico/privato che sia abilitato e sia terzo rispetto al mondo imprenditoriale.
In effetti lo scrutinio *post delictum* dell'organo giudicante si muove inevitabilmente su un terreno diverso, posto che si premura di confrontare il fatto storico contestualizzato con il modello comportamentale allora impiantato dall'ente. E la verifica di corrispondenza tra il modello attestato e quello reso operativo in concreto non può che restare all'interno della cornice decisionale dell'Autorità giudiziaria, sulla base delle risultanze acquisite in sede di indagini preliminari ed in sede di istruttoria dibattimentale.
Più convincente ci sembra l'approccio *de lege ferenda* di quella parte autorevole della dottrina[43], che suggerisce – nel caso di implementazione di modello validato da un ente terzo e abilitato- l'introduzione di misure premiali in favore dell'ente: quali l'esenzione dalle più impattanti misure interdittive per la società sia in fase cautelare sia all'esito del giudizio di merito, nonché la possibilità per l'ente di invocare la messa alla prova o la non punibilità per tenuità del fatto (alla stregua di quanto previsto dall'art. 131-*bis* in caso di illeciti penali).

***5. L'inedita dimensione antropica dell'imputazione dei "reati presupposto 231": la responsabilità penale dei programmatori/produttori dei software utilizzati nella redazione dei protocolli cautelari.***

Una volta ipoteticamente esclusa la responsabilità dell'ente "avveduto" (che si è dotato di un software in astratto evoluto ed efficiente, che però -alla prova dei fatti- si è rivelato inidoneo a neutralizzare il rischio di consumazione degli illeciti presupposto 231), occorre indagare l'ulteriore problematica dell'eventuale responsabilità penale "indiretta" (aggiuntiva rispetto a quella diretta degli autori materiali) a carico degli *sviluppatori di software* con riguardo ai reati presupposto che sono stati consumati in seno all'ente cessionario del *software*.
In altri termini, ove il modello organizzativo 231 fosse il frutto di algoritmi elaborati dall'I.A., e ciò nondimeno il reato presupposto si fosse verificato, da un lato si potrebbe ipotizzare la non punibilità della persona giuridica, e dall'altro si potrebbe ricorrere ad un meccanismo di responsabilità vicariale o diretta dell'essere umano (il programmatore o produttore) per aver concepito algoritmi o un *software* che ha prodotto un modello organizzativo inidoneo a perseguire *la corretta gestione del rischio* (ossia l'adozione di protocolli e procedure atti a mappare i rischi derivanti dall'attività di impresa, e a monitorare l'emersione di nuovi rischi).

[43] V. MONGILLO, op.loc.cit.


ISSN 2036-7821

In altri termini, il rimprovero di carattere squisitamente colposo da muovere al programmatore sarebbe quello di non aver predisposto i presidi cautelari idonei a neutralizzare o a minimizzare i rischi di verificazione dei reati presupposto 231.
E' indubbio che la responsabilità del produttore non va intesa in senso puramente oggettivo, quale effetto automatico legato all'esistenza del reato presupposto, ma va modulata in base alle categorie penalistiche del dolo o della colpa ed in base ai criteri generali di ascrizione della responsabilità penale.
Il programmatore assume le vesti dell'*employer* e il sistema intelligente sarebbe il suo *employee*, definendo un paradigma basato sulla c.d. conseguenza probabile (*natural-probable-consequence*)[44].
I paradigmi imputativi di responsabilità del programmatore (e del sorvegliante, in ragione della "posizione" dell'agente rispetto alla condotta dell'I.A.) potrebbe diversamente atteggiarsi sia a titolo di dolo che di colpa.
Nella prima ipotesi, quella in cui il *software* è stato volutamente programmato quale strumento (o mezzo) per agevolare -nel corso dell'attività imprenditoriale- la consumazione di reati[45] (si pensi a chi dolosamente diffonde codici *malware* o *algoritmi lesivi*[46] oppure fornisce *istruzioni lesive all'algoritmo* al fine di generare un modello organizzativo 231 inidoneo alla gestione del rischio), non si sarebbero particolari difficoltà dommatiche a ritenere che il programmatore potrebbe essere chiamato a rispondere, a titolo di *concorso doloso*[47], del reato presupposto doloso o

[44] Con riferimento ad un tema analogo, ossia la responsabilità del programmatore per il fatto dannoso dell'I.A., si rinvia a F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accoununtability penale nel contrasto alle intelligenze artificiale devianti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2022, 3, p. 1031 ss.; in particolare l'Autore evoca lo scenario anglosassone, laddove la responsabilità del predetto programmatore viene inquadrata nel paradigma tradizionale del concorso di persone, per ascrivere al partecipe un fatto non voluto (dunque riconducibile ad una mera *negligence* o al più *recklessness*) realizzatosi nel contesto di un accordo per commettere un diverso reato meno grave (è in sostanza una disciplina strettamente imparentata, dal punto di vista concettuale, al nostro art. 116 c.p.). Proprio il concorso di persone è il contesto in cui più di frequente si ricerca un'adeguata qualificazione del fatto compiuto dall'AI. In particolare, quest'ultima fungerebbe da autore materiale di un reato progettato dalle prime. È sottesa alla riflessione della dottrina che ha studiato la rilevanza giuridica di simili nuovi soggetti la dicotomia tra *homo tecnologicus* (o *homo artificialis*) e *homo naturalis*.

[45] D. COSTA, in *L'impatto dell'Intelligenza Artificiale sui Modelli 231 e sui sistemi di compliance aziendale alla luce delle novità introdotte dal DDL sull'AI*, op. cit., laddove l'I.A. è analizzata quale strumento particolarmente insidioso nella commissione di reati presupposto della responsabilità degli enti, tant'è che si si evidenzia l'urgenza di adeguare i modelli di compliance aziendale, integrando protocolli di controllo sull'uso dell'IA, la formazione specifica del personale e la verifica periodica dell'efficacia delle misure adottate.

[46] In dottrina, si è parlato di responsabilità dolosa del produttore per gli *output* lesivi derivanti da un sistema di I.A. generativa; si rinvia in particolare a B. FRAGASSO, *L'intelligenza artificiale e responsabilità penale,* Giappichelli, 2025, pp. 583 ss.

[47] B. FRAGASSO, op. loc. cit. pp. 587 ss., laddove il tema della responsabilità concorsuale del produttore di sistema di I.A. è stato analizzato più in generale con riguardo al contributo causale offerto alla realizzazione di un qualunque reato da parte dell'utilizzatore (si pensi alla responsabilità concorsuale dei fornitori dei servizi digitali per i contenuti illeciti pubblicati dagli utenti).


ISSN 2036-7821

colposo posto in essere dagli apicali o dai sub-apicali dell'ente complesso[48].
Ne consegue che il produttore/programmatore di un'attività algoritmica inidonea a prevenire il rischio di accadimento dei reati presupposto 231 potrà rispondere a titolo di *concorso doloso* sempre che, oltre a rappresentarsi genericamente il comportamento algoritmico, abbia avuto *contezza specifica del risultato lesivo* del sistema di I.A. (o della forma specifica di offesa).
Si pensi ad esempio a quel programmatore che abbia creato volutamente un *chatbot* generativo di informazioni false poi trasfuse nel modello 231 così da renderlo del tutto inefficace a prevenire le situazioni di rischio-reato e segnatamente la verificazione dei *predicate crimes*. Tale incriminazione a titolo di dolo incontrerà comunque il limite invalicabile rappresentato dall'imprevedibilità e autonomia (ove accertate) dei meccanismi algoritmici,
Più problematico sarebbe l'inquadramento teoretico, nel differente "tipo" del concorso *colposo*, delle condotte degli sviluppatori per la negligente gestione del rischio da intelligenza artificiale e comunque per aver confezionato per imprudenza, imperizia e disavvedutezza un prodotto artificiale "difettoso"[49].
Trovandoci, infatti, al cospetto di un contesto in cui l'evento lesivo costituisce l'esito finale di una lunga serie di "decisioni" algoritmiche, imponderabili ed imprevedibili assunte dal sistema di I.A. (si pensi alla c.d. imprevedibilità algoritmica), il *nucleo del rimprovero* che potrà essere mosso allo sviluppatore non consiste tanto nella realizzazione dell'evento di danno, quanto nell'aver commercializzato un prodotto *intelligente* — di cui ben si conoscono, quantomeno in via generale, le potenzialità lesive — in assenza delle dovute cautele ed accortezze. Pur avvertendo l'esigenza di evitare forme di deresponsabilizzazione, sarà necessaria una limitazione della responsabilità penale, al fine di evitare che il produttore/programmatore sia chiamato a rispondere anche di quegli eventi lesivi derivanti da comportamenti incontrollabili e imprevedibili dell'I.A. (ai fini della nostra ricerca gli eventi lesivi sono quelli coincidenti con la verificazione dei reati presupposto 231 né impediti, né ostacolati dai protocolli cautelari creati dal *software*).
Non è ammissibile ovviamente una forma di responsabilità *in re ipsa*, ossia non basta il semplice fatto di aver programmato e sviluppato un sistema di I.A. per determinare, di per sé, in capo allo sviluppatore, una responsabilità per le decisioni

[48] Si segnala, a tal riguardo, come l'articolo 26, comma 1, del d.d.l. sull'I.A., approvato il 25 giugno 2025 in seconda lettura con modifiche alla Camera (Atto Camera n. 2316) preveda espressamente: i) l'introduzione di una circostanza aggravante comune, qualora il reato sia commesso mediante sistemi di intelligenza artificiale; ii) l'inserimento nel codice penale di una circostanza aggravante a effetto speciale legata all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale nella commissione del delitto di attentati contro i diritti politici del cittadino di cui all'art. 294 c.p.; iii) l'introduzione del nuovo reato di illecita diffusione di contenuti generati o manipolati con sistemi di intelligenza artificiale.
[49] F. BASILE – B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale: prove tecniche di convivenza*, in *Discrimen*, 2023, 3-4, p. 762 ss.


ISSN 2036-7821

assunte dall'algoritmo. Non è configurabile quindi una responsabilità penale "oggettiva" e "per risalita" della persona fisica in relazione al "comportamento" di agenti artificiali che non hanno alcuna comprensione simbolica e semantica della realtà umana[50].

È in quest'ottica che, *de jure condendo*, diversi autori[51] hanno proposto l'introduzione di forme anticipate di tutela penale, sotto forma di paradigma imputativi di reati di pericolo astratto che, quantomeno in determinati settori di sviluppo dell'intelligenza artificiale, sanzionino la creazione o il mantenimento di rischi illeciti a beni giuridici di primaria importanza, quali la vita e l'integrità fisica[52].

Non si può tuttavia sottacere che l'introduzione di reati di pericolo astratto — oltre a porsi in uno stato di inevitabile tensione con il principio di offensività — si sia rivelata, in passato, tutt'altro che risolutiva: si pensi, in particolare, alle

[50] La letteratura che esamina i rapporti tra intelligenza artificiale e responsabilità (dal punto di vista giuridico, così come dal punto di vista filosofico) è ormai davvero sterminata. Per l'indicazione dei principali contributi in ambito penalistico, si rinvia a F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: qualche aggiornamento e qualche nuova riflessione,* in G. BALBI, (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale, "Nuovi Scenari"*, Giappichelli, 2023, p. 1 ss.; B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento: profili di responsabilità penale del produttore di sistemi di I.A.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, fasc. 1, p. 287 ss.. Per una riflessione filosofica sui temi della responsabilità è imprescindibile A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata,* in *Ethics and Information Technology*, 2004, vol. 6, p. 175 ss.

[51] N. AMORE, *L'effetto della robotica e dell'IA nell'imputazione giuridica degli eventi infausti*, in N. AMORE - E. ROSSERO, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica. Organizzazione, autonomia, responsabilità,* Il Mulino, 2024, p. 249 ss.; F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 3, p. 1053

[52] In aggiunta alla tematica della tutela penale a presidio dei danni da intelligenza artificiale difettosa o deviata, resta la questione della riconducibilità della responsabilità derivante dall'utilizzo di agenti artificiali alla categoria della responsabilità per danno da prodotto v., nella dottrina civilistica, BERTOLINI A., *Robots as Products: The Case for A Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules,* in *Law, Innovation an Technology*, 5(2), 2013, p. 214 ss., p. 235 ss.; più di recente U. R UFFOLO, *Intelligenza artificiale, machine learning e responsabilità da algoritmo,* in *Giur. it.*, 2019, p. 1689 ss.; G. WAGNER, *Produkthaftung für autonome Systemen*, in *AcP*, Bd. 217, 2017, p. 707 ss.; K.A. CHAGAL - FEFERKORN, *Am I An Algorithm or A Product? When Products Liability Should Apply To Alhorithms Decision-Makers,* in *Stanford Law & Policy Rev.*, 30, 2019, p. 61 ss.. Sul versante più prettamente penalistico, si rinvia A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *Discrimen*, 2019, p. 1 ss., p. 9 ss.; C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da 'mezzo' ad 'autore' del reato?*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2020, 4, p. 1745 ss. Più in generale, sui complessi problemi giuridico-penali che solleva la responsabilità per danno da prodotto, vedi, oltre al contributo monografico di C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano, 2004; ID, *La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1125 ss.; ID, *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in *Criminalia*, 2014, p. 387 ss.; A. BERNARDI, *La responsabilità da prodotto nel sistema italiano: profili sanzionatori,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2003, p. 1 ss.; D. CASTRONUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv.it.dir.proc. pen.*, 2005, p. 301 ss.; nella dottrina tedesca v. L. KHULEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkhaftung*, Heidelberg, 1989; W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994; K. TIEDEMANN, *Körperverletzung und strafrechtliche Produktverantwortung*, in *FS H.J. Hirsch*, Berlin, 1999, p. 765 ss.; S. GLESS, *Strafrechtliche Produkthaftung*, in *Recht*, 2013, 2, p. 54 ss.; in quella spagnola, si rinvia a S. MIR PUIG, D.M. LUZÓN PEÑA (dirs.), *Responsabilidad de las empresas y sus organós y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996; M.E. IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001; J. BOIX REIG, *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.


ISSN 2036-7821

contravvenzioni previste dalla disciplina generale sulla sicurezza dei prodotti (vedi art. 112, codice del consumo), che, ad oggi, sono rimaste soltanto sulla carta, complici anche cornici edittali non del tutto adeguate allo scopo di deterrenza.
Il rischio da evitare, allora, è che i nuovi reati si vadano aggiungere a quella pletora di contravvenzioni che abbondano nella legislazione complementare, e che, sulla spinta di esigenze di tutela settoriali, hanno determinato una disordinata evoluzione ipertrofica del diritto penale.
Sicchè sarà indispensabile operare una selezione acuta, rigorosa e improntata ai criteri di precisione ed *extrema ratio*[53] delle condotte degli sviluppatori di *software* da sanzionare penalmente.
Sullo sfondo resta l'altra problematica legata alle ipotesi di concorso a titolo soggettivo eterogeneo e segnatamente riconducibili al paradigma imputativo colposo (per imperizia, imprudenza e negligenza) dei programmatori, rispetto al catalogo dei reati presupposto di matrice tanto dolosa, quanto colposa.
Nella prima evenienza si potrebbe immaginare un concorso colposo del programmatore nel delitto doloso dei soggetti qualificati[54], mentre nella seconda evenienza si potrebbe configurare un concorso colposo nel delitto presupposto colposo riconducibile al cono applicativo della cooperazione colposa ex art. 113 c.p..[55]
In questa sede, si ritiene utile soffermarsi unicamente sulla violazione, *a titolo di colpa,* delle regole cautelari ad opera del programmatore. È fuor di dubbio che le condotte "incaute" e disaccorte di quest'ultimo siano –in astratto- tali da contribuire, quanto meno materialmente, alla realizzazione e messa in commercio del *software,* così *agevolando* o *facilitando* la commissione del reato presupposto, innescando quella progressione criminosa che esita nella condotta illecita altrui (*rectius*: nella verificazione del reato presupposto 231).
Inoltre, sul terreno dell'elemento soggettivo, è altresì ipotizzabile che il programmatore abbia agito nella consapevolezza che quel *software* sarebbe stato successivamente impiegato nella *compliance* aziendale e segnatamente nella fase di

[53] F. BASILE – B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale: prove tecniche di convivenza*, in *Diritto e difesa,* 2023, 3-4, p. 764.

[54] Il nodo della configurabilità del concorso colposo nel reato doloso costituisce senz'altro uno dei punti maggiormente problematici anzitutto sul fronte del fondamento normativo della costruzione teorica; secondo un consistente orientamento dottrinale, il concorso colposo nel fatto doloso non avrebbe alcuna base giuridica, posto che l'art. 110 c.p. e l'art. 113 c.p. legittimerebbero solo le rispettive ipotesi di concorso omogeneo, giungendo anche a consentire il concorso doloso nel fatto colposo. A questo primo argomento, poi, si associa l'ulteriore rilievo per cui l'ordinamento conoscerebbe già le ipotesi di agevolazione colposa, previste in via tassativa nella parte speciale: il che, evidentemente, implicherebbe che una costruzione "di parte generale" non avrebbe altro scopo se non destituirle di ogni fondamento, così G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Bologna, 2024, p. 535.

[55] In tema di cooperazione colposa nei complessi organizzati, si rinvia a G. MINICUCCI, *La plurisoggettività nell'agire colposo Una rilettura in chiave normativa. Una rilettura in chiave normativa,* in *Jura,* Edizioni ETS, 2025, pp. 66 ss.


ISSN 2036-7821

valutazione della mappatura di rischi la c.d. attività di *risk assessment*, ineludibile nella costruzione dei protocolli cautelari, secondo la sequenza interattiva tra condotte, in cui il compartecipe è consapevole che la propria condotta accede a quella di altri.

Qui però sorge un altro profilo di problematicità, legato all'eventuale responsabilità penale degli *autori materiali* dei reati presupposto di matrice colposa, che potrebbero invocare -per neutralizzare ogni profilo di colpa a loro ascrivibile- il c.d. principio di (aver fatto) affidamento sull'assenza di vizi del *software* (come progettato e realizzato dal programmatore), con l'unico limite naturale rappresentato da quei casi in cui i difetti di costruzione del programma fossero agevolmente conoscibili da parte dei medesimi agenti.

Potrebbero dunque richiamarsi in questa sede i principi generali in tema di cooperazione colposa laddove la riconoscibilità del difetto del programma elettronico potrebbe fondare un giudizio di rimprovero a carico dell'agente per la mancata adozione di quel *quantum* aggiuntivo di prudenza obiettivamente esigibile.

Qualora, invece, sia dato riscontrare, nei casi di volta in volta analizzati, l'assenza di percepibili "segnali d'allarme" circa i vizi gravi del *software*, ben potrà applicarsi –in favore del soggetto agente- il c.d. principio di affidamento, la cui attuazione è pienamente conforme con il principio di personalità della responsabilità penale ed altresì rispettoso dei doveri solidaristici gravanti sull'individuo che agisce nella consapevolezza del suo inserimento in una data formazione sociale al quale parametra la sua libertà d'agire.

Volendo riassumere quanto fin qui detto, rimanendo nello scenario del concorso colposo nel reato colposo altrui, connotato da un'azione sinergica dei diversi compartecipi (programmatore del *software* e autore materiale del reato presupposto 231), si potrebbe ragionevolmente inquadrare la responsabilità di entrambi:

*(i)* nel paradigma tipologico delle "violazioni cautelari concorrenti" che, pur afferenti a parametri comportamentali distinti, conducono entrambe alla verificazione dell'evento[56]; siamo in presenza di violazioni che investono parametri cautelari tra loro interferenti sul piano della gestione di un rischio comune. In questo caso – in ragione dell'alterità complementare che contraddistingue le attribuzioni di questi soggetti – è possibile intravedere due diversi illeciti monosoggettivi: quello "antecedente" del programmatore che per imperizia genera il *software,* destinato ad essere impiegato nella *compliance* aziendale, cui si innesta illecito colposo dell'autore materiale del reato presupposto 231. L'unitarietà delle due condotte si palesa nella connessione forte che le due violazioni instaurano sul piano del rischio: una connessione che, nel caso in esame, non vale certamente a determinare "nuove"

[56] G. MINICUCCI, *La plurisoggettività nell'agire colposo Una rilettura in chiave normativa. Una rilettura in chiave normativa,* op cit., pp. 183 ss. e 240 ss.


ISSN 2036-7821

incriminazioni – essendo il campo dominato dalla violazione di standard preventivi di primo grado – ma che consente l'applicazione dell'art. 113 c.p..
*(ii)* ovvero nel paradigma della "violazione cautelare realizzata dall'autore materiale del reato presupposto 231 e colposamente *indotta* dalla condotta involontaria di altro compartecipe" (nella specie il programmatore), secondo il modello dell'*autorìa mediata colposa*. Si è qui in presenza di una condotta negligente del compartecipe – pur non direttamente preventiva del rischio – la cui traduzione in pericolo si attualizza mediante il comportamento dell'autore "principale" dell'illecito colposo.
Il caso da noi analizzato presenta una notevole prossimità concettuale con l'art. 48 c.p., dal quale tuttavia diverge sotto un duplice profilo: da un lato, poiché l'induzione in errore è a sua volta involontaria; dall'altro, poiché la violazione dello standard di riferimento si riflette direttamente sul *quomodo* della condotta dell'autore materiale.
A fronte delle surriferite problematiche teoretiche offerte dagli istituti di parte generale, ragionando sul terreno prasseologico e in termini *de lege ferenda*, si potrebbero tipizzare e punire a titolo di colpa le seguenti esemplificative condotte dei programmatori, quali : i) l'omessa predisposizione da parte del programmatore di meccanismi preventivi nell'algoritmo che governa l'I.A.; ii) la mancata previsione di meccanismi di disattivazione del *software*, ovvero la disaccorta disattivazione di quei presidi di sicurezza di cui invece fosse stato originariamente dotato.
Ma qui verrebbe in rilievo un'altra problematica insita nella circostanza che spesso i programmi di intelligenza artificiale sono il frutto di un lavoro di squadra in cui cooperano un numero molto rilevante di tecnici e programmatori[57]. La "nascita" di un individuo artificiale intelligente richiede inevitabilmente la sinergia di competenze diversificate[58].
L'attribuzione della responsabilità ad una pluralità di coagenti implica infatti la soluzione di quello che la dottrina angloamericana chiama *many hands problem*; senza trascurare l'ipotesi in cui nella costruzione ed evoluzione di una forma di intelligenza artificiale potrebbe intervenire un'altra intelligenza artificiale, il che moltiplica i profili fattuali da considerare.

### *5.1 – La responsabilità dei c.d. "sorveglianti" del software.*

Altro terreno di riflessione penalistica per individuare eventuali ulteriori responsabili della verificazione dei reati "presupposto 231" (consumati dai dipendenti o dai vertici dell'ente fruitore del software utilizzato per l'elaborazione dei protocolli

[57] La questione è stata autorevolmente sollevata da F. CONSULICH, op. loc. cit., p. 1040 ss.
[58] Si tratta di un problema che precede l'intervento penale e attiene alla stessa attribuibilità personale e giuridica del fatto; sul punto vedi D.J. GUNKEL, *Mind the Gap: Responsible Robotics and the Problem of Responsibility*, in *Ethics and Information Technology*, 2017, p. 12 ss..


ISSN 2036-7821

cautelari) potrebbe essere quello dei *sorveglianti*, i c.d. *human-in-the-loop*, ossia quei soggetti —individuati, di volta in volta, dalla normativa di settore e— *incaricati di supervisionare* il funzionamento del sistema di intelligenza artificiale, che viene poi impiegato nelle attività di *risk assessement* preliminari all'elaborazione del modello organizzativo. A tali soggetti non spetta solo il compito di vigilare sul funzionamento del dispositivo intelligente, ma anche quello di intervenire tempestivamente, qualora emergano malfunzionamenti.

La necessità che vi sia sempre un essere umano in grado di esercitare un controllo significativo sul funzionamento del sistema è prevista dalla gran parte delle fonti internazionali, sovranazionali e nazionali[59].

Tale principio dello *human oversight* è uno dei perni attorno ai quali ruota il recente Regolamento dell'U.E. sull'intelligenza artificiale (c.d. AI Act)[60], costituendo — nelle intenzioni del legislatore europeo — la modalità principe per conservare la centralità dell'essere umano in ogni fase dello sviluppo e dell'implementazione delle pratiche di intelligenza artificiale.

Occorre pertanto, ai fini della nostra ricerca, prendere le mosse dai contenuti del predetto Regolamento, che rappresenta il primo esempio, non soltanto a livello europeo ma globale, di normativa orizzontale — a carattere sistematico — sul terreno dell'intelligenza artificiale. Una delle sue caratteristiche distintive è infatti quella di travalicare i confini territoriali dell'Unione Europea per applicarsi, appunto

[59] Per un riepilogo delle disposizioni che, a livello statale o internazionale, richiedono la sorveglianza umana sui sistemi di I.A. si rinvia a B. G REEN, *The flaws of policies requiring human oversight of government algorithms*, in *Computer Law & Security Review*, 2022. p. 6 ss.

[60] Regolamento n. 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (c.d. AI Act), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 12 luglio 2024 ed entrato in vigore in data 1° agosto 2024. Tale Regolamento sull'intelligenza artificiale viene considerato, a livello globale, come il primo atto normativo volto a fornire un quadro normativo vincolante e orizzontale (ne senso che non è limitato ad un singolo settore di applicazione) per lo sviluppo e la commercializzazione di sistemi di I.A. La lettera a), dell'art. 2, 1° co., prescrive l'applicazione del regolamento "ai fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di I.A. o immettono sul mercato modelli di IA per

finalità generali nell'Unione, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o ubicati nell'Unione o in un paese terzo". Rispetto alla versione originaria della proposta, l'attuale lett. a) contiene due elementi innovativi. Il primo è costituito dal riferimento ai modelli di IA per finalità generali, fattispecie che non era affatto contemplata nella proposta originaria della Commissione e che è stata successivamente integrata nel testo a seguito della grande diffusione dei c.d. *large language modelscome* GPT di Open A.I. L'aggiunta è pertanto coerente con la differenziazione del regime tra modelli di I.A. per finalità specifiche e per finalità generali. Il secondo elemento innovativo, di certo meno rilevante, è rappresentato dal criterio fattuale dell'"ubicazione" nell'Unione in aggiunta a quello tecnico-giuridico dello "stabilimento". Per effetto di queste modifiche, la lett. a) dispone l'applicabilità della normativa in oggetto a qualsiasi fornitore che immetta sul mercato o metta in servizio sistemi di I.A. (o modelli di I.A. per finalità generali) nell'Unione, indipendentemente dal fatto che tali fornitori siano stabiliti o ubicati all'interno o all'esterno del territorio dell'Unione. Per la trattazione esaustiva dell'argomento del perimetro territoriale applicativo del citato Regolamento, si rinvia ad un recente contributo di G. RESTA, *L'ambito territoriale di applicazione del Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: note critiche*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2024, 6, pp. 731 – 745.


ISSN 2036-7821

orizzontalmente negli Stati membri[61], a qualsiasi modello di I.A., il cui utilizzo (o l'utilizzo dei relativi output) sia in grado di produrre effetti giuridicamente rilevanti nello spazio giuridico europeo[62].

L'art. 14 del citato Regolamento, rubricato "Sorveglianza umana" stabilisce che i sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso (par. 1). Nello specifico, il par. 4 dell'art. 14 elenca una serie di misure tecniche che devono essere predisposte dal fornitore, al fine di garantire un effettivo esercizio della sorveglianza "umana" sull'attività algoritmica (c.d. "misure di sorveglianza in senso stretto").

Due sono le tipologie di misure di sorveglianza umana, a seconda che si tratti di sistemi che necessitano di un filtro umano per incidere sul mondo (c.d. *recommendation systems*, ad esempio un *clinical decision support system*) o sistemi che, invece, incidono direttamente sulla realtà (ad esempio, un veicolo a guida autonoma, o un drone dotato di capacità di apprendimento).

Nel primo caso, la persona fisica deve essere messa in grado di decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di I.A. ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare *l'output* del sistema di I.A. ad alto rischio (art. 14 par. 4, lett. d).

Nel secondo caso, invece, la persona fisica dovrà poter intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o interrompere il sistema mediante un pulsante di "arresto" o una procedura analoga che consenta al sistema di arrestarsi in condizioni di sicurezza (par. 4, lett. e).

Il potere di controllo attribuito al supervisore avrà, insomma, un carattere prettamente "negativo": non si richiede, infatti, che il sorvegliante debba essere messo nelle condizioni di svolgere, al posto del dispositivo, la funzione alla quale il dispositivo stesso era predisposto; si prevede, piuttosto, che questi possa arrestare il

---

[61] Al fine di adottare nell'ordinamento italiano le disposizioni del Regolamento UE 2024/1689 sull'intelligenza artificiale, al Senato (Atto n. 1146) è stato di recente approvato in prima lettura il *disegno di legge in materia di Intelligenza Artificiale;* in data 25 giugno 2025 il testo è stato approvato alla Camera (Atto Camera n. 2316) con modifiche e quindi il testo è tornato al Senato per una terza lettura. L'obiettivo del citato disegno di legge è la promozione di "un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità" nonché l'introduzione di criteri regolatori, norme di principio e di settore, al fine di promuovere l'utilizzo delle nuove tecnologie, prevedendo, al contempo, misure in grado di contenere il rischio connesso al loro uso improprio o dannoso. I testi sono disponibili online su: *https://www.camera.it/leg19/126?&leg=19&idDocumento=2316*

[62] Il disegno di legge sull'intelligenza artificiale, licenziato dal Senato il 20 marzo 2025 e approvato con modificazioni dalla Camera il 25 giugno scorso, introduce in particolari aggravanti specifiche per i reati commessi mediante intelligenza artificiale (ad esempio in tema di aggiotaggio e manipolazione del mercato), nuove fattispecie autonome come la diffusione di contenuti *deepfake* (articolo 613-quater del Codice penale) e persino il reato di *scraping* (estrazione automatica di dati da siti web) o *data mining* (analisi di grandi quantità di dati per scoprire informazioni utili) abusivo su opere protette.


ISSN 2036-7821

sistema, o non prendere in considerazione la raccomandazione fornita dal sistema di I.A..

Nonostante l'art. 14 dell'AI-Act non imponga obblighi alla persona fisica alla quale è affidata la sorveglianza umana, si può facilmente immaginare che gli obblighi di progettazione posti in capo al fornitore troveranno un corrispettivo in appositi obblighi di controllo imposti alla persona incaricata della sorveglianza.

Al centro dell'AI-Act vi è proprio il concetto di rischio.

In particolare, l'AI Act divide i dispositivi di intelligenza artificiale in tre categorie — a seconda del rischio che questi pongono per la sicurezza degli utenti ed il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini —, individuando per ciascuna categoria un regime giuridico applicabile: così, ad esempio, i sistemi di I.A. che presentano *rischi considerati "inaccettabili"* non potranno essere introdotti nel mercato europeo (art. 5); i *sistemi ad alto rischio* (artt.6 e 7) potranno essere commercializzati, purché siano conformi rispetto ad una serie di requisiti (artt. 8-15); per i *sistemi a rischio limitato* (art. 50), infine, basterà il rispetto di alcuni obblighi di trasparenza.

Un ulteriore aspetto di rilievo introdotto dall'A.I. Act è la previsione di specifici obblighi non solo per fornitori, importatori e distributori di programmi di I.A., ma anche per i *deployer* (utilizzatori) degli stessi.

Ciò comporta, in un contesto di "*compliance* 231", la necessità di mappare accuratamente le responsabilità e i rischi-reato lungo l'intera filiera dei meccanismi algoritmici. L'A.I. Act potrebbe quindi rivelarsi un utile banco di prova per l'integrazione della *compliance* tecnologica con quella organizzativa e giuridica, favorendo l'aggiornamento dei modelli di cui al d.lgs. n. 231/2001 – con particolare attenzione al *risk assessment*, alla formazione sui rischi specifici dell'A.I. e agli *audit* periodici sui sistemi implementati –; e ciò sarà indispensabile non solo per evitare sanzioni, ma anche per accrescere la fiducia di *stakeholder* e mercati.

Il dovere di sorveglianza richiesto dal Regolamento europeo andrebbe poi affiancato e coordinato con quello dell'Organismo di vigilanza previsto dal decreto 231, che sarà chiamato a monitorare anche i rischi emergenti e a valutare l'effettività e l'efficacia delle misure adottate dall'impresa per mitigarli.[63]

L'operatore, lungi dall'essere una persona che adopera direttamente il dispositivo intelligente, rappresenta il soggetto che ha l'obbligo di *supervisionarlo* e di intervenire qualora emergano malfunzionamenti degli algoritmi che possano comportare situazioni di rischio o di offesa ai beni giuridici protetti (*rectius*: favorire o agevolare la commissione dei reati presupposto 231). In questa prospettiva, gli obblighi di sorveglianza potrebbero eventualmente assumere rilievo come obblighi di impedire determinati eventi lesivi (nella nostra ricerca: i reati annoverati nel catalogo 231),

[63] S. GUERRA, *L'impatto dell'Ai Act: presidi ad hoc per tracciare le decisioni dell'algoritmo. I modelli vanno integrati con procedure di verifica, audit e formazione,* in *NT-Plus Diritto*, 14 luglio 2025.


ISSN 2036-7821

integrando così la clausola di estensione della tipicità penale di cui all'art. 40, comma 2, c.p..

In siffatta ipotesi, ci troveremmo al cospetto di una duplice responsabilità a titolo di *cooperazione apparente*: da un canto, un fatto colposo o doloso -integrante il reato presupposto 231- dell'autore materiale (soggetto apicale o sub-apicale dell'ente), dall'altro, un'omissione impropria colposa del "complice" omittente (il c.d. sorvegliante o supervisore).

Il nodo principale resterebbe però il rapporto problematico tra diritto e intelligenza artificiale con le sue intrinseche peculiarità di autonomia, automazione e opacità dei meccanismi algoritmici, con il rischio di creare uno scollamento sistematico tra dovere di sorveglianza ed effettivo potere di sorveglianza[64]. E tale scollamento si accentua nel caso di sorveglianti di sistemi di I.A. dotati di automazione, ossia quei sistemi dotati di compiere una determinata attività, agendo direttamente sul mondo reale o virtuale in assenza di intervento umano[65].

L'alternativa al perimetro del cono applicativo dell'art. 40 cpv. c.p. (che presuppone l'esistenza di un garante), potrebbe essere quella, rimanendo sul terreno squisitamente dogmatico, di inquadrare la responsabilità dei sorveglianti (che hanno omesso di vigilare sul regolare funzionamento del *software* preposti alla predisposizione dei M.O.G.), nell'istituto di parte generale della *cooperazione colposa* ex art. 113 c.p,; responsabilità da declinarsi nel paradigma della *violazione cautelare dell'autore materiale, cui si correla un dovere preventivo disatteso a carico del compartecipe*[66] (ossia il sorvegliante). In quest'ultima evenienza, la genesi della situazione di rischio che ha favorito l'accadimento del reato presupposto 231 non promanerebbe dal contributo del compartecipe, bensì dall'autore materiale, protendendosi verso il titolare di doveri di controllo (il sorvegliante).

A fronte della paralisi dei meccanismi imputativi del diritto penale d'evento, e a fronte della problematica tematizzazione dogmatica di eventuali responsabilità

---

[64] B. FRAGASSO, *L'intelligenza artificiale e responsabilità penale,* op. cit., pp. 476 ss.

[65] B. PANATTONI, *Intelligenza artificiale: le sfide per il diritto penale nel passaggio dall'automazione tecnologica all'automazione artificiale*, in *Dir. inf.*, 2021, 1, p. 337 ss.; nonché A. CAPPELLINI, *Profili penalistici* delle self-driving cars, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 2, p. 337.

[66] G. MINICUCCI, op.loc.cit., pp. 245 ss.; secondo l'Autore, nel caso di dovere preventivo disatteso dal compartecipe, il livellamento generale delle posizioni soggettive si pone in senso direttamente proporzionale alla sincronicità dell'agire ed inversamente proporzionale alla differenziazione delle competenze e, quanto ai suoi contenuti, passa per una iper-valorizzazione delle fonti di legge che descrivono responsabilità di organizzazione, obblighi di coordinamento o poteri di avocazione; le medesime fonti, peraltro, che sono del tutto contraddittoriamente evocate per responsabilizzare anche chi è destinatario di detti controlli, soprattutto nella parte in cui ritagliano spazi di autonomia valutativa che "imporrebbero" l'agire correttivo verso gli stessi soggetti sovraordinati. Sul punto, si veda altresì A. VALLINI, *Dimensioni sincroniche e diacroniche della colpa professionale*, in *Diritto e medicina: due scienze convergenti*?, a cura di G. LOSAPPIO, Taranto, 2019, p. 84 ss.. In questa ipotesi viene in gioco il mancato depotenziamento del pericolo in atto alla dimensione fisiologica del rischio consentito, ricorrendo doveri di controllo e di coordinamento che sfociano – o che, addirittura, devono sfociare – nell'impedimento dell'azione altrui.


ISSN 2036-7821

penali dei sorveglianti/supervisori, si potrebbero positivizzare talune fattispecie incriminatrici di pericolo "a tutela anticipata", che puniscano ad esempio la mancata realizzazione di una *rete protettiva* attorno all'operatività dell'I.A. ovvero l'omessa tempestiva attivazione di misure di sicurezza in caso di segnali di allarme[67], sempre che tali segnali siano riconoscibili (l'autonomia e la *black box* dei *software* possono infatti impedire al supervisore di riconoscere tempestivamente la sussistenza del pericolo che fa sorgere l'obbligo cautelare della ripresa del controllo).

Ad esse potrebbero affiancarsi altre ipotesi incriminatrici costruite sulla tecnica dell'inosservanza delle prescrizioni "legalmente date", per cui il privato (soggetto individuale) risponderebbe penalmente ove non ottemperi alla prescrizione di riparare una falla nei meccanismi preventivi di protezione individuata dalle competenti Autorità di controllo oppure non ripari prontamente i danni prodottisi a seguito di un disguido nel funzionamento dei meccanismi algoritmici. Bisognerebbe però "a monte" tipizzare protocolli cautelari rigidi, chiari e stringenti al fine di regolare l'interazione tra intelligenza artificiale ed "essere umano" secondo un paradigma di collaborazione "dinamica" tra il sorvegliante ed il sistema di I.A. che svolge la sua attività algoritmica.

Si tratta di assicurare costantemente la verificabilità – da parte della persona fisica "esperta"- delle scelte algoritmiche, minimizzando il rischio di errori o conseguenze imprevedibili, e garantendo all'individuo un pronto riacquisto del controllo della situazione in caso di necessità, per evitare o gestire rischi generati dall'I.A.. Difatti, il controllo della persona fisica sull'intelligenza artificiale può essere garantito solo tramite l'imposizione di presidi di progettazione e di monitoraggio delle azioni algoritmiche, non potendosi privare il sistema di I.A. di quel grado sufficiente di operatività e autonomia, che è tipico dei sistemi intelligenti dotati di automazione[68].

E proprio i rischi dell'imprevedibilità, dell'autonomia e dell'opacità (ove accertate) dei meccanismi algoritmici rappresenterebbero un argine invalicabile anche rispetto ai paradigmi ascrittivi della responsabilità penale del sorvegliante/supervisore, in particolare in punto di *esigibilità* di un obbligo di supervisione in capo a quest'ultimo.

Occorre, in definita, correttamente perimetrare un'area di rischio consentito, che trovi

[67] F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiale devianti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2022, 3, p. 1051.

[68] Si rinvia alle proposte avanzate dalla *Singapore personal Data Protection Commission*, secondo la quale è necessario che, nei campi governati dall'intelligenza artificiale, sia sempre garantita la possibilità che la persona umana possa in ogni momento assumere nuovamente il controllo dello scenario operativo: *Singapore PDPC, A Proposed Model Artificial Intelligence Framework* , gennaio 2019, in *https://www.pdpc.gov.sg*. In particolare, si propone di implementare in tutti gli agenti artificiali sistemi simili alla scatola nera degli aeromobili, in modo da poter ricostruire i processi decisionali dell'AI. Si veda altresì il documento pubblicato dal Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale e indipendente, istituito dalla Commissione europea nel giugno 2018, intitolato *Etichs guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence,* in *www.europa.eu*, 8 aprile 2019, p. 30 ss.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, 8 aprile 2019, *in eurlex.europa.eu*, p. 3 ss.


ISSN 2036-7821

la sua espressione nel principio di affidamento, non potendo privare il sorvegliante della facoltà di invocare a sua "discolpa" il fatto di aver confidato nella c.d. *diligenza algoritmica*[69], quanto meno in presenza di *software* dotati di automazione. Altrimenti il rischio è di trasformare il sorvegliante in un "capro espiatorio", a cui addebitare tutti gli eventi lesivi (*rectius*: ai fini della nostra indagine, i reati presupposto 231) derivanti dal sistema di I.A., anche nei casi in cui siano il frutto di un'attività imprevedibile e incontrollabile del dispositivo intelligente, fermo restando che anche l'affidamento alla diligenza algoritmica non può essere inteso alla stregua di una *delega in bianco all'algoritmo*.

***6. Conclusioni.***

Per il settore della *compliance* aziendale, la tecnologia rappresenta sia una sfida, che un'opportunità. Da un lato, aiuta a gestire le crescenti esigenze; dall'altro, però, comporta nuovi rischi.

L'intelligenza artificiale entra in gioco ogni volta che è necessario elaborare e analizzare grandi volumi di dati. Ciò che altrimenti richiederebbe ore e giorni, gli algoritmi intelligenti lo fanno in pochi secondi. Di conseguenza, possono ottimizzare i processi e alleviare il carico sui dipendenti umani.

Ciò apporta preziosi vantaggi anche in ambito *compliance.*

I sistemi di intelligenza artificiale possono aiutare a scoprire più rapidamente potenziali violazioni della *compliance* e irregolarità interne. Gli algoritmi sono in grado di identificare modelli noti e apprenderne di nuovi autonomamente.

L'intelligenza artificiale può aiutare nell'analisi e nella valutazione del rischio di compliance raccogliendo, valutando e correlando dati provenienti da molte fonti interne ed esterne.

L'intelligenza artificiale può filtrare documenti di *compliance* come regolamenti e standard, condurre un'analisi, dare priorità alle informazioni più rilevanti e far risparmiare ai/alle *Compliance Officer* molto tempo di lettura.

Ad esempio, un *chatbot* basato sull'intelligenza artificiale semplifica la comunicazione in modo comprensibile delle *policy* di compliance all'interno dell'azienda. Stiamo assistendo in questi ultimi anni ad una costante e progressiva digitalizzazione dei protocolli organizzativi e dei sistemi di analisi e di controllo dei rischi, adottati dagli enti allo scopo di tutelarsi dall'insorgere di responsabilità giuridiche.

È fuori discussione la progressiva influenza della I.A. rispetto alle modalità di controllo e di prevenzione adottate dalle società, talvolta, mediante integrazione degli strumenti "ordinari", talvolta, addirittura, in sostituzione di questi ultimi. Di qui, la neo-tematica della *Digital Criminal Compliance* nell'ambito della quale si

[69] In dottrina si è parlato di versione robotica del principio di affidamento, così B. FRAGASSO, *L'intelligenza artificiale e responsabilità penale,* op. cit., p. 503 e 507.


ISSN 2036-7821

trovano a dialogare due diversi "mondi", l'ordinamento giuridico e il settore informatico, con la conseguente trasposizione, in un contesto interdisciplinare, del tema della responsabilità amministrativa dell'ente[70].

Più nel dettaglio, l'innovazione tecnologica può consentire alle società – mediante, per esempio, l'utilizzo di specifici algoritmi – di migliorare la tempestività dei propri meccanismi di rilevazione delle irregolarità e/o delle condotte che potrebbero discostarsi o, addirittura, violare le disposizioni del Modello Organizzativo attuato dall'ente.

Gli algoritmi sono in grado di "captare" ed elaborare dati, in tempo reale, con conseguente maggiore probabilità di prevenire la violazione delle regole comportamentali e procedurali di cui al Modello 231.

Le nuove tecnologie, infatti, sono in grado di potenziare l'efficienza del sistema 231 con riferimento alla prevenzione, non solo, dei reati che si innestano in un tessuto informatico (ad esempi: i reati informatici, i cd. *market abuse*, i fenomeni di riciclaggio, ecc.) ma, più in generale, di tutte le fattispecie criminose "presupposto" che si possano verificare in seno all'ente.

In un ambito come quello dei modelli ex decreto 231/2001, dove la prevenzione dei rischi-reato rimane l'obiettivo principale, l'adozione di strumenti intelligenti ci pare irrinunciabile, alla stregua di una *best practice.*

*Breve*: il modello della responsabilità da reato degli enti si candida ad essere un paradigma essenziale nella gestione del rischio da «intelligenza artificiale»

E tuttavia non si può negare che l'I.A. manifesti taluni limiti e derive negative.

Infatti, in primo luogo, l'intelligenza artificiale può costituire un rischio di *compliance*.

Le decisioni prese da un'intelligenza artificiale dipendono sempre dai dati con cui è stata addestrata. Se il sistema operativo che genera gli algoritmi non è stato sufficientemente diversificato o riflette pregiudizi sociali, tali criticità si trasferiscono e si riverberano all'operatività degli algoritmi che governano un sistema di intelligenza artificiale.

Un algoritmo, infatti, può generare bilanci falsi, automatizzare richieste mendaci alla pubblica amministrazione; un sistema di intelligenza artificiale può alterare dati ambientali, ottimizzare l'elusione di limiti di emissione od orchestrare, in pochi millisecondi, una strategia di *pump and dump* o di *wash trading* su titoli quotati e, quindi, manipolare il mercato[71].

Come abbiamo osservato, un sistema informatico tradizionale viene sviluppato dal produttore e spesso viene personalizzato per lo specifico cliente. I risultati generati

[70] D. SPERANZINI, *Intelligenza artificiale e D.Lgs. 231/2001: i sistemi automatizzati di prevenzione dei reati*, in www.mmslex.com, 4 maggio 2022.

[71] Si rinvia in particolare a S. GUERRA, *Decreto 231, prevenire reati dell'intelligenza artificiale. Sono molte le violazioni che i sistemi di I.A. possono commettere,* in *NT-Plus Diritto*, 14 luglio 2025.


ISSN 2036-7821

dipendono dai seguenti fattori principali: la base di dati utilizzata, gli *input* ricevuti e il codice sorgente usato per svilupparlo.
A tali fattori principali, si aggiunge l'incidenza di altri due elementi ulteriori: la rete neurale, così come è stata definita dal produttore, e i dati con cui tale rete è stata addestrata. Prima di diventare operativa una I.A. ha bisogno di essere addestrata con enormi quantità di dati, che la plasmano e che determineranno le risposte fornite agli input. successivi. I dati con cui viene addestrata una I.A. possono essere forniti dall'utente o provenire da terzi e naturalmente devono essere di qualità per evitare un effetto ben noto in informatica: il cosiddetto GIGO, dall'inglese *Garbage In - Garbage Out* (spazzatura in entrata e spazzatura in uscita).
La valutazione di un sistema di IA non può limitarsi alla sola valutazione del cosiddetto codice sorgente della rete neurale, ma deve necessariamente considerare anche i dati che sono stati utilizzati per il suo addestramento, e gli effetti che questi hanno prodotto sulla rete neurale originale.
Quel che in sintesi si vuol dire è che affidarsi ciecamente all'intelligenza artificiale comporta taluni rischi, soprattutto quando le decisioni non possono più essere tracciate. Per questo si parla anche di effetto "scatola nera", poiché un'intelligenza artificiale apprende in modo indipendente, e cambia continuamente. Se il sistema operativo viene alimentato con dati errati o addirittura manipolato da hacker, può prendere decisioni sbagliate e causare malfunzionamenti. Ecco perché è importante controllare regolarmente il sistema di intelligenza artificiale, implementato nel contesto aziendale.
Vi è infatti che, in ambito di *Criminal Digital Compliance* – dove l'I.A. viene "applicata" al Sistema 231 –, gli algoritmi informatici sono chiamati a prevenire comportamenti devianti, che sono definiti tali alla stregua di disposizioni normative astratte (e mutevoli nel tempo) e che, in quanto tali, devono necessariamente essere oggetto di interpretazione.
La digitalizzazione del sistema di *criminal compliance* potrebbe presentare criticità anche sul piano pratico-operativo. Gli algoritmi presentano un limite (direi quasi connaturato): essendo meccanismi di previsione, strutturati su dati storici e finalizzati ad attivarsi allorché vengano rilevati elementi di allarme predeterminati, si corre il rischio che singoli o intere classi di individui siano considerati – dinanzi alla rilevazione di specifici elementi di rischio e, dunque, in via puramente prognostica ed ipotetica – "pericolosi" con riferimento alle modalità di svolgimento delle relative attività, con conseguente adozione della determinazione automatizzata.
Sicchè, l'ente, il quale intenda affidarsi a meccanismi digitalizzati di prevenzione dei reati, dovrà predisporre, contestualmente, adeguate tutele delle posizioni individuali che altrimenti rischiano di essere aprioristicamente e negativamente "attinte" da decisioni automatizzate distorte.


ISSN 2036-7821

In definitiva, non ci si può quindi limitare all'implementazione, *sic et simpliciter*, dei sistemi automatizzati nella *compliance* aziendale, ma tale implementazione dovrà essere accompagnata dalla predisposizione di una serie di misure ed accortezze – individuabili anche *dejure condendo*– idonee a prevenirne le conseguenti derive applicative scaturenti dalla operatività, necessariamente preventiva e prognostica, degli algoritmi.

Si può così pensare alla creazione e implementazione nella realtà aziendale di un nuovo protocollo cautelare (da inserire nella parte speciale dei M.O.G.); in dottrina[72] si è parlato efficacemente di "*Ai Governance Protocol*", da intendersi quale strumento che integra principi etici, presidi organizzativi e soprattutto talune cautele tecnologiche: quali, a titolo esemplificativo, registri degli algoritmi, *audit* tecnici, mappature del rischio tecnologico, sistemi di *flag* automatici sulle anomalie, separazione delle funzioni tra sviluppatori/programmatori e controllori, tracciabilità delle decisioni algoritmiche.

[72] S. GUERRA, op.loc.cit., 14 luglio 2025


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Processi evolutivi dei beni culturali immateriali. Problematiche e rappresentazioni attraverso casi di studio.

di Giuseppe Garzia

(Professore aggregato di Legislazione dei beni culturali presso l'Università di Bologna )

## Sommario

1. Scopi della ricerca. 2. La convenzione Unesco del 2003 sul patrimonio culturale immateriale: <<*Convention for the Safeguarding for the Intangible Cultural Heritage*>>. 3. La questione del recepimento della convenzione nell'ordinamento statale. 4. Casi di studio. 5. Le imbarcazioni storiche con vele al terzo di Cesenatico. 6. I paesaggi sonori *(soundscape).* 7. Il Festival di Sanremo. 8. Brevi considerazioni di sintesi. 9. (segue). L'organizzazione del MIC (Ministero della Cultura) nella salvaguardia del patrimonio culturale immateriale.

## Abstract

Intangible cultural heritage has become an increasingly significant field of inquiry, governed at the international level primarily by the 2003 UNESCO <<*Convention for the Safeguarding for the Intangible Cultural Heritage*>>. The Italian legal framework, however, still appears markedly incomplete for a number of reasons, despite the comprehensive reform introduced by Law No. 152 of 2024. This article does not aim to define the legal nature of intangible heritage or its precise boundaries. Rather, through the analysis of three case studies, it seeks to highlight the inherent complexity and critical issues surrounding the subject. The cases examined concern the historic lateen-rigged boats of Cesenatico, the various dimensions of soundscapes, and the question of whether the "Sanremo Festival" may legitimately be regarded as intangible cultural heritage. The discussion concludes with critical reflections, including an assessment of the competences of the Ministry of Culture (MIC) in this domain.

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


ISSN 2036-7821

***1. Scopi della ricerca.***

Quello dei beni cultuali immateriali *(intangible cultural heritage)* è certamente un tema oggetto di recenti analisi da parte della dottrina. Nello specifico negli ultimi anni sono stati organizzati importanti convegni[1] e sono stati pubblicati una serie di studi finalizzati, soprattutto, a inquadrare tale tipologia di beni sul piano dogmatico nonchè di individuarne i possibili ambiti e problemi di applicazione[2].

Tutte le ricostruzioni vedono, comunque, come punto di partenza il fondamentale scritto di Massimo Severo Giannini del 1976[3] che pone, per cosi dire, le basi fondamentali per ogni possibile ragionamento in materia.

Soprattutto a causa della "spinta" proveniente dall'ordinamento internazionale (in *primis* dalla convenzione Unesco del 2003)[4] e da alcune interessanti esperienze regionali[5] è oramai imprescindibile l'esigenza di disciplinare la materia in modo organico a livello statale, anche se, senza dubbio, si tratta di un'operazione non agevole.

In particolare risulta molto problematica l'individuazione dei possibili "confini" di tale categoria di beni. Infatti, a differenza di quelli materiali, il rischio è quello o di darne una definizione o troppo restrittiva, quindi contraria allo "spirito" della normativa internazionale, oppure, come ha osservato Giuseppe Severini[6], eccessivamente ampia che finirebbe per condurre alla sua banalizzazione e quindi al suo scadimento[7].

Ciò premesso, con il presente studio non si intende cercare di contribuire

---

[1] In particolare si fa riferimento al Convegno di Assisi del 27 ottobre 2012. Gli atti del convegno sono raccolti nel volume a cura di A.BARTOLINI, D.BRUNELLI e G.CAFORIO, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, Napoli, 2014. Ai fini del presente studio di particolare interesse è la parte terza del volume che contiene i contributi di A.BARTOLINI, G.SEVERINI, S.FANTINI, M.DUGATO, P.UNGARI, G.MANFREDI e G.MORBIDELLI.

[2] Oltre ai contributi citati nella precedente nota si veda A.GUALDANI, *I beni culturali immateriali; una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, n. 1; A.BARTOLINI, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir.amm*, 2019, p. 223 ss; M.TIMO, *L'intangibilità dei beni culturali*, Torino, 2022; G.SORICELLI, *Beni culturali immateriali e diritto al bene culturale*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 15; oltre a quelli pubblicati sul numero 1 del 2025 della rivista Aedon: A. PIAZZAI, *Il bene culturale immateriale come bene giuridico in senso lato* e V.GASTALDO, *L'insostenibile leggerezza del patrimonio culturale immateriale.*

[3] *I beni culturali*, in *Riv.trim.dir.pubbl*., 1975. 1, p. 3 ss. Per una rilettura del pensiero del Maestro, si rinvia a L.CASINI, *<<Todos es preregrino y raro>>*, in *Riv.trim.dir.pubbl*., 2015, n.3, p. 987 ss

[4] Su cui si veda subito oltre.

[5] Diverse regioni hanno legiferato sul tema con specifico riferimento alla loro possibile valorizzazione, ad esempio l.r. Lombardia 23 ottobre 2008 n. 27 "Valorizzazione del patrimonio culturale immateriale" e l.r. Emilia Romagna, 6 marzo 2017, n. 3 <<Valorizzazione delle manifestazioni storiche dell'Emilia Romagna>>.

[6] *Immaterialità di patrimoni culturali?*, in A.BARTOLINI, D.BRUNELLI e G.CAFORIO, *I beni immateriali tra regole privatistiche e pubblicistiche*, *cit*, p. 121

[7] Si tratta del nota questione del "benculturalismo" su cui si veda S.SETTIS, *Benculturalismo parolaio: il Patrimonio "boccheggia" ma tutti esaltano soltanto le "Eccezionali Mostre"*, in *Il sole 24 ore, 28 maggio 2006.* Secondo L.CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, tale espressione costituisce uno dei tre "dilemmi" del patrimonio culturale.


ISSN 2036-7821

all'approfondimento dell'istituto sul piano dogmatico in quanto già oggetto di accurate analisi da parte della dottrina, ma, piuttosto, in attesa di una organica definizione della materia da parte del legislatore statale, di analizzarne alcuni casi studio sintomatici della complessità del tema nonché dei suoi possibili sviluppi futuri.

Nello specifico saranno oggetto di analisi tre casi: le imbarcazioni storiche con vele al terzo ubicate presso la località di Cesenatico (porto canale e museo della Marineria); i c.d. paesaggi sonori (*soundscape*) e la questione relativa alla possibilità di configurare il "Festival di Sanremo" come un bene culturale immateriale.

La trattazione dei suddetti casi di studio richiederà una previa sintetica analisi dei tratti fondamentali della convenzione Unesco del 2003 sul patrimonio culturale immateriale e del suo "problematico" recepimento nel nostro ordinamento.

## *2. La convenzione Unesco del 2003 sul patrimonio culturale immateriale: <<Convention for the Safeguarding for the Intangible Cultural Heritage>>.*

Com'è noto l'atto fondamentale che ha, per la prima volta, disciplinato in modo organico la materia relativa al patrimonio culturale immateriale e che ne costituisce, per così dire, l'asse portante, è costituito dalla <<*Convention for the Safeguarding for the Intangible Cultural Heritage*>> approvata il 17 ottobre del 2003 dalla Conferenza generale dell'Unesco, entrata in vigore il 30 aprile 2006 e recepita, solo in modo formale, nel nostro ordinamento con la l. 27 settembre 2007, n. 167[8].

L'obiettivo fondamentale della Convenzione è costituito dalla <<*salvaguardia*>> del patrimonio culturale immateriale, che comprende <<*le misure volte a garantire la vitalità del patrimonio culturale immateriale, ivi compresa l'identificazione, la documentazione, la ricerca, la preservazione, la protezione, la promozione, la valorizzazione, la trasmissione, attraverso un'educazione formale e informale, come pure il ravvivamento dei vari aspetti di tale patrimonio culturale*>>[9].

La dottrina internazionalistica[10] ha evidenziato che la suddetta convenzione ha fatto propria una definizione di bene culturale immateriale decisamente ampia e complessa che si basa su tre componenti fondamentali: a) una di tipo "oggettivo"

[8] Oltre la convenzione citata è doverosa una menzione alla convenzione del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società fatta a Faro il 27 ottobre 2005 e recepita nel nostro ordinamento con la l. 1 ottobre 2020 n. 133, in quanto alcuni dei principi della convenzione Unesco sono appunto ripresi nella convenzione di Faro. Per altro, viste le finalità del presente studio, si prenderanno in considerazione solamente le disposizioni della convenzione Unesco del 2003. Per un esame della convenzione di Faro si veda P.CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore del Cultural Heritage per la società. Un esame giuridico*, in *Riv.giur.urb.*, 2021, n. 2, p. 274 ss.

[9] Art. 2, par. 3.

[10] Sul punto, in particolare, si rinvia ai numerosi studi sul tema di Tullio Scovazzi, tra i quali: T.SCOVAZZI, B.UBERTAZZI, L.ZAGATO (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle su diverse dimensioni*, Milano, 2012, e, tra i più recenti, *La Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale*, in *Antropologia e Teatro*, 2023, n.16, p11 ss.


ISSN 2036-7821

ricavabile dall'elenco - non esaustivo - di cui all'art. 2[11]; b) una di tipo "soggettivo", costituita dalle comunità, gruppi e individui che condividono l'elemento oggettivo e che, quindi, sono portatrici del patrimonio stesso; c) una, spesso di difficile individuazione, di tipo "spaziale" riguardante l'ambito territoriale all'interno del quale il bene esplica i propri effetti.

Una volta riconosciuti i suddetti elementi la convenzione prevede una complessa procedura descritta dal capitolo I dell'<<*Operational directives for the implementation of the Convention for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage*>> che, in presenza di determinate condizioni, consente l'inserimento dei beni immateriali all'interno di una <<*lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità*>>[12] oppure di una lista di beni per i quali si rende necessaria una <<*urgente salvaguardia*>>[13].

Inoltre la convenzione stabilisce che ciascun Stato contraente dovrà, in primo luogo, adottare i provvedimenti necessari a garantire la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale presente nel suo territorio, e, in secondo luogo, compilare, conformemente alla sua situazione, uno o più <<*inventari*>> del patrimonio culturale immateriale che dovranno essere regolarmente aggiornati[14].

Com'è facilmente percepibile sono diversi gli aspetti di particolare interesse della convenzione; tra i tanti il fatto che la salvaguardia del patrimonio comune immateriale rappresenta non solo un dovere per gli Stati firmatari, ma anche un interesse generale dell'umanità. In questo senso sono evidenti le correlazioni con la convenzione Unesco del 1972 sulla protezione del patrimonio culturale e naturale materiale[15].

Sotto altro profilo va osservato che il bene culturale immateriale, a differenza di quello materiale, non viene visto in una dimensione puramente "statica" ma, viceversa, "dinamica", nel senso che lo stesso bene, grazie soprattutto alla partecipazione attiva delle comunità, gruppi e individui che lo sostengono[16], viene naturalmente ad evolversi e modificarsi nel corso del tempo attraverso dei processi

---

[11] Si tratta delle prassi, delle rappresentazioni, delle espressioni, delle conoscenze, del know-how – come pure degli strumenti, degli oggetti, dei manufatti e degli spazi culturali associati agli stessi. Inoltre il patrimonio culturale immateriale si manifesta nei seguenti ambiti: tradizioni ed espressioni orali, ivi compreso il linguaggio, in quanto veicolo del patrimonio culturale immateriale; le arti dello spettacolo; le consuetudini sociali, gli eventi rituali e festivi; le cognizioni e le prassi relative alla natura e all'universo; l'artigianato tradizionale.

[12] Art. 16, par. 1: <<*……the Commitee, upon the proposal of the States Parties concerned, shall establish, keep up to date and publish a Reprentative List of the Intangible Cultural Heritate of Humanity*>>,

[13] Art. 17.

[14] Art. 12, par. 1: <<*To ensure identification with a view to safeguarding, each State Party shall draw up …. One or more inventories of the intangible present in its territory. These inventories shall be regularly updated*>>.

[15] Per un inquadramento, di carattere generale, sul "sistema" delle convenzioni Unesco, si veda L.ZAGATO, S.PINTON, M.GIAMPIERETTI, *Lezioni di diritto internazionale ed europea del patrimonio culturale*, Venezia, 2017.

[16] Sull'importanza della comunità riguardo alla salvaguardia dei beni culturali immateriali si veda. S.BALDIN, *I beni culturali immateriali e la partecipazione ella società nella loro salvaguardia: dalle convenzioni internazionali alla normativa in Italia e Spagna*, in *DPCEon line*, 2018, n. 3, p. 594 ss.


ISSN 2036-7821

di "reintegrazione" e "reinterpretazione"[17] in modo da potersi trasmettere da generazione in generazione.
In altre parole, il bene culturale immateriale costituisce nella maggioranza dei casi una entità "dinamica", nel senso che si evolve nello spazio e nel tempo.

***3. La questione del recepimento della convenzione nell'ordinamento statale.***

L'attuazione della convenzione Unesco nel nostro ordinamento è stato un processo complesso e tortuoso, e, malgrado le recenti disposizioni emanate, non può ancora dirsi completato.
Infatti, come si è accennato, l. n. 167 del 2007 ha unicamente disposto il suo recepimento con un atto di mero rinvio di natura formale.
A breve distanza dalla citata l.n. 167 del 2007 il legislatore è intervenuto sul tema attraverso l'introduzione dell'art. 7 bis (<<Espressioni di identità culturale collettiva>>)[18] all'interno del codice dei beni culturali e del paesaggio. Secondo tale disposizione <<*le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 ed il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussistano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10*>>.
Nonostante la condivisibile interpretazione estensiva data alla norma dalla fondamentale decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 5 del 2023 relativa al c.d. vincolo di destinazione d'uso[19], è evidente che il limite di fondo di tale disposizione è il fatto che il bene facente parte del patrimonio culturale immateriale non può vivere, per così dire, di vita propria, ma deve comunque essere *"rappresentato"* da testimonianze di natura materiale assoggettabili a loro volta a tutela ai sensi dell'art. 10 del codice.
Il punto è inequivocabilmente espresso nella sopra citata decisione del Consiglio di Stato, secondo cui la *res* deve, da un lato, <<*testimoniare l'esistenza e il modo di essere dell'espressione di identità culturale collettiva, potendo assumere la indifferente valenza di oggetto, mezzo o luogo su cui, e attraverso cui vengono ricreate, condivise e trasmesse le espressioni che la comunità riconosce come componenti del proprio patrimonio culturale*>>, dall'altro deve essere <<*già di per sé tutelabile ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 42 del 2004,*

[17] In questo senso T.SCOVAZZI, *La Convenzione sul Patrimonio Culturale Immateriale, cit., p.* 18.
[18] D.Lgs. 26 marzo 2008, n. 62
[19] La decisione, che riguarda il caso del noto ristorante romano denominato "il Vero Alfredo", per il suo grande rilevo, è stata oggetto di molti interessanti commenti da parte della dottrina. In particolare si rinvia a quelli pubblicati sulla rivista Aedon, *I confini della tutela: i vincoli di destinazione d'uso*, 2023, n. 1, a cura di M.CAMMELLI; G.SCIULLO, G.SEVERINI; F.CORTESE; P.MARZARO; A.BARTOLINI; C.P. SANTACROCE; G.MORBIDELLI e N.AICARDI.


ISSN 2036-7821

*occorrendo l'integrazione dei presupposti e delle condizioni per la sua dichiarazione di interesse culturale*>>.

Il caso del vincolo posto sulle imbarcazioni storiche con vele al terzo di Cesenatico che si avrà modo di vedere ne è una palese dimostrazione[20].

Si tratta quindi, in buona sostanza, di un riconoscimento solamente parziale del bene culturale immateriale[21];ma, probabilmente, pur con tutti i suoi limiti, costituisce l'unico modo per permettere la sua possibile coesistenza con un codice che, com'è noto, è strutturalmente ancorato ad una visione materiale del bene.

Più di recente il tema è stato oggetto di disciplina da parte due disposizioni legislative.

La prima, costituita dall'art 21 della l. 27 dicembre 2023, n 206[22], recante <<Promozione della valorizzazione e della tutela del patrimonio culturale immateriale>>, al comma 1, ha previsto che il MIC (Ministero della Cultura), Il Ministero dell'agricoltura della sovranità alimentare e delle foreste e le altre amministrazioni competenti <<*promuovano la valorizzazione e la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, quale insieme dei beni intangibili espressione della identità culturale collettiva del Paese*>>.

Si tratta di una disposizione che, pur avendo senza dubbio intenzioni lodevoli, in particolare sotto il profilo del superamento del necessario collegamento con le *testimonianze materiali* di cui all'art. 7 bis del codice, è stata comunque oggetto di riflessioni critiche da parte della dottrina, soprattutto in relazione alle sue difformità rispetto alla struttura della convenzione Unesco del 2003.

In particolare è stato osservato[23] che la l. n. 206 del 2023 sembra fondarsi su una pretesa identità nazionale unitaria, quindi finisce per porsi in direzione contraria rispetto allo "spirito" della convenzione, che, come si è detto, trova il suo fondamento, secondo una impostazione di tipo *"bottom – up"*[24], sul ruolo attivo e propositivo dei gruppi, delle comunità e degli individui.

In altre parole, secondo tale disposizione, <<*solo i beni intangibili espressione dell'identità dell'intero Paese diventano, sotto questa luce, meritevoli di tutela*>>[25].

Infine il tema è stato disciplinato, in modo più organico, dalla l. 7 ottobre 2024, n.

---

[20] Si rinvia al successivo par. n. 5.

[21] Tra i primi commentatori della norma A.L.TARASCO, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale nel diritto internazionale e comparato*, in *Foro amm.-Consiglio di Stato*, 2008, n. 7/8, p. 2261 ss., ha osservato come il legislatore con l'art. 7 bis abbia in realtà fatto "finta" di recepire la convenzione Unesco del 2003.

[22] C.d. legge sul "*made in Italy*",

[23] Da M.COGORNO, *La legge sul made in Italy e la legge 152/2024 per una tutela all'Italiana del patrimonio culturale intangibile: riflessioni a partire dalla Convenzione Unesco del 2003*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2004, n. 3, p. 369.

[24] Sul carattere "bottom – up" dell convenzione Unesco si veda J.BLAKE, *Safeguarding Intangible Cultural Heritage*, in F.Francioni, A.F. Vrdoljak, *The Oxford Handbook of International Cultural Heritage Law,* Oxford, 2020, p. 352.

[25] In questo senso M.COGORNO, *Op.ult.cit.*, p. 363.


ISSN 2036-7821

152[26].

Della legge balza all'occhio, in primo luogo, la scelta del legislatore di enucleare dalla categoria generale dei beni culturali immateriali una particolare tipologia, quella relativa alle <<*manifestazioni di rievocazione storica*>>, per le quali viene prevista una disciplina estremamente dettagliata e articolata[27].

Com'è stato messo in evidenza[28], lo "stralcio" delle manifestazioni di rievocazione storica dalla disciplina generale trova il proprio fondamento, da un lato, nel fatto che le numerose leggi regionali sul tema costituiscono un modello di riferimento per il legislatore statale, dall'altro nella necessità di rispondere ai contesti locali privi una disciplina regionale.

Per ciò che riguarda il patrimonio culturale immateriale nei suoi aspetti generali viene data una definizione di ampio respiro che, nella sostanza, riprende quando previsto nella convenzione Unesco[29]:<<*lo Stato riconosce il patrimonio culturale immateriale come componente del valore identitario e storico degli individui, le comunità locali e la comunità nazionale, assegnando rilievo alle prassi, alle rappresentazioni, alle espressioni, alle conoscenze nonché agli strumenti, agli oggetti, ai manufatti e agli spazi culturali associati agli stessi che la comunità, i gruppi e gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale*>>.

Com'è del tutto evidente la definizione in questione, soprattutto in ragione della sua completezza, costituisce un indubitabile passo in avanti rispetto a quella contenuta nella legge sul "*made in Italy*" vista in precedenza.

Viceversa, con riferimento alla disciplina concernente le specifiche disposizioni riguardanti il regime sulla salvaguardia e la valorizzazione dei beni, la l.n. 152 del 2024 rinvia all'adozione di appositi decreti legislativi da parte del Governo che dovranno essere adottati sulla base dei principi e criteri direttivi di cui all'art. 11, comma 2.

Fermo restando che, ovviamente, non essendo ancora stati emanati i decreti legislativi, non è possibile dare un giudizio complessivo sulla riforma in questione, va comunque rimarcato il fatto che, ad una prima pur sommaria lettura, i criteri di cui all'art. 11, comma 2, della legge sembrano, almeno sulla carta, correttamente soddisfare quanto previsto dalla convenzione Unesco[30].

Probabilmente e auspicabilmente siamo quindi "all'alba" di una organica disciplina dei beni culturali immateriali nel nostro ordinamento in grado di recepire in modo

---

[26] Recante <<disposizioni in materia di manifestazioni di rievocazione storica e delega al Governo per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale>>.

[27] Infatti ben 6 articoli della legge (dall'1 al 6) vi sono dedicati.

[28] Da A.GUALDANI, *La legge in materia di manifestazioni di rievocazione storica e delega al Governo per l'adozione di norme per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale: una prima riflessione*, in *Aedon*, n. 2024 n. 3.

[29] Art. 10 comma 1.

[30] In questo senso A. GUALDANI, *Op.ult.cit*.


ISSN 2036-7821

completo la convenzione del 2003.

***4. Casi di studio.***

Esaurita questa breve analisi di inquadramento generale si cercherà ora di trattare tre specifici casi di studio: le imbarcazioni storiche con vele al terzo di Cesenatico; i paesaggi sonori (*soundscape*) e la problematica relativa alla natura giuridica del marchio relativo al "Festival di Sanremo".

Si tratta di casi molto diversi fra loro in quanto ciascuno di essi evidenzia un aspetto particolare del tema; il primo può essere considerato esemplificativo di un processo logico – giuridico che, partendo dalla imposizione di un vincolo culturale imposto anche ai sensi art. 7 bis del codice, può portare all'inclusione del bene all'interno della lista del patrimonio culturale immateriale di cui alla convenzione Unesco del 2003; il secondo riguarda un ambito "nuovo" ancora non del tutto esplorato del patrimonio culturale immateriale; infine il terzo attiene alla corretta identificazione di un bene culturale immateriale e ha ad oggetto una recente vicenda sulla quella si è espressa la giurisprudenza amministrativa.

**5. *Le imbarcazioni storiche con vele al terzo di Cesenatico.***

Le imbarcazioni storiche costituiscono una parte importante - ma spesso trascurata - del nostro patrimonio culturale[31].

Alcune imbarcazioni, in quanto beni culturali materiali di interesse storico – artistico, sono state assoggettate a vincolo di tutela adottato ai sensi dell'art. 10 commi 1 e 3 del codice; è il caso, ad esempio, della lancia *"Assunta"* realizzata nel 1925 e ormeggiata nel porto di Cervia o del lancione "*Saviolino*" realizzato nel 1928 e ormeggiato nel porto di Riccione. Tale vincolo si fonda, essenzialmente, sull'importanza dell'imbarcazione soprattutto dal punto di vista storico-artistico. Esistono, tuttavia, delle situazioni nelle quali il vincolo è di tipo storico-relazionale (art. 10, comma 4, lett. i), in quanto legato a particolari avvenimenti della storia della marineria[32].

Ciò premesso, come si è detto, la previsione di cui all'art. 7 bis rende comunque possibile l'adozione di un provvedimento di tutela che vada oltre la sfera strettamente materiale del bene (in questo caso di una imbarcazione o di alcune sue parti) e che si spinga fino a considerare i valori culturali immateriali che l'attività di navigazione, intesa nel suo complesso, è in grado di esprimere.

Questa ipotesi è avvenuta nel caso del vincolo imposto con decreto della Commissione regionale patrimonio culturale dell'Emilia Romagna n. 45 del 4 aprile

[31] Sulle barche storiche intese come beni culturali, per maggiori approfondimenti, sia consentito il rinvio a G.GARZIA, *La tutela delle barche storiche come beni culturali*, in *Aedon*, 2023, n.3.

[32] E' il caso della nave "Scimitar" ormeggiata nel porto di Fano e vincolata con un vincolo di tipo storico – relazionale in quanto si tratta di un'imbarcazione di notevole interesse per la storia della marineria, presentando altresì un evidente legame con l'identità e la memoria della comunità locale.


ISSN 2036-7821

2023 con il quale si è dichiarato, ai sensi degli artt. 7 bis, 10, comma 1 e 3 e 13, comma 1, del codice, <<*l'interesse etnoantropologico e storico–testimoniale particolarmente importante di sette beni mobili costituenti la pratica della navigazione con vela al terzo*>>[33].
Entrando più nello specifico del tema il vincolo riguarda cinque imbarcazioni ormeggiate nel porto canale di Cesenatico o ubicate all'interno del museo della Marineria della medesima località, nonché alcune parti delle imbarcazioni, quali una cuffia di prua e una coppia di occhi di prua[34].
L'obiettivo fondamentale del decreto n. 45 del 2023 non è quello di tutelare i sette beni mobili come oggetti materiali di interesse storico - artistico, quanto, piuttosto, la tradizione della pratica della navigazione con vele al terzo in quanto essa, oltre a essere un fondamentale elemento del patrimonio storico della città di Cesenatico, viene a promuovere la coesione sociale tra le persone accomunate dalla volontà di recuperare il rapporto con la loro eredità culturale.
In tal senso il vincolo ricomprende attività quali, ad esempio: il taglio, la cucitura e la decorazione della vela, l'ampio patrimonio folcloristico del mare come i canti da lavoro e da riposo, gli usi linguistici e i modi di dire; il "saper fare" della navigazione come l'abilità di seguire una rotta o la capacità di fare previsioni meteorologiche.
Si tratta, quindi, di un interessante caso di vincolo posto su un bene culturale di natura immateriale adottato, *in primis,* sulla base dell'art. 7 bis del codice. Esso costituisce un'applicazione senz'altro inusuale delle regole del codice stesso ma comunque pienamente corretta sul piano giuridico in quanto il valore immateriale del bene è collegato ai sette beni mobili che ne costituiscono il substrato materiale e che, a loro volta, sono oggetto di tutela vincolistica ai sensi dell'art. 10.
Il suddetto vincolo, nell'intenzione delle comunità locali che hanno sostenuto in questi anni l'obiettivo di giungere ad un regime di tutela e valorizzazione del bene immateriale, viene inoltre visto come una sorta di "trampolino di lancio" che potrebbe condurre, sussistendone i presupposti, alla sua inclusione all'interno della <<*lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità*>> prevista dalla convenzione Unesco.
A tal fine, sulla base della procedura prevista dalle <<*Operational directives*>>, nel marzo del 2025 è infatti iniziato il processo di candidatura che potrebbe consentire di raggiungere l'importante risultato.

---

[33] La vela al terzo, a forma di trapezio, è detta così perché il pennone è fissato all'albero a un terzo della sua lunghezza. Essa nasce nel 1600 circa dall'incontro nella laguna di Venezia tra la vela latina mediterranea e la vela quadra padana di origine antica ed è una forma tradizionale di navigazione usata dalle barche da pesca e piccolo trasporto su entrambe le sponde dell'Adriatico settentrionale sino alla metà del 1900. Tale tipo di imbarcazione ha cessato il proprio utilizzo con l'introduzione della propulsione a motore, anche se negli ultimi decenni il suo uso è stato recuperato da diverse associazioni locali.

[34] Sul museo della Marineria di Cesenatico, unico nel suo genere, si rinvia a D. GNOLA, *Guida al museo della Marineria di Cesenatico,* Bologna, 2015.


ISSN 2036-7821

***6. I paesaggi sonori (soundscape).***

Una tipologia di beni culturali immateriali che, soprattutto negli ultimi anni, ha acquisito una certa rilevanza è quella costituita dai paesaggi sonori (*soundscape*)[35].

Con tale espressione non si intende fare riferimento solamente alla musica (e quindi ai beni musicali in senso lato), anche se, ovviamente, i suoni musicali costituiscono un aspetto assai rilevante dei paesaggi sonori, ma, in termini più generali, come prevede la norma UNI ISO 12913-1:15, *<<all'ambiente sonoro così come percepito da una o più persone in uno specifico contesto>>.*

Il *soundscape* non va quindi visto, per così dire, in negativo, cioè come una parte di territorio in cui il rumore antropico viene limitato per tutelare aree sensibili (ad esempio scuole o ospedali)[36], ma viene ad assumere una valenza di carattere positivo in quanto bene culturale di natura immateriale.

Sotto questo profilo è stato opportunamente evidenziato[37] che un *soundscape* può essere considerato un bene culturale immateriale quando sussistono tre condizioni di fondo: a) il suono rappresenta, per così dire, un "unicum"; b) assume un ruolo simbolico – identitario per una determinata collettività; c) può essere in qualche modo descritto o catalogato anche attraverso strumenti digitali. In questo senso esso risponde pienamente alla tripartizione di elementi (oggettivo, soggettivo e spaziale) previsto dalla convenzione Unesco.

Come si è accennato i beni musicali sono parte fondamentale del *soundscape* in quanto è indubbio che essi presentano un duplice valore, materiale e immateriale[38]; non a caso diversi beni italiani iscritti nella lista Unesco rientrano proprio all'interno di tale figura.

Si pensi al <<canto a tenore sardo>> (2008), all'<<arte musicale dei suonatori di corno da caccia>> (elemento transnazionale, 2020) e, più recentemente, nel 2023, alla <<pratica del canto lirico in Italia>>. Interessante è inoltre il caso dell'<<arte campanara tradizionale>> *(Manual bell ringing)* elemento transnazionale iscritto nella

---

[35] Per uno studio di carattere generale sul tema si rinvia a R.M. SHAFER, *Il paesaggio sonoro. Il nostro ambiente acustico e l'accordatura del mondo*, Milano 2022. Per una completa trattazione del tema sul piano giuridico si veda M.MEZZANOTTE, *Brevi cenni sul paesaggio sonoro come patrimonio culturale immateriale*, in *Consultaonline*, 2023, p. 1352 ss.

*2, p. 263 ss*

[36] La tutela dall'inquinamento acustico, a livello di ordinamento comunitario, è disciplinato dalla direttiva 2002/49/CE riguardante la gestione del rumore ambientale.

[37] Da M.MEZZANOTTE, *Op.cit*, p. 1357.

[38] Sul tema si veda P.CARPENTIERI, *La musica tra attività culturali, patrimonio culturale materiale e patrimonio culturale immateriale*, in *Aedon*, 2024, n. 3; secondo l'autore i beni musicali si pongono come *<<punto di intersezione e di intreccio delle diverse declinazioni possibili della nozione polisemica di "patrimonio culturale" in quanto si colloca al crocevia tra le nozioni di "patrimonio culturale materiale", "patrimonio culturale immateriale" e di "attività culturali">>*. Nello stesso senso A.POMPILIO – A.IANNUCCI, *Il patrimonio musicale: entità materiale e immateriale*, in *Il saggiatore musicale*, 2017, *n.* 2, p. 263 ss


ISSN 2036-7821

lista Unesco nel 2024. Nello specifico quest'ultimo riprende l'analogo bene culturale immateriale relativo alla Spagna inserito nella lista Unesco nel 2022 ed è costituito da un insieme di antiche pratiche di percussione delle campane che vengono utilizzate, singolarmente o in gruppo, come fossero strumenti musicali. Esso costituisce, quindi, di un vero e proprio "paesaggio sonoro" in cui l'attività tecnico – artistica dell'uomo si congiunge strettamente con l'architettura e la conformazione naturale dei territori.
Peraltro, a ben guardare, possiamo rilevare come un *soundscape,* in linea teorica, può riguardare anche un suono di carattere naturale, come, ad esempio, quello tipico di un particolare torrente, di una cascata o di una foresta vetusta[39], oppure un suono antropico ma non necessariamente legato alla musica; si pensi, ad esempio, a quello proveniente da caratteristici quartieri o zone di una città. In tal senso recenti studi hanno riguardato i suoni provenienti da alcuni quartieri della città di Istambul, oppure, in Italia, dal mercato "Albinelli" di Modena[40].
Il *soundscape,* nell'ambito dei beni culturali intangibili, può quindi essere considerato non solo una importante realtà, ma anche uno dei possibili nuovi "orizzonti"; non a caso sul tema sono state anche adottate specifiche iniziative legislative, come, ad esempio, quella del Galles del 2024: <<*Environmental Air Quality and Soundscape Wales Act*>>[41].

### *7. Il Festival di Sanremo.*

Recentemente, nell'ambito di una controversia concernente le modalità di uso del marchio del "Festival di Sanremo", tra le diverse problematiche poste all'attenzione del giudice amministrativo vi è stata anche quella riguardante il fatto se il "Festival" possa essere considerato un bene culturale immateriale (nello specifico una *"espressione di identità collettiva"* di cui all'art. 7 bis del codice), con la conseguente necessità di affidarne l'uso attraverso una procedura ad evidenza pubblica secondo quanto prevede l'art. 115 dello stesso codice.
Il Consiglio di Stato[42], confermando la decisione di primo grado del TAR Liguria[43], ha

[39] Sulle foreste vetuste sia consentito il rinvio a G.GARZIA, *La dimensione "multifunzionale" dei beni ambientali. I boschi vetusti (old growth forests)*, in *Queste istituzioni,* 2022, n. 1. In questo senso non è assurdo pensare che anche il "silenzio" di un luogo naturale incontaminato possa costituire, in qualche modo, un suono da tutelare, come è stato del resto descritto da grandi cantautori del passato: SIMON e GARFUNKEL, *The sound of silence*, 1964.

[40] Sulla città di Istambul: P.YELMI, *Protecting contemporary cultural soundscape a s intangible cultural heritage: sounds of Istambul*, in *International Journal of heritage studies*, 2016, n. 4, p. 302 ss.; sul mercato "Albinelli" di Modena, S.BELOTTI: *Per una nuova narrazione dei luoghi: proposta di analisi del soundscape de mercato Albinelli di Modena*, in *Semestrale di Studi e ricerche di Geografia*, 2021, n. 2, p. 21 ss.

[41] Per quello che riguarda il diritto interno nel corso della XIX legislatura è stato presentato il d.d.l. << *Disposizioni per la tutela e la valorizzazione dei paesaggi sonori*>> che, peraltro, non è stato oggetto di approvazione da parte delle Camere.

[42] Sez. V, 27 giugno 2025, n. 5602

[43] Sez, I, 5 dicembre 2024 , n. 843. La sentenza è commentata da A.MUSATTI, *L'affidamento di un marchio pubblico: il caso Sanremo, in Giorn.dir.amm*. 2025, n. 4, p. 501 ss.


ISSN 2036-7821

esplicitamente negato tale possibilità osservando che il Festival di Sanremo costituisce <<*un singolo evento organizzato, coincidente con una manifestazione canora, che non esprime né un'arte dello spettacolo in sé, né una consuetudine sociale come tale, nè tanto meno un evento rituale e festivo; allo stesso modo non si tratta di un'attività identitaria e distintiva di una comunità e quindi tale da assurgere a espressione di identità culturale collettiva*>>.

Inoltre, sotto altro profilo, il Consiglio di Stato ha evidenziato che il Festival di Sanremo non può essere considerato un bene culturale immateriale in quanto non inserito nella <<*lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità*>>, prevista dalla Convenzione Unesco[44].

Ciò premesso, la situazione in esame presenta un certo interesse non solo per l'indubbio valore che riveste il Festival di Sanremo nel panorama musicale nazionale, ma anche perché, se si esclude la decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2023 relativa al c.d. vincolo di destinazione d'uso, costituisce uno dei rari casi in cui la giurisprudenza si è espressa sul tema.

Sotto questo aspetto la controversia in questione dimostra la difficoltà che si può porre nell'individuare, in concreto, cosa possa o meno rientrare all'interno della definizione di bene culturale immateriale comunemente accolta.

Esaminando nel merito della questione la decisione del Consiglio di Stato appare, comunque, pienamente condivisibile[45]. Infatti, a prescindere se il Festival di Sanremo possa o meno essere considerato una <<*attività identitaria e distintiva di una comunità e quindi tale da assurgere a espressione di identità culturale collettiva*>>, aspetto sul quale, naturalmente, si può discutere; il relativo marchio, in ogni caso, non può essere ritenuto un bene culturale immateriale in quanto, come ha osservato il Consiglio di Stato, non rientra nella <<*lista rappresentativa del patrimonio culturale immateriale dell'umanità*>> che costituisce un atto al quale deve essere riconosciuto un indubbio carattere costitutivo.

Ne consegue che lo *status* di bene culturale immateriale può riguardare solo i beni culturali effettivamente iscritti nella lista prevista dalla convenzione Unesco e non quelli per i quali, pur sussistendo, astrattamente, i requisiti di iscrizione, non è non è stata completata la relativa la procedura.

Inoltre, sotto un ulteriore e ultimo profilo, il marchio del Festival di Sanremo non risulta essere assoggettato a vincolo culturale ex art. 7 bis del codice e quindi non può essere neppure considerato un bene culturale alla luce delle vigenti disposizioni del codice.

---

[44] Si tratta, in buona sostanza, delle medesime conclusioni espresse nel giudizio di primo grado dal TAR Liguria.

[45] Nello stesso senso A.MUSATTI, *Op.cit.*, p. 510; peraltro, secondo l'Autrice la possibilità che tale marchio "inglobi" il bene culturale immateriale dovrebbe comunque essere oggetto di adeguata esplorazione.


ISSN 2036-7821

In altre parole, nel caso in questione sembrano proprio mancare i presupposti di natura oggettiva per poter considerare il marchio distintivo del Festival di Sanremo come un bene culturale immateriale.

***8. Brevi considerazioni di sintesi.***

Al termine di questa breve analisi possiamo trarre alcune considerazioni di sintesi.

Premesso che i prossimi decreti legislativi da adottarsi sulla base della legge delega n. 152 del 2024 potranno recepire la convenzione Unesco del 2003, colmando, in tal modo, un vuoto oramai divenuto ingiustificabile, rimane il fatto che, a parere di scrivere, il tema non mancherà di presentare un certo grado di problematicità.

Infatti, in primo luogo, è lo stesso concetto di bene culturale immateriale e, soprattutto, la definizione in concreto dei suoi confini tendenti a mutare nel tempo e nello spazio ad essere per certi aspetti sfuggente e, quindi, di non agevole individuazione. Si pensi, ad esempio, tralasciando il pur fondamentale elemento oggettivo, alla concreta individuazione di quelle che possono essere definite come le <<comunità di riferimento>> portatrici del bene, oppure, sotto un diverso profilo, ai limiti spaziali che devono essere riconosciuti, ad esempio, ad un determinato "*soundscape*" di origine naturale o antropica.

Il rischio, come si è accennato, è quello che ne sia accolta o una interpretazione troppo riduttiva, che finirebbe per annullarne la portata, oppure eccessivamente ampia, il che porterebbe a svuotarla di contenuto[46]. In questo senso, a prescindere da quanto deciso dal Consiglio di Stato, il caso riguardante il "Festival di Sanremo" costituisce comunque un esempio paradigmatico di tale difficoltà.

Un ulteriore aspetto di fondamentale importanza che dovrà essere definito dai decreti legislativi di attuazione della l.n. 152 del 2024 è costituito dalla individuazione delle forme e modi di tutela e salvaguardia del bene culturale immateriale (oltre ovviamente a quelle di valorizzazione), che, com'è ovvio, qualora siano possibili, non potranno essere quelle previste dal codice, essendo quest'ultimo impostato su una concezione puramente materiale del bene[47].

Sul punto, a dire il vero, alcune interessanti prospettive potrebbero nascere dai decreti legislativi emanati in attuazione dei criteri direttivi di cui all'art. 11, comma 2, della l.n. 152 del 2024. Si prenda, ad esempio quello riguardante la necessità di <<*preservare e trasmettere le memorie di comunità, gruppi e individui*>> (lett. c), oppure, sotto altro profilo, quello inerente l'obbligo di <<*proteggere e promuovere la diversità delle espressioni culturali e linguistiche presenti nel territorio nazionale*>> (lett. d).

---

[46] Sul punto si rinvia alle osservazioni di cui al precedente par. n. 1.

[47] Sul punto si veda G.SEVERINI, *Immaterialità di patrimoni culturali?*, in A.BARTOLINI, D.BRUNELLI e G.CAFORIO, *cit.* p. 123 che osserva come per i beni culturali immateriali, per la natura stessa dei beni, non si può parlare di tutela ma solamente di valorizzazione.


ISSN 2036-7821

Inoltre, un ulteriore problematica che potrebbe evidenziarsi è costituita dal possibile contrasto tra la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e quello di altri interessi di rilevanza costituzionale. Alcuni di essi sono contemplati nella stessa convenzione[48], mentre altri, viceversa, non lo sono. Si pensi, ad esempio, alla tutela degli animali, ora oggetto di esplicita previsione con l'art. 9, comma 2, della Costituzione, e il cui utilizzo è frequente soprattutto nelle manifestazioni di rievocazione storica.[49]
Sono quindi numerosi i problemi che, probabilmente, si porranno anche una volta emanati i decreti legislativi previsti dell'art. 11, comma 2, della l. 152 del 2024.

***9. (segue). L'organizzazione del MIC (Ministero della Cultura) nella salvaguardia del patrimonio culturale immateriale***.
Infine, una questione di una certa rilevanza riguarda la effettiva capacità organizzativa del MIC di intraprendere una efficace azione di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale immateriale.
E' infatti del tutto inutile poter avere a disposizione un quadro normativo organico e completo senza poi poter contare su un apparato amministrativo in grado di esercitare le funzioni in modo adeguato.
Non a caso, del tutto opportunamente, tra i criteri previsti dal suddetto art. 11, comma 2, vi è anche quello concernente la <<*riorganizzazione delle competenze*>> (lett. i), che dovranno, rispetto in particolare al tema della valorizzazione dei beni, necessariamente coordinare in modo adeguato le funzioni di livello statale con quelle regionali, soprattutto in considerazione del fatto che, come si è detto, diverse regioni hanno già legiferato sul tema.
Peraltro, a dire il vero, riguardo al sistema delle attribuzioni delle competenze, già oggi il quadro normativo, seppure ancora incompleto, appare, almeno sulla carta, abbastanza soddisfacente.
In primo luogo, infatti, il d.p.c.m. 15 marzo 2024 n. 57 di riforma del MIC[50], all'art. 5, nell'istituire il DIT, <<Dipartimento per la tutela del patrimonio culturale>>, prevede che esso abbia competenza sia sul patrimonio materiale che su quello immateriale. Nel disegno del legislatore, quindi, le due tipologie di beni sembrano essere poste

[48] In particolare l'art. 2, par. 1, prevede che ai fini della convenzione <<*si terrà conto del patrimonio culturale immateriale unicamente nella misura in cui è compatibile con gli strumenti esistenti in materia di diritti umani e con le esigenze di rispetto reciproco fra comunità, gruppi e individui nonché di sviluppo sostenibile*>>.
[49] Sul tema si rinvia alle osservazioni di L.BELVISO, *La tauromachia in Spagna: quando la monolitica e granitica interpretazione di "cultura" limita la protezione degli animali*, *Riv.giur.amb*., 2029, n. 2, p. 432 ss. Per un'analisi dell'art. 9, comma 2°, Cost. sulla tutela degli animali si veda D.CERINI – E .LAMARQUE, *La tutela degli animali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it,* 2023, n. 24.
[50] Si tratta dell'ultima riforma, in ordine di tempo, dell'organizzazione del MIC, sulla quale la dottrina non ha mancato di evidenziare diverse perplessità; sul punto si veda L.CASINI **Le metamorfosi del ministero della Cultura e le incongruenze dell'organizzazione amministrativa, in Aedon, 2024, n. 1**


ISSN 2036-7821

sullo stesso piano; d'altra parte, è stato correttamente osservato[51], <<*da un punto di vista metodologico l'attenzione al valore immateriale del bene impone delle riflessioni comuni unitarie, che vadano al di là degli steccati tra tangibilità e intangibilità*>>.

Sempre nello stesso decreto, l'art. 24, tra i diversi uffici dotati di "autonomia speciale", comprende anche <<l'Istituto centrale per il patrimonio immateriale>> (ICPI). Come ha precisato il successivo d.m. 5 settembre 2024 n. 270,[52] l'ICPI <<*opera per la salvaguardia e valorizzazione in Italia e all'estero dei beni culturali demoetnoantropologici, materiali e immateriali e delle espressioni delle diversità culturali presenti sul territorio*>>. Si tratta, quindi, di un organismo di natura "tecnica" con una funzione di supporto rispetto alle decisioni del MIC e delle Soprintendenze[53].

Infine, una ulteriore novità che va inquadrata in questo contesto è costituita dalla circolare 14 aprile 2025, n. 21 <<*Linee guida per l'azioni amministrativa e tecnico-scientifica sul patrimonio culturale demoetnoantropologico e immateriale*>>. La circolare costituisce un documento di natura "orientativa" molto complesso e articolato redatto proprio dall'Istituto centrale per il patrimonio immateriale e il cui scopo è quello di conferire omogeneità ed incisività alle azioni del MIC riguardo alla possibile individuazione di beni, come sono quelli relativi al patrimonio demoetnoantropologico e immateriale, sui quali oggi vi è, ancora oggi, indubbiamente, una visione a dir poco "frammentata".

A questo proposito è interessante osservare come in calce alla circolare siano stati elencati una serie di *case study*, tra cui: le botteghe storiche di Genova, l'ex cinema America di Roma[54], Il ristorante Tre Marie dell'Aquila; il Palio e le testimoniante materiali di Siena.

In conclusione, il MIC, in linea astratta, pare avere gli "strumenti" idonei a consentire, utilizzando l'art. 7 bis del codice, l'imposizione di vincoli di tutela anche sui beni immateriali. Probabilmente, oltre al quadro normativo ancora in via di definizione, ciò che manca è una sostanziale carenza di personale con le competenze tecniche necessarie; anche se, il caso relativo al vincolo di destinazione d'uso posto sul ristorante il "Vero Alfredo"[55] e quello relativo alle imbarcazioni con vele al terzo di Cesenatico esaminato in precedenza, dimostra che percorrere tale strada, se pure non agevole, è comunque percorribile.

---

[51] Da A.BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in A.BARTOLINI, D.BRUNELLI e G.CAFORIO, *cit*. p. 111.

[52] Art. 31, comma 2.

[53] L'Istituto, previsto in origine con d.P.R. n. 233 del 2007, oltre alla suddetta funzione di supporto "tecnico" svolge anche altre ulteriori attività, tra cui, in particolare, quella concernente la ricerca e la divulgazione delle conoscenze in tema di beni culturali immateriali.

[54] Caso sul quale si è creato una complessa vicenda giudiziaria; sul punto si rinvia a G.MARI, *L'ex cinema America: la tutela dell'architettura contemporanea tra Codice dei beni culturali e del paesaggio e legge sul diritto d'autore*, in *Riv.giur.ed*, 2020, n. 4, p. 985 ss.

[55] Su cui, come si è detto, si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 5 del 2003.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Emergency, reconstruction and territorial vulnerability: challenges and perspectives for public administrations

di **Simona Terracciano**

(Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

## Sommario

1. Managing natural disasters as a test for public institutions. – 2. Assessing territorial vulnerability: the Italian context. – 3. Contrasting paradigms in the legal regulation of emergencies. – 4. Implications for post disaster reconstruction. – 5. The law on post catastrophe reconstruction (Law no. 40/2025): a framework for unity. – 6. Closing reflections.

## Abstract

The growing frequency and intensity of extreme natural events—predominantly attributable to climate change—compel national legal systems, particularly those most exposed, such as the Italian Republic, to reconsider traditional risk management frameworks. This paper examines the various models governing the management of the emergency phase within the Italian legal system and their implications for the subsequent post-disaster reconstruction process. It provides a systematic legal analysis of the function of reconstruction, underscoring its structural asymmetry vis-à-vis the emergency phase, and critically engages with the recently enacted Framework Law on post-disaster reconstruction. The article argues that reconstruction ought to be conceived not merely as a restorative mechanism, but as an instrument of adaptive transformation. Within the Italian legal order, this requires the establishment of a coherent, coordinated, transparent, and unified model, consistent with the principles of legality and effectiveness.

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


ISSN 2036-7821

***1. Managing natural disasters as a test for public institutions.***

The increasing frequency and intensity of extreme weather events, combined with ongoing land instabilities driven by climate change, pose very complex challenges for crisis management on a global scale. These challenges span both the immediate emergency phase occurring after a natural disaster and the longer-term recovery process.

The effectiveness of disaster response is mainly contingent upon the governance model implemented and on the capacity of public authorities to respond in a timely, rational, organized, and appropriate manner during the emergency phase, as well as in the subsequent process of restoring the social, economic, and territorial dimensions impaired by the catastrophe.

According to a recent analysis of a range of countries[1], even when referring to different kinds of crisis (pandemic, natural disasters, terrorist attacks and economic crisis), a common element seems to emerge: the streamlining of public administration in emergency situations constitutes an essential component of an effective response to crises and extraordinary circumstances. Such streamlining is achieved through the adoption of a range of measures designed to enhance the responsiveness and operational efficiency of public authorities and administrative bodies. A fundamental element of this process lies in the development and refinement of the legal framework governing the functions and powers of state institutions in the context of emergency management.

The skills for programming, planning, and concrete execution of interventions aimed at managing potential crises ought to be developed and refined under ordinary circumstances and progressively updated in the light of new scientific knowledge, through a preventive approach. The adoption of such a method should lead to the exclusion of the possibility of creating new rules, new entities, and special procedures for each emergency event, where not strictly necessary, relying instead on the capacities developed by administrations under normal conditions and on the experience thereby acquired, also with a view to strengthening the accountability of administrative bodies when managing complex situations.

These issues represent global and transversal challenges but, at the same time, they also present themselves as local challenges, insofar as the ability of an administrative apparatus to manage a disastrous event profoundly affects a specific territory, its

* The present paper is a revised version of the oral presentation exposed at the 33rd Annual International Conference of the Global Ecological Integrity Group about "Law, Governance, and Ecological Integrity in the Era of Emergency", held by Università Europea di Roma, on June 24-27, 2025;

[1] Z. MAMYRBAEVA, K. KETNERS, A. ZHEENALIEVA, N. SHERIPOV, O. HUDYMA, *Public administration effectiveness in crises and emergencies: experiences and lessons from different countries*, in *CERIDAP*, April 7, 2025.


ISSN 2036-7821

population, and, more broadly, the collective identity of the affected community[2].

***2. Assessing territorial vulnerability: the Italian context.***

In this general context, Italy stands as a particularly emblematic case, characterized by high seismic and volcanic activity, as well as a pronounced hydrogeological risk, emerging as a privileged context for an in-depth analysis of prevention and emergency management policies[3].

Indeed, the number of nationally significant emergencies declared in Italy has approached 200 over a period of just over ten years. Specifically, between May 2013 and February 2024, the Government declared 193 states of emergency, 39 of which were issued in the past two years alone. Of these, 79% (a total of 152) were declared in response to exceptional meteorological events, floods, and landslides[4].

According to an analysis in 2019[5], 44% of the national territory is exposed to seismic risk; there are 10 active monitored volcanoes; hydrogeological and hydraulic risk affects 91% of Italian municipalities, placing 7.5 million citizens at risk—6 million

[2] About the complex dialogue between territory, authority and rights, see L. GIANI, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 3, pp. 551 ss., where the Author, in identifying the Municipality as the primary actor both in defining the common context of the territory and in the process of discerning the evolving needs generated by complexity, contends that appropriateness ought to be conceived not only as the ultimate objective of a (flexible) organizational framework and its actions, but also as the very driver of an institutional learning cycle grounded in experience. Such a cycle, originating from pre-existing rules, unfolds along a trajectory that produces determinate outcomes, from which inferences are subsequently derived and interpreted, potentially leading—though only where strictly necessary—to the revision of the rules themselves. Within this theoretical framework, a further key element emerges for analysis and implementation, namely the "common context", which redirects attention to the identification and mobilization of the available means. In this perspective, and in light of the current distribution of competences, the Municipality should not relinquish, but rather reclaim and enhance, its role as facilitator and as generator of the matrices and foundations required for the construction—primarily—of conscious decision-making processes. This applies both in the public and private spheres, within democratic processes, while constantly safeguarding the centrality of the holders of the right to the city. In doing so, the Municipality sustains that circular trajectory whereby the territory, as the locus of needs, capacities, and resources, re-emerges as the site in which actions ultimately materialize, guaranteeing the rights of those who inhabit and act upon it.

[3] For a recent analysis of the main features of climate during 2022 and for an update about the estimate of climate variations over the last decades in Italy, see the "Climate in Italy in 2022" Report-SNPA (National System of Environmental Protection) no. 36/2023, available at *https://www.snpambiente.it/temi/meteo/il-clima-in-italia-nel-2022/*.

[4] The full list, along with details on the financial resources allocated for emergency response activities, the most urgent interventions, and the competent subjects, is available on the official website of the Civil Protection Department (https://www.protezionecivile.gov.it/it/dipartimento/amministrazione-trasparente/interventi-straordinari-e-di-emergenza/). In total, the authorized expenditure under the Emergency Fund has exceeded €13.5 billion.

[5] S. CASTENETTO, M. SEBASTIANO (eds.), *Le emergenze nelle prime pagine - Vol. III (2009-2017)*, Dipartimento della Protezione Civile, 2019, p. 6, available on the official website of the Civil Protection Department at https://www.protezionecivile.gov.it/it/pubblicazione/fate-presto-le-emergenze-nelle-prime-pagine-volume-iii-2009-2017-0/.


ISSN 2036-7821

due to landslides and 1.5 million due to floods; to this, it must be added the risk of forest fires.

Beyond the intrinsic instability of the territory, further contributing factors to the occurrence of catastrophic events are increasingly attributed to land-use planning failures, in particular the progressive sealing of soil surfaces, the construction of buildings in areas subject to risk, and the narrowing of river cross-sections in the vicinity of urban settlements[6].

Over the decades, natural disasters have profoundly affected both the population and the territories of Italy, shaping not only material conditions but also the institutional and legal discourse surrounding disaster management, promoting a system based on prevention and highlighting the importance of a territorial/land use planning based on prevention. Among the most significant events, the Irpinia earthquake of 23 November 1980 constitutes a paradigmatic case. Striking the regions of Campania and Basilicata, the earthquake resulted in hundreds of fatalities and thousands of injured and displaced persons, while simultaneously revealing systemic deficiencies in the institutional response framework. The collective memory of the event was strongly influenced by the contemporary press, most notably through the iconic front page of "*Il Mattino*" newspaper bearing the headline "FATE PRESTO" ("Act Quickly"). This appeal, formulated in urgent and unequivocal terms, reflected both the dramatic scale of the humanitarian crisis and the insufficiency of the administrative apparatus in ensuring timely relief. Equally significant was the assertion published in the same article: "The earthquake begins now, when the earthquake is over", which underscored the enduring vulnerability of affected communities and highlighted the structural and legal complexities inherent in coordinating emergency response, reconstruction, and the long-term governance of disaster-stricken areas.

### *3. Contrasting paradigms in the legal regulation of emergencies*

The approach adopted by the Italian legislator for managing emergency phenomena over time has not developed according to linear and univocal strategies but rather reflects contrasting tendencies[7].

On one side, it seems possible to detect a trend toward the "*normalization*" of the emergency management, where structures and tools to be activated in case of an emergency are pre-established, to ensure a clear framework of competencies, actions, and responsibilities within an ordinary system of power exercise. The main institutional actors involved, based on the National Civil Protection Code adopted in

[6] A. MIOZZO, *Introduction*, in S. CASTENETTO, M. SEBASTIANO (eds.), *Le emergenze nelle prime pagine - Vol. III (2009-2017)*, cit., p. 7.

[7] Recently, G. MANCINI PALAMONI, *Potere amministrativo d'emergenza*, Naples, 2023.


ISSN 2036-7821

2018, are the Civil Protection Authorities (such as the President of the Council of Ministers, the Head of the Civil Protection Department and its Delegated Commissioners, the Presidents of the Regions, and the Mayors) and territorial authorities and operational structures, acting individually or in a coordinated manner, depending on the scale of the emergency. In this logic, the exercise of public powers does not necessarily result in an alteration of the ordinary distribution of competencies, although it provides for flexibility mechanisms based on coordination, depending on the specific situation to be addressed[8].

The interpretive approach aimed at "normalizing" the emergency, promoted by eminent legal scholars, is entirely shareable: it seeks to promote a shift from the *law of emergency* to *the law of risk*[9], where the legal order takes into account the "*complexity of the society*", accepting that, even though it is impossible to eliminate the uncertainty surrounding the occurrence of an exceptional event, the goal should be to overcome the binary relationship between "*the exceptional event*" and the "*extraordinariness of the response*". It is – in other terms – a vision of the risk aimed at adopting a preventive and precautionary approach that allows for the framing of exceptional events or unusual scenarios within a framework of normality, to create a resilient administration and a resilient society[10].

However, despite the normalization effort promoted through civil protection code, a contrasting trend in the Italian legal order may be perceived, where the emergency is faced through the appointment, usually by governmental law decree, of extraordinary bodies (so called, "Governmental Extraordinary Commissioners") and their operational structures, granted with very broad and special powers, altering the normal order of competencies and creating ad hoc solutions for each emergency event[11].

---

[8] See, F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza* (voce), in *Enc. del diritto*, Annali VI, 2013, p. 59; Also F. GIGLIONI, *Funzione di emergenza e modelli amministrativi alla prova dello stress test degli eventi sismici nell'Italia centrale*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, 2, p. 500.

[9] L. GIANI, *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (eds.), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, Naples, 2018, pp. 15-30.

[10] L. GIANI, *Infrastrutture, soggetti critici e gestione del rischio. Traiettorie di ricerca per la pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2025, 1, pp. 75-108, where the Author highlights how the lack of a strategic vision of risk has historically negatively influenced infrastructures policies, leading to a short-sighted choices and ad underestimation of long-term consequences.

[11] According to S. GARDINI, *Note sui poteri amministrativi straordinari*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 2, p. 152, in cases where extraordinary commissarial bodies are established in order to address contingent, occasional, and exceptional needs, "what arises is not merely an alteration of the ordinary distribution of competences conferred upon public entities, but rather, alongside the subjective substitution, there is also the conferral upon the commissioner of 'new' and additional powers. These are ontologically traceable to a different and more substantive conception of extraordinariness, one built around the notion of power in the strict sense and characterized by the atypical nature of the prerequisites and/or of the effects deriving from its exercise, as well as by the derogatory capacity of the acts through which it is expressed".


ISSN 2036-7821

The use of this model[12], which, as will be discussed shortly, is widely adopted within the Italian legal system also beyond the emergency phase, appears critical for a variety of reasons. The derogatory regime of powers and procedures is very extensive and potentially conflicting with the principle of legality and the rule of pre-determination and attribution of powers. The creation of new structures leads to organizational complexities and higher costs. The sources of law overlap and potentially conflict, to the detriment of legal clarity and the stability of the legal framework. The ordinary administration is weakened *a priori* without verifying, based on specific data or empirical evidence, the inability by ordinary apparatus to perform certain tasks. The commissioner's appointment, although extraordinary, is extended for a long period, also due to inefficiencies in management, with the consequence that a parallel extraordinary administration is created in a stable way. Negative consequences may also arise in terms of responsibility and judicial oversight.

***4. Implications for post disaster reconstruction.***

Although it would be reasonable to think that this exceptional model is rarely used, reality shows that it has been (and it is) frequently employed, even outside the emergency phase, particularly during the post-catastrophe reconstruction phase, for the organization of large-scale events[13] (let's think about the Jubilee or sport events or international exhibitions) or to manage national strategic complex infrastructures and projects (such as railways, roads, mass rapid transit systems, ports, water systems, and state construction projects), characterized by a high degree of design complexity, particular implementation challenges, or significant impact on the socio-economic fabric at the national, regional, or local level (starting from Decree-Law No. 32/2019, 42 commissioners were appointed for 112 works and 359 monitored projects, with the possibility of appointing sub-commissioners, in addition to the extraordinary commissioners appointed through specific legislative provisions)[14].

Legal scholars have argued that the organizational complexity stems from the conceptual overlap between risk, urgency, and emergency, which has led to the

[12] About the model and the heterogeneity of its use, G. AVANZINI, *Il commissario straordinario*, Turin, 2013.

[13] S. CIMINI, *I soggetti del sistema: intrecci di competenze e regolazione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (eds.), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., p.110 ss.

[14] About the model of extraordinary commissioners for infrastuctures, see G. AVANZINI, *Commissari straordinari per le infrastrutture energetiche e garanzie costituzionali*, in *Foro it.*, 2012, I, pp. 385 ss.; C. FRANCHINI, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del D.L. n. 185/2008*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 5, pp. 561-566; S. AMOROSINO, *Rapidità della realizzazione e qualità del risultato nella disciplina speciale per le opere strategiche "anticrisi"*, in *Urb. Appalti*, 2009, pp. 667 ss.; A. FIORITTO, *I commissari straordinari per il completamento delle opere incompiute*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, pp. 1159 ss.; A. AZZARITI, *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale (legge 21 dicembre 2001, n. 443 e d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190), Commento all'art. 2, D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190*, in *Le nuove leggi civili comm.*, 2003, pp. 936 ss.


ISSN 2036-7821

misuse of the concept of "*emergency*"[15] to justify the application of extraordinary powers and procedures even in contexts that do not meet the traditional criteria for emergencies[16]. This practice has become so prevalent that it represents one of the most evident forms of deviation in the exercise of public administration functions[17]. Thus, events such as large sports gatherings, jubilees, or major exhibitions, while complex, are not inherently unpredictable. The inability to effectively manage these situations (*maladministration*) has resulted in the transformation of what should be an ordinary management scenario into an extraordinary one, with urgency escalating to the point of being classified as an emergency. In these instances, we are not dealing with true emergencies (which are by nature unforeseeable), but with emergencies that are artificially created to serve purposes beyond those intended by the legislator, with the risk of bypassing accountability and judicial oversight[18].

The conceptual overlap, the organizational challenges and inefficiencies, and the need to address complex situations have also influenced the way in which the reconstruction phase, following a disaster, has been dealt with in the Italian legal order.

Indeed, the model of the Extraordinary Governmental Commissioner has been frequently employed in the post catastrophe reconstruction phase[19], assigning extraordinary powers to newly defined and special subjects, within a context of significant regulatory derogation, to address the need for the "*reconstruction*" of the necessary infrastructure and to restore ordinary conditions through a series of heterogeneous activities, which include the management of demolition, removal, disposal, and landfill disposal of debris, planning activities for interventions, awarding contracts.

Often the activities performed by these Commissioners continue, intersect, and overlap with those carried out during the initial emergency phase, in a way that has

---

[15] Recently on the notion of emergency, G. BOTTINO, *L'amministrazione dell'emergenza*, in *AIPDA – Annuario 2023, Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere, Atti del convegno annuale – Napoli, 29-30 settembre 2023*, Naples, 2024, pp. 381 ss.; also, A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, pp. 218 ss.

[16] S. CASSESE, *I paradossi dell'emergenza*, in *AIPDA – Annuario 2005 – Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milan, 2006, p. 223, critically highlighting, first, the paradox of resorting to the abuse and expansion of emergency powers as a remedy for the chronic slowness of the public administration or as a means of circumventing procedural constraints; and, second, the paradox of invoking emergency powers in circumstances where no genuine emergency exists.

[17] A. POLICE, *L'emergenza come figura sintomatica di sviamento della funzione pubblica*, in *Dalla cultura dell'emergenza alla cultura del rischio: potere pubblico e gestione delle emergenze*, in L. GIANI, M. D'ORSOGNA, A. POLICE (eds.), *Dal diritto dell'emergenza al diritto del rischio*, cit., pp. 92-93.

[18] *Ibidem*.

[19] An historical perspective of the reconstruction trends, with particular attention to most relevant earthquakes in Italy from the aftermath of the Second World War to the present, is offered by F. CUSANO, *L'evoluzione della legislazione e della prassi dalla ricostruzione post-calamità dal dopoguerra ad oggi*, in F. GIGLIONI (eds.), *Le regole della ricostruzione post-calamità*, Pisa, 2025, pp. 289-309.


ISSN 2036-7821

been defined as "*stabilized emergencies*"[20]. This creates, once again, additional complexity from an organizational perspective, in terms of coordination between different authorities and clarity and consistency of the legal sources.

However, the reconstruction process presents its own unique set of challenges and requires a careful balance between the need for speed in restoring normal conditions, the impact of the long-term choices over the affected territories and the reconstruction of the economic and social fabric.

As pointed out by legal scholars, reconstruction should no longer merely be understood as a simple replication of the destroyed physical infrastructure, but it should also be regarded as an opportunity to rethink the territory and adapt it to the new needs of reconnecting the system of relationships, aiming for a stable and definitive restoration of territorial functionality[21]. This includes interventions in urban regeneration, reduction of building and urban vulnerability, social and economic development of the affected community, and the conditions for a full return to active and concrete participation in public life.

These needs, far from justifying episodic, diversified and inconsistent regulations, should lead, instead, to promote a unified reconstruction model, conducted within a stable and coherent legal framework, where subjects, powers and procedures are predefined, allowing a predetermined yet flexible management and excluding derogatory and extraordinary powers as a default option. This would better align with the imperative to guarantee legal clarity, transparency, accountability and efficiency of the interventions[22].

### *5. The law on post catastrophe reconstruction (Law no. 40/2025): a framework for unity.*

In this perspective, due recognition should hereby be accorded to the recently approved "*Framework Law on Post-Catastrophe Reconstruction*" (the law March 18th 2025, no. 40), aimed at rationalizing and uniformly defining "*the coordination of*

[20] See S. STAIANO, *Brevi note su un ossimoro: l'emergenza stabilizzata*, in S. STAIANO (eds.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Turin, 2006, pp. 649-661, where the Author critically refers to "*stabilized emergencies*" and "*recurring emergencies*".

[21] M. D'ORSOGNA, *I contributi pubblici alla ricostruzione da parte dei privati: una occasione di rilancio dei territori*, in F. GIGLIONI (eds.), *Le regole della ricostruzione post-calamità*, cit., p. 84; M. DUGATO, *Terremoto, ricostruzione e regole degli appalti*, in *Munus*, 2017, 3, pp. 485-496; T. BONETTI, *Diritto amministrativo dell'emergenza e governo del territorio: dalla "collera del drago" al piano della ricostruzione*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2014, 4, pp. 127 ss.; M. CAMMELLI, *L'Italia dei terremoti: quello che c'è e quello che c'è ancora da imparare*, in *Aedon*, 2013, 2, pp. 1-5.

[22] P. DE ROSA, *Per una nuova stabilità istituzionale nella ricostruzione post-sisma*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 3, p. 182, emphasizes that the overlap of functions and responsibilities across the different levels of government makes "rendering account" – that is, the accountability of the various institutional actors involved – even more difficult, and, in fact, impossible. It is essential to maintain a clear framework of "who does what," thereby simplifying the system and allocating to each level both the corresponding responsibilities and the financial resources necessary for the performance of public functions.


ISSN 2036-7821

*procedures and reconstruction activities in territories affected by natural or anthropogenic disasters, for which the national state of emergency has been terminated or revoked*"[23].

At the present time, eight long lasting reconstruction processes are ongoing across the Italian territory, managed by distinct methods and regulations with overlapping but differing governance and procedures. Therefore, this initiative is appreciable, and it is a considerable step towards the consolidation of a single model for future reconstruction processes, fostering certainty, stability, and speed of response.

From an organizational standpoint, the new law outlines a governance model structured across different institutional levels, with the central role being assigned to the extraordinary commissioner for reconstruction. This figure can be the President of the affected Region (or one of the Presidents of the affected Regions in the case of an interregional calamity) or, alternatively, someone with specific managerial competence, considering the complexity and importance of the reconstruction process. The commissioner is responsible for planning, coordination, guidance, and monitoring and presides over the Coordination Cabinet for Reconstruction, composed of representatives from different levels of government, such as Casa Italia Department of the Presidency of the Council of Ministers. The governance is further integrated by the entities implementing public reconstruction interventions (such as Regions, Municipalities, ANAS S.p.A.), a central procurement office for tender procedures, and a multisectoral body called the Permanent Conference.

Even though it is not possible to offer a comprehensive analysis of the law, some critical observations about the new legal regime may be outlined.

Among the positive remarks, the law emphasizes the role of administrative coordination.

Administrative coordination, understood as an organizational relationship that presupposes a prior harmonization of the multiple emerging interests within a complex scenario involving various public and private entities, appears to be the most suitable organizational tool to guide the reconstruction process according to a coherent, rational, and organic logic. This logic requires, at the outset, a shared understanding of the objectives and outcomes to be pursued in the complex reconstruction process under a unified direction, and subsequently, a shared approach in the concrete execution of the activities necessary to achieve those objectives[24].

The approach seems coherent with the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015 – 2030[25], adopted at the Third UN World Conference in Sendai,

[23] Art. 1, Law no. 40/2025.

[24] See S. SPUNTARELLI, *Il coordinamento dei soggetti responsabili della ricostruzione*, in F. GIGLIONI (eds.), *Le regole della ricostruzione post-calamità*, cit., pp. 51-64.

[25] The Framework was adopted at the Third UN World Conference on Disaster Risk Reduction in Sendai, Japan, on March 18, 2015, available at *https://www.undrr.org/publication/sendai-framework-disaster-risk-reduction-2015-2030.*


ISSN 2036-7821

Japan, on March 18, 2015, which highlights in the Priority no. 4 - Enhancing disaster preparedness for effective response and to "*Build Back Better*" in recovery, rehabilitation and reconstruction – the need "*to promote the cooperation of diverse institutions, multiple authorities and related stakeholders at all levels, including affected communities and business, in view of the complex and costly nature of post-disaster reconstruction, under the coordination of national authorities*".

It is, indeed, a priority to promote the participation of the affected communities in the reconstruction process: the new Italian law provides that the extraordinary commissioner ensures comprehensive involvement of the affected populations by establishing the procedures for citizen participation and engagement in decision-making processes pertaining to territorial planning, as well as in the adoption of key acts and measures governing the reconstruction process[26]. It will therefore be necessary to await the practical application of this provision to assess how, and to what extent, public participation will be ensured[27].

A means of public participation can be found in the provision requiring the publication of all acts by the Extraordinary Commissioner relating to appointments and designations of experts and consultants, the planning of works, projects, services, and supplies, as well as procedures for awarding public contracts for services, supplies, works, and projects, and the disbursement and granting of public funds for private reconstruction, except for the specified exceptions[28]. Transparency serves as a mechanism to ensure citizen participation in complex decision-making and constitutes the foundation for active engagement and influence in programming choices and widespread oversight of interventions.

Another positive element of the law concerns the provision about the centralization of procurement procedures (art. 16). The entities responsible for implementing interventions concerning the repair, restoration, or reconstruction of public works and cultural heritage – which are the Regions, or the Municipalities delegated by them, the Ministry of Culture, the Ministry of Infrastructure and Transport, the dioceses, and universities – are authorized to employ the mechanism of centralization of procurement procedures by delegating to national or regional central purchasing bodies the execution of all activities necessary for the realization of public interventions[29].

The centralization of procedural execution is deemed appropriate not only to avoid the fragmentation and dispersion of the numerous contracts and assignments that

[26] Art. 8, par. 1 and par. 3, law no. 40/2025.

[27] See, M. MORANDO, A. GIOIA, *La ricostruzione delle comunità*, in F. GIGLIONI (eds.), *Le regole della ricostruzione post-calamità*, cit., pp. 255-259, for some critical insights.

[28] Art. 21, law no. 40/2025.

[29] Art. 2, par. 16 of the Directive 2014/24/UE defines the "central purchasing body" as a contracting authority providing centralised purchasing activities and, possibly, ancillary purchasing activities.


ISSN 2036-7821

might occur if such activities were entrusted to local authorities – who frequently lack the requisite expertise, capacity, and resources – but also to foster the creation of entities with a high degree of specialization and proficiency in post-disaster reconstruction efforts. This approach should enhance efficiency, ensure consistency in implementation, and improve the overall effectiveness of reconstruction initiatives. It should also be noted that, pursuant to the new Italian Public Procurement Code[30], central purchasing bodies also perform an auxiliary function consisting of providing contracting authorities with consultancy on the execution and design of procedures. Accordingly, the expertise accumulated by these entities could benefit less specialized bodies, thereby strengthening their competencies.

A third positive element of the law relates to the creation of an insurance system. The Government, within twelve months since the law's enactment, shall issue legislative decrees establishing insurance schemes to indemnify individuals and businesses for building damages caused by natural disasters and catastrophic events. These schemes will define eligible beneficiaries and properties, coordinate with existing public interventions, specify covered risks and compensation limits, and ensure nationwide uniformity. Private insurers will be engaged to mitigate the financial impact on public funds and support effective recovery. The provision, in line with the measures introduced by the 2024 Budget Law (Law No. 213 of 30 December 2023)[31], promotes a system shifting from predominantly ex-post interventions funded by public finances to a new approach focused on prevention and the insurance-based mutualization of risks. The issue is of primary importance considering that, according to data from EIOPA, the European Insurance and Occupational Pensions Authority, at the European level, less than a quarter of losses caused by climate-related disasters are currently insured and that Italy ranks, after Greece, as the European country with the largest gap between high natural disaster risk and low levels of insurance coverage[32].

Although the issue is very complex – as it requires balancing of multiple public and private interests –various contributions and reports, including those based on international experiences, highlight the advantages of cooperation between the

[30] Art. 62 of the Leg. Decree no. 36/2023.

[31] S. DE POLIS, Segretario Generale IVASS, *L'assicurazione obbligatoria delle imprese per i danni da catastrofi naturali*, contribution in the final acts of the Conference "*L'assicurazione dei rischi catastrofali*", organized by La Sapienza University of Rome – Rome, 12 February 2025, available at https://www.ivass.it/media/interviste/documenti/interventi/2025/2025-02-12-sdp-sapienza-catastrofali/SDP_Rischi_catastrofali_12_02_2025.pdf, where the Author says that the new Italian approach to catastrophic risks outlines a universalistic and mutualistic framework capable of significantly reforming and modernizing the national system for managing physical risks and resilience, understood as the capacity to absorb and overcome shocks. Furthermore, it lays the foundation for reducing underinsurance in the damage sector and enhancing the social role and responsibility of the insurance industry.

[32] EIOPA Dashboard, available at *https://www.eiopa.europa.eu/tools-and-data/dashboard-insurance-protection-gap-natural-catastrophes_en.*


ISSN 2036-7821

public sector and the insurance industry, the benefits of increasing awareness among stakeholders about their risk exposure, and best practices for risk mitigation, as well as potential strategies for risk adaptation that reduce pressure on public budgets[33].

Despite the positive points emphasised, which are comprehensively appreciable, some critical points may be discussed.

Regarding the extension of powers, the law states that the extraordinary commissioner "*shall also act through ordinances, with prior agreement, to be formalized within the coordination cabinet referred to in Article 4, with the involved regions and autonomous provinces as well as with representatives of the affected provinces and municipalities*." These ordinances may even override legal provisions, provided there is a clear justification and compliance with criminal law, the general principles of the legal system, the anti-mafia laws, and the provisions of the Code of Cultural Heritage and Landscape, as well as mandatory EU-related constraints.

At first glance, the extension of the commissioner's powers in the legislation in comment seems broad, and the law appears somewhat vague in not specifying which legal provisions could be overridden.

However, the phrasing "*may also override*" suggests that the extraordinary commissioner could exercise derogatory powers only when deemed necessary, with specific justifications. This approach would exclude the automatic use of derogations unless deemed absolutely necessary.

In balancing the need for speed and effectiveness in interventions, the decision to act under a derogatory regime should be adequately justified, favouring the use of ordinary tools and accelerators already foreseen by standard legislation, such as the public procurement code. This approach could help prevent the unjustified expansion of derogatory powers, promoting the commissioner's functions of coordination and monitoring, while limiting the use of derogations for active administrative tasks. The clear rationale underpinning the Commissioner's derogatory decisions acquires substantive significance, as only through a transparent articulation of the reasons and factual premises justifying the shift from ordinary regulations can the rationality, appropriateness, and proportionality of such decisions be effectively evaluated and subjected to judicial review[34].

---

[33] M. BIGNAMI, C. DESIDERI, *Il ruolo delle assicurazioni*, in F. GIGLIONI (eds.), *Le regole della ricostruzione post-calamità*, cit., pp. 205-218. See also, United Nations Office for Risk Disaster Risk Reduction (2025). Global Assessment Report on Disaster Risk Reduction 2025: Resilience Pays: Financing and Investing for our Future. Geneva, https://www.undrr.org/gar, Chapter 6, p. 159 ss.; R. CESARI, L. D'AURIZIO, *Quaderno n. 13, Calamità naturali e coperture assicurative: valutazione dei rischi e* policy options *per il caso italiano*, in *IVASS*, 2019, *https://www.ivass.it/pubblicazioni-e-statistiche/pubblicazioni/quaderni/2019/iv13/Quaderno_13.pdf*.

[34] Recently, F. FICHERA, *La Motivazione*, in F. CARINGELLA, R. CHIEPPA, B.G. MATTARELLA (eds.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milan, 2025, 659-689, emphasized that the motivation has the function of a benchmark for the democratic system, insofar as the requirement to justify the exercise of power also serves as a driving force for the implementation and reinforcement of the system's foundational values.


ISSN 2036-7821

Another critical point stems from the fact that the new law introduces additional derogatory provisions to the public procurement regulations, extending to public reconstruction projects the simplified and accelerated procedures originally designed for contracts under the National Recovery and Resilience Plan (PNRR).

These provisions significantly expand the powers of the Commissioner concerning the selection of contractors, as well as the awarding and execution of public works, services, and supplies. This expansion results in a complex layering of legal norms, which could lead to operational inefficiencies, undermines legal certainty, and compromises market transparency. The full application of the Public Procurement Code, which is already oriented towards achieving the prompt awarding and execution of contracts with the best possible balance between quality and price, while respecting the principles of legality, transparency, and competition, would have been more consistent and would have reduced uncertainties in the application of the rules, promoting the accelerating mechanisms already provided for in the Code.

The broad derogatory latitude conferred upon the commissarial authority corresponds to an expansion of the discretionary margin and, consequently, of administrative discretion in the balancing of interests pertinent to the case at hand. Such discretion, pursuant to the approach enshrined in the public procurement code, shall not be regarded with disfavour, but rather construed as a procedural safeguard designed to bolster the administrative capacity to adopt responsible, appropriate, and effective decisions pursuing the objectives established for the benefit of the relevant community[35].

A further critical aspect in relation to the regulatory framework introduced by the new legislative deserving emphasis pertains to the capacity to concretely implement planning determinations and complex administrative decisions that embody the abstract expression of administrative will.

Upon the establishment of the configuration of public and private interests during the phase of administrative volition, it is imperative that the administrative activity culminates in an actual modification of the factual circumstances, thereby achieving the intended objectives. The execution phase of the comprehensive reconstruction project thus assumes pivotal significance, as it constitutes the juncture at which the realization of the public interest, predetermined in the preliminary phase, may be verified through the manifestation of tangible benefits for the communities concerned.

The concrete realization and fulfilment of the interests of the pertinent communities, executed in a manner that is prompt, coherent, and proportionate, consequently serve as benchmarks of the legitimacy of administrative action pursuant to the principle of result-oriented administration. This principle presupposes adherence to

[35] See, F. D' ANGELO, *PNRR, infrastrutture e attività amministrativa di esecuzione*, in *Dir. Amm.*, 2025, 1, pp. 147 ss.


ISSN 2036-7821

formal legality and requires the achievement of the public interest as envisioned by the legislature and implemented by the administration throughout the procedural process.

***6. Closing reflections.***

Italy's approach to emergency management exemplifies a complex duality. While there is a commendable shift towards "normalizing" the governance of emergencies —embedding the response within ordinary functional and organizational administrative frameworks through coordination and predefined competences —the prevalent reliance on extraordinary governmental commissioners, endowed with extensive derogatory powers, introduces significant organizational challenges. The risks of this approach are legal fragmentation, reduced accountability, and an overextension of emergency powers beyond their appropriate scope.

This approach has also influenced the way post-catastrophe reconstruction has been managed over time; however, for this very reason, the management of reconstruction within an emergency logic proves incompatible, insofar as such a logic imposes contingent choices dictated by emergency situations, urgency, potentially entailing the sacrifice of certain interests to the benefit of others, without the necessary consideration for future implications. The reconstruction process, instead, requires the adoption of decisions that have long-term effects on the configuration of territories and the relevant population, and therefore demand a stable and unambiguous legal framework and proper legitimization, to reconcile the imperative of rapid restoration with the strategic objectives of long-term socio-economic and territorial development. Reconstruction goes beyond the rebuilding of physical infrastructure, it entails rethinking and adapting the territory to new social, economic, and environmental needs, including urban regeneration and vulnerability reduction.

The recently enacted Framework Law on Post-Catastrophe Reconstruction offers promising institutional innovations by enhancing administrative coordination, centralizing procurement procedures, and promoting active participation of affected communities. These elements align with international disaster risk reduction principles, particularly the Sendai Framework, fostering resilience and reinforcing public trust through transparency and accountability. While the expanded discretionary powers of extraordinary commissioners are necessary to address complex reconstruction challenges, their exercise must be grounded in legal clarity, proportionality, and strict adherence to the principle of legality. The legitimacy of administrative action ultimately depends on its ability to concretely achieve the public interest as legislated and operationalized throughout the procedural course. Prompt, coherent, and proportionate implementation of reconstruction initiatives is


ISSN 2036-7821

therefore essential to restore community wellbeing and uphold the rule of law.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La rete dei servizi di facilitazione digitale e il servizio civile digitale come interventi pubblici per l'alfabetizzazione digitale

## di Isabella Alberti

(Ricercatrice di tipo A, Dipartimento di Giurisprudenza, presso l'Università degli Studi di Torino)

## Sommario

1. L'obbligo di utilizzo delle tecnologie da parte della pubblica amministrazione e i terzi. – 2. soluzione e strumenti accessibili - 3. Le competenze informatiche di base e la vulnerabilità digitale – 4. La risposta della Repubblica per l'alfabetizzazione digitale: cenni introduttivi. -4.1. (segue) La rete dei servizi di facilitazione digitale. – 4.2. (..segue) Il servizio civile digitale. – 5. Considerazioni conclusive.

## Abstract

The paper deals with the introduction of mandatory use of technology by public administrations for internal and external activities from the perspective of individuals without IT skills. The paper analyses the Digital Facilitation Services Network and the Digital Civil Service as public interventions aimed at providing digital literacy to ensure the effective exercise of the right to use digital services.

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

### *1. L'obbligo di utilizzo delle tecnologie da parte della pubblica amministrazione e i terzi.*

L'introduzione dell'obbligo di utilizzo delle tecnologie da parte della pubblica amministrazione per lo svolgimento delle attività interne ed esterne (art. 3-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241; art. 2, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82)[1] produce effetti nei confronti dei terzi.

Si tratta di strumenti che via via sono stati adottati dall'amministrazione pubblica per adeguarla al più generale processo tecnologico in atto nella società, come parte di un più ampio processo di riforme amministrative[2] (c.d. *e-government*)[3], nella considerazione che le tecnologie possano agevolare lo svolgimento delle attività istruttorie, dell'attività amministrativa in genere e dell'erogazione dei servizi pubblici.

Seppur non sono mezzi esclusivi di relazione con la pubblica amministrazione[4], le tecnologie consentono ai terzi di conoscere attività e funzioni attribuite (artt. 53, 54, d.lgs. 82/2005), di avviare un procedimento amministrativo con invio digitale di istanze (art. 65, d.lgs. 82/2005), o di parteciparvi (art. 10 e art. 8, co. II, lett. d, l. 241/1990), del pari permettono di accedere a un servizio pubblico - sanitario (come la prenotazione di visite mediche), sociale e previdenziale (richiesta di benefici, come l'assegno di inclusione, l'assegno unico, i congedi parentali, solo per citarne alcuni);

---

[1] Cfr. F. COSTANTINO, *Uso della telematica*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Giappichelli, Torino, 2016, 242-260; G. PIPERATA, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della Pubblica amministrazione italiana*, in *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bononia University Press, Bologna, 2016, spec. 259, laddove il processo di digitalizzazione è inteso come correlato a consentire la "riduzione della complessità burocratica"; F. CARDARELLI, *L'uso della telematica*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2017, 421 e s.; di recente: B. MARCHETTI, *Amministrazione digitale*, in *Enc. dir., Funzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 2022, spec. 77-79; sia consentito in tema rinviare a I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 47 e s.

[2] Cfr. di recente R. CAVALLO PERIN, *Dalle riforme astratte dell'amministrazione pubblica alla necessità di amministrare le riforme*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2021, 73-82; F. MERLONI, *Costituzione repubblicana, riforme amministrative e riforme del sistema amministrativo*, in *Dir. Pubb.*, 1, 2018, 81 e ss.; S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 82 e s. A tal scopo si segnalano già il *Piano di azione e-government* del 2000, parte del *Piano e-Europe* e, il più recente, *Piano d'azione dell'UE per l'eGovernment 2016-2020*.

[3] Cfr. *ex multis* F. MERLONI, *Introduzione all'e-government. Pubbliche amministrazioni e società dell'informazione*, Giappichelli, 2005; D.-U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, spec. 663-664 ove il concetto è polivalente e generico; di recente, cfr. R. CAVALLO PERIN, D.-U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2025, *passim*; di recente sul tema: cfr. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 385-386.

[4] Soluzioni alternative al digitale sono garantite dall'amministrazione pubblica, a esempio, nei confronti di chi non ha un domicilio digitale, perché in quel caso i documenti informatici sono inviati per posta ordinaria o raccomandata con avviso di ricevimento (art. 3-*bis*, co. IV-bis, d.lgs. 82/2005).


ISSN 2036-7821

per l'istruzione (l'iscrizione alle scuole)[5] – (es. art. 7, d.lgs. 82/2005) e di pagare le prestazioni ricevute (art. 5, d.lgs. 82/2005).

Anzitutto l'obbligo di utilizzo delle tecnologie ha inciso sull'attività di comunicazione verso i terzi[6], con definizione delle finalità (art. 1, co. V, l. 7 giugno 2000, n. 150)[7] e di una organizzazione che assegna all'ufficio relazioni con il pubblico un particolare ruolo (art. 2, co. II, l. 150/2000)[8]. Nello specifico, ad esso sono attribuite un insieme di attività indirizzate ai cittadini singoli e associati (art. 8, l. 150/2000), anzitutto di supporto: all'esercizio dei diritti di partecipazione e all'utilizzazione dei servizi offerti da ciascuna amministrazione (art. 8, co. II, l. 150/2000)[9], più in genere alla ricerca di informazioni su atti e sullo stato dei procedimenti (art. 11, co. II, lett. b), d.lgs. 165/2001).

Come è noto, infatti, l'insieme di informazioni pubblicate è talvolta corposo e confuso reso conoscibile verso i terzi perlopiù[10] attraverso l'obbligo di adozione di un sito web che ne consenta il facile reperimento (artt. 7, 53, 54, d.lgs. 82/2005)[11] a

[5] Si è utilizzato efficacemente il termine *welfare digitale* che raccoglie esperienze seppur diversificate di applicazioni di AI e nuove tecnologie nell'erogazione o nella gestione dei servizi sociali, cfr. in tema S. DEL GATTO, *Potere algoritmico, digital welfare state e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2020, 170 e s.; proprio le iscrizioni agli asili nido sono state oggetto di sperimentazioni di applicazioni di tecnologie come la *blockchain*.

[6] Cfr. già E. ZUANELLI, *La comunicazione istituzionale: profili teorici, sistemici e normativi*, in *Amministrare*, 3, 1997, 367-382; di recente, cfr. A.G. OROFINO, G. GALLONE, *La comunicazione telematica degli atti amministrativi*, in *Il Processo*, 2, 2024, spec. 293 e s.; riflessioni simili già in A.G OROFINO, *La pubblicità telematica nell'impianto del Codice dell'amministrazione digitale*, in *Informatica e diritto*, 1, 2005; cfr. A. PAPA, *Il principio di uguaglianza sostanziale nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *Federalismi*, 2008, 6 laddove identifica la "comunicazione istituzionale come forma di partecipazione popolare". Di recente, G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, sesta edizione, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 379 e s.

[7] Come si vedrà le finalità coincidono con quelle identificate diffusamente dalla disciplina di dettaglio sugli obblighi di pubblicazione (d.lgs. 33/2013).

[8] Sono previsti altresì determinati uffici come "gli sportelli per il cittadino, gli sportelli unici della pubblica amministrazione, gli sportelli polifunzionali e gli sportelli per le imprese" (art. 6, co. I, l. 150/2000).

[9] Questa finalità consente di mantenere distinta l'attività di comunicazione da quella di informazione, per la quale, infatti, è prevista una diversa organizzazione di uffici a ciò preposti, cioè portavoce e ufficio stampa (art. 6, co. I, l. 150/2000), seppur non vi sia dubbio che questi diversi competenti uffici debbano coordinarsi (art. 6, co. II, l. 150/2000). In punto cfr. F. MERLONI, *Sull'emergere della funzione di informazione nelle pubbliche amministrazioni*, in *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Merloni, Rimini 2002.

[10] Si intende qui tenere distinti altri mezzi che l'amministrazione pubblica utilizza per diffondere alcune tipologie di informazioni, per una finalità di pubblicità (legale o di notizia), e cioè i pubblici registri, gli albi ufficiali, cfr. in punto senza pretesa di esaustività: sulle misure di pubblicità come strumento che crea certezze giuridiche, A. DE ROBERTO, voce *Foglio legale*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, spec. 772; A. MELONCELLI, voce *Pubblicazione*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 927 s.; ID., voce *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1988, 1027 s.; G. FERRARI, voce *Affissioni (parte generale)*, in *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, 701 s.

[11] Si fa riferimento in tal caso alla logica degli *open data*, che risponde a ben vedere non solo a una logica di conoscibilità dell'attività dell'amministrazione pubblica, ma più in generale confermano l'idea di un valore economico dei dati, che perciò possono essere riutilizzati per finalità commerciali e non commerciali per lo sviluppo di attività economiche o di interesse generale; per approfondimenti in tema si rimanda a S. ROSSA, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione pubblica digitale*, in *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, a


ISSN 2036-7821

ciascuno, senza discriminazioni (l. 9 gennaio 2004, n. 4)[12]. Le informazioni ivi raccolte riguardano le funzioni attribuite e i servizi erogati che ciascuno si può attendere da una certa amministrazione pubblica (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33); i procedimenti e la modulistica necessaria per avanzare un'istanza alla stessa o per assolvere agli obblighi documentali che sono richiesti in quel procedimento (art. 15, co. II, d.lgs. 82/2005); gli atti relativi ad attività, organizzazione e gestione delle risorse pubbliche (d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33)[13].

In tal senso, si è detto che le tecnologie hanno consentito una "apertura" dell'amministrazione pubblica, con l'obiettivo di aumentare la partecipazione – non necessariamente procedimentale – dei terzi, ma soprattutto la trasparenza e la collaborazione (*opengoverment*) [14].

L'integrazione delle tecnologie nell'attività e nell'organizzazione dell'amministrazione pubblica nei modi suddetti sottintendono una concezione dei terzi che con esse si relazionano quali utenti mediamente informati[15] e alfabetizzati digitalmente[16].

---

cura di R. Cavallo Perin, D.-U. Galetta, Giappichelli, Torino, 2025, 292 e s.; F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da Industria 4.0 al decreto semplificazioni,* in *Diritto amministrativo,* 4, 2020, spec. 895 e s. per gli effetti sulle imprese della condivisione del patrimonio informativo pubblico.

[12] Cfr. D. GALLIANI, *L'accessibilità dei siti Internet delle pubbliche amministrazioni e la c.d. legge Stanca,* in *Federalismi,* 12, 2008, spec. 2 che ne individua una prima correlazione tra barriere architettoniche e barriere digitali, anche laddove distingue tra "una cosa è il contenuto e un'altra cosa è la possibilità che il contenuto possa essere fruito dalla generalità degli utenti senza discriminazione", così individuando i limiti di questa legge.

[13] Cfr. F. COSTANTINO, *Open government*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Agg., Utet, Torino, 2015, spec. 279-280 ove la pubblicazione dei dati come nuova attività di "informazione e comunicazione nelle pubbliche amministrazioni".

[14] Si può menzionare la definizione elaborata dall'OCSE nella *Recommendation of the Council on Open Government* (2017) come "a culture of governance that promotes the principles of transparency, integrity, accountability and stakeholder participation in support of democracy and inclusive growth", cfr. anche OCSE, *Open Government: The Global Context and the Way Forward*, Oecd Publishing, Paris, 2016. Per l'influenza dei processi di *e-government* e *open-government*, cfr. F. COSTANTINO, *Open government*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Agg., Utet, Torino, 2015, 268-292, spec. 277 per l'analisi dei tre elementi costitutivi della nozione; D.-U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, spec. 666.

[15] La costruzione di un utente-tipo consapevole e informato, a ben vedere, è obiettivo a cui tende – secondo altri schemi - la legislazione europea e nazionale per la tutela del consumatore nel mercato alimentare in un tentativo, non molto dissimile da quello in esame *supra*, di "bilanciamento della fisiologica condizione di squilibrio informativo", cfr. D. ROMANO, *Le informazioni obbligatorie nel mercato alimentare: tutela o autoresponsabilità del contraente debole?*, in *Europa e diritto privato,* 1, 2018, 247 e s. Attività di alfabetizzazione digitale per contrastare il disagio giovanile e la povertà educativa sono state introdotte a tutela dei minori con il supporto di apposite organizzazioni quali son i centri per la famiglia (art. 14, d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. con mod. in l. 13 novembre 2023, n. 159); a favore di anziani: cfr. di recente d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29, capo V. Di recente, sulla *AI literacy* da intendersi come "AI literacy spans from tracing duties of humans dealing with a meaningful control of AI models and systems to the interpretative skills and capabilities of people interacting with the latest version of Chat GPT", cfr. L. PASERI, M. DURANTE, U. PAGALLO, *The Legal Challenges of AI Literacy Between Enforcement and Compliance*, in *Medialaws*, 1, 2025, spec. 327; M. DE LUCA, *Il diritto all'intelligenza artificiale*, in *Amministrativamente*, 4, 2024, spec. 1706.

[16] Si intende qui fare riferimento alla capacità di utilizzare in modo critico gli strumenti di comunicazione e informazione, c.d. *digital literacy*; per una definizione condivisa, cfr. UNESCO, che la intende come "confident and


ISSN 2036-7821

In tal senso, si ritiene che sappiano utilizzare gli strumenti tecnologici necessari (applicazioni, spid e altre modalità di autenticazione) per accedere ai servizi pubblici erogati digitalmente o per avviare o partecipare a un procedimento amministrativo che presuppongono la capacità di scaricare il modulo o il formulario messo a disposizione dall'amministrazione pubblica, di compilarlo online e di inviarlo[17]; del pari, non irrilevante è la capacità di selezionare le informazioni corrette sulle funzioni e attività di una determinata amministrazione pubblica, poiché ciò consente di individuarne la competenza amministrativa.

La non ancora raggiunta "coordinata strategia" per la "riorganizzazione strutturale e gestionale"(art. 15, d.lgs. 82/2005)[18] incide sull'abilità di un utente medio *digitale* perché ciascuna amministrazione pubblica[19] consente la fruizione delle informazioni secondo una propria strategia e ciò determina ad oggi una diversità di fatto del modo in cui vengono fruite informazioni pubbliche, pur rese ostensibili sui siti web[20]. A esempio, seppur minime, possono esserci differenze di collocazione nel sito web delle informazioni sulle modalità di avvio e di partecipazione procedimentale, o di accesso all'erogazione dei servizi pubblici locali[21] rendendo dunque non facilmente

---

critical use of a full range of digital technologies for information, communication and basic problem-solving in all aspects of life. It is underpinned by basic skills in ICT: the use of computers to retrieve, assess, store, produce, present and exchange information, and to communicate and participate in collaborative networks via the Internet." elaborata nel contesto del *Program for the International Assessment of Adult Competencies (PIAAC)*; cfr. Terminology of European education and training policy dello European Centre for development of Vocational training che ne offre una definzione coerente con lo scopo del centro, ossia di rendere riconoscibile il grado di conoscenza tecnologica ai fini del mercato del lavoro, sicchè ne sono individuate tre componenti: le competenze e le conoscenze (operational dimension), la capacità di utilizzare gli strumenti in modo consapevole (critical dimension), l'utilità e gli effetti del loro utilizzo (cultural dimension).

[17] L'esemplificazione di queste attività preliminari alla relazione digitale del cittadino suppongono la divisione in "livelli" di complessità, per il dettaglio delle attività corrispondenti ai livelli da uno a quattro, cfr. G. CAMMAROTA, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Agg., 2012, 616 e s., spec. 620.

[18] Pur nell'esistenza di linee guida adottate dall'Agid, così come del Piano triennale, molti sono gli spazi di autonomia lasciati alle amministrazioni pubbliche di organizzare le proprie attività (art. 12, co. I, d.lgs. 82/2005); da ciò deriva la differenziazione di cui trattasi. Sull'opportunità, in generale, di ridurre gli spazi di autonomia nel processo di digitalizzazione, cfr. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit., spec. 389.

[19] In una direzione opposta sono i tentativi dell'Agenzia per l'Italia Digitale di definire gli standard comuni che i comuni italiani devono seguire nella predisposizione del proprio sito web, pur essendo scelta rimessa all'adesione spontanea e previo progetto in risposta a un bando nazionale, perciò annullando parzialmente l'intento di una uniformità sul territorio nazionale almeno tra enti locali territoriali.

[20] Ci si riferisce perlopiù a informazioni rese sui procedimenti amministrativi di ogni amministrazione, sulle modalità di avvio e sugli oneri documentali richiesti, perché, a contrario, le informazioni su organizzazioni e attività di vario tipo (incarichi di collaborazioni, bandi di gara) seguono un'organizzazione definita nel testo unico sulla trasparenza che impone la raccolta di queste informazioni in una specifica sezione del sito che si chiama "Amministrazione trasparente"; cfr. A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi: accesso, informatizzazione e controllo civico*, Cacucci, Bari, 2020; S. ROSSA, *Trasparenza e accesso all'epoca dell'amministrazione pubblica digitale*, cit., spec. 296 e s.

[21] Sul punto cfr. il *Rapporto "Mappa dei Comuni digitali" sullo stato di digitalizzazione dei comuni italiani*, elaborato dal Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dall'Associazione

accessibile il contenuto informativo ivi presente (art. 3-*bis*, co. II, punto 1, l. 4/2004)[22]. Ciò determina una questione di eguale fruizione *digitale* tra utenti del medesimo servizio, procedimento o informazione pubblica[23].

La prospettiva in esame intende dunque considerare la situazione giuridica soggettiva del diritto all'uso delle tecnologie (§2), per indagare la posizione giuridica di chi si trovi nella condizione non volontaria di non poter relazionarsi digitalmente con la pubblica amministrazione, poiché privo di competenze informatiche di base (§3), al fine di individuare gli interventi pubblici di alfabetizzazione digitale (§4-5)[24].

## *2. Il diritto all'uso delle tecnologie: soluzione e strumenti accessibili.*

L'obbligo di uso delle tecnologie da parte dell'amministrazione pubblica (art. 3-*bis*, l. 241/1990) configura a favore dei terzi una situazione giuridica soggettiva di "diritto all'uso delle tecnologie" (art. 3, d.lgs. 82/2005)[25].

Disposizioni di maggiore dettaglio definiscono il contenuto dell'obbligo configurato in capo all'amministrazione pubblica perché di più immediata evidenza sono gli effetti conformativi che da esso dipendono: adozione di sistemi informativi interoperabili (art. 73, d.lgs. 82/2005, cit.), utilizzo di software c.d. libero, ovvero privo di licenze proprietarie (artt. 68, 69 d.lgs. 82/2005), apertura dei dati (artt. 50 e ss., d.lgs. 82/2005, cit.), obbligo di utilizzo di siti web accessibili (artt. 53-54, d.lgs. 82/2005, cit.).

A contrario, il contenuto del correlato diritto all'uso delle tecnologie non è ancora consolidato, seppur ne sia riconosciuta la tutela affidata al giudice amministrativo, in giurisdizione esclusiva (art. 3, co. I-*ter*, d.lgs. 82/2005; art. 133, co. I, lett. d), d.lgs. 104/2010), anche nella forma di *class action* degli utenti per violazione delle disposizioni in tema di servizi pubblici digitali (art. 7, co. IV, d.lgs. 82/2005; cfr. d.lgs.

---

nazionale dei comuni italiani, spec. p. 35-36 ove emerge che, a esempio, i servizi demografici, edilizi e urbanistici, scolastici, di tributi presentano un diverso grado di digitalizzazione (solo il front-office ossia le istanze, le prenotazioni, i pagamenti; sia front-office che back-office; né front-office, né back-office).

[22] Uno dei principi della c.d. accessibilità (l. 4/2004, cit.), che deve essere pretesa da chiunque, presuppone non solo una "facilità e semplicità d'uso" ma anche che "servizi e informazioni siano sempre uniformi tra loro".

[23] Cfr. E. DE MARCO, *Introduzione all'eguaglianza digitale*, in *Federalismi*, 12, 2008, 1 e s.; A. PAPA, *Il principio di uguaglianza (sostanziale) nell'accesso alle tecnologie digitali*, in *Federalismi*, 12, 2008, 1 e s.; accenna al tema come una "ricaduta negativa" prevedibile, G. PIPERATA, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della Pubblica amministrazione italiana*, in *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bononia University Press, Bologna, 2016, spec. 265.

[24] Cfr. G. CAMMAROTA, *Servizi in rete della pubblica amministrazione*, cit., spec. 625-626 che si riferisce al concetto come "fattore abilitante" riferita all'individuo per poter fruire delle utilità derivanti dal processo di digitalizzazione, unitamente alla qualificazione dell'accesso a Internet come "servizio universale".

[25] Cfr. E. CARLONI *Digitalizzazione e riforma dell'amministrazione: la nuova agenda*, in *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bononia University Press, Bologna, 2016, spec. 295 ove evidenzia come ciò attenga al rapporto tra amministrazione e cittadino, come "spartito per interpretare le nuove relazioni con l'amministrazione".


ISSN 2036-7821

20 dicembre 2009, n. 198) oltre alla previsione di una tutela che si affida al difensore civile per il digitale per l'attivazione dei poteri sanzionatori dell'Agenzia per l'Italia Digitale (art. 17, co. I-*quater*, art. 18-*bis*, d.lgs. 82/2005)[26].

Stando alla lettera della norma esso è delineato anzitutto come *pretesa* a utilizzare "in modo accessibile ed efficace, le *soluzioni* e gli *strumenti*" nei confronti delle amministrazioni pubbliche (art. 2, co. II, d.lgs. 82/2005). A ben vedere non si tratta di una nuova situazione giuridica soggettiva poiché piuttosto si delinea come modalità di esercizio delle situazioni giuridiche soggettive di cui è già titolare il terzo nei confronti dell'amministrazione pubblica, come dimostra il riferimento all'esercizio "dei diritti di accesso e di partecipazione procedimentale" (art. 3, d.lgs. 82/2005)[27].

Quanto al contenuto non facile è l'identificazione, in prima battuta, perché manca una definizione del diritto stesso, ma anche delle *soluzioni* e degli *strumenti* che lo compongono (art. 1, d.lgs. 82/2005), seppur per questi ultimi sia possibile ricavarne un maggior dettaglio.

Trovano maggiore facilità definitoria gli *strumenti* che consentono l'attuazione del diritto all'uso delle tecnologie e che, sinteticamente, sono il domicilio digitale (artt. 3-bis, 6 – 6 *quater* d.lgs. 82/2005), l'identità digitale attraverso SPID, carta di identità elettronica, carta nazionale dei servizi (art. 3-*bis*, artt. 64, 66 d.lgs. 82/2005), il documento informatico, la firma digitale, elettronica ed elettronica qualificata (capo II, d.lgs. 82/2005)[28].

Differentemente, le *soluzioni* si riferiscono perlopiù a una dimensione organizzativa che è richiesta all'amministrazione pubblica e che consentono la fruizione digitale di servizi e attività amministrative da parte dei terzi: si possono dunque menzionare le soluzioni che consentono il pagamento digitale (art. 5, d.lgs. 82/2005), ossia per il tramite di una piattaforma all'uopo predisposta; quelle che consentono l'avvio o la partecipazione al procedimento amministrativo attraverso l'indicazione delle modalità che consentono l'invio di un'istanza o di una dichiarazione (art. 65, d.lgs. 82/2005). Nel dettaglio, sono previste soluzioni che considerano come alternative più modalità presupponendo un diverso grado di alfabetizzazione digitale: il terzo può presentare un'istanza con apposizione della firma digitale, con autenticazione tramite SPID o altra identità digitale, attraverso l'invio dal proprio domicilio digitale o dal punto unico di accesso. Si aggiunge poi una disposizione che -apparentemente- è di maggior tutela perché consente la presentazione dell'istanza sottoscritta

[26] Di recente sul ruolo dell'Agid per la trasformazione digitale, cfr. F. RUSSO, *Il ruolo dell'AgID nella digitalizzazione della Pubblica Amministrazione: considerazioni intorno al Piano Triennale per l'informatica 2024-2026*, in *Amministrativamente*, 3, 2025, 3 e s.

[27] E. CARLONI *Digitalizzazione e riforma dell'amministrazione: la nuova agenda*, cit., spec. 295 ove afferma che questi c.d. diritti digitali sono legati ai "diversi procedimenti della pubblica amministrazione".

[28] Cfr. S. D'ANCONA e P. PROVENZANO, *Gli strumenti della carta della cittadinanza digitale,* in *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, a cura di R. Cavallo Perin, D.-U. Galetta, Giappichelli, Torino, 190-230.


ISSN 2036-7821

analogicamente perciò presupponendo che il terzo non sia in possesso o non voglia utilizzare una delle summenzionate soluzioni, tuttavia richiede un onere documentale ulteriore e cioè l'invio della fotocopia o scannerizzazione della carta d'identità. Ne emerge tuttavia una disposizione che considera validamente inviate le istanze che alternativamente siano state presentate con modalità informatiche o analogiche, perché a prescindere dalla modalità il "titolare dell'ufficio competente" è tenuto ad avviare il procedimento, con previsione di responsabilità dirigenziale e disciplinare qualora non lo avviasse (art. 65, co. 1-*ter*, d.lgs. 82/2005).

Il quadro così delineato consente di ritenere che da un lato le soluzioni presuppongono un *facere* dell'amministrazione pubblica che entro la propria autonomia organizza i propri uffici e i propri beni (software, pc) per consentire al terzo di rapportarsi con essa in modo digitale. Non si tratta di un mero acquisto di beni e di adozione di strumenti e soluzioni informatici poiché si aggiunge un *facere* specifico che delinea il contenuto della pretesa del terzo: la fruizione deve essere *accessibile* ed efficace (art. 3, co. I, d.lgs. 82/2005).

Il riferimento all'*accessibilità* è questione di interesse per comprenderne la relazione tra obbligo di utilizzo delle tecnologie da parte della pubblica amministrazione e diritto all'uso delle tecnologie. Il termine è ambiguo, perché di per sé può riferirsi a un tempo alla sostenibilità (economica) dell'acquisto dei dispositivi digitali, a un altro alla capacità di ciascuno di usare gli strumenti, senza discriminazioni, anche in presenza di "bisogni particolari", correlati al livello di alfabetizzazione digitale. Quest'ultima accezione è quella che maggiormente si avvicina al tema in analisi, seppur se ne distingua poiché la nozione di accessibilità dell'amministrazione digitale si riferisce perlopiù ad una precisa platea di destinatari. Infatti, si riferisce anzitutto alla "capacità dei sistemi informatici ivi inclusi i siti web e le applicazioni mobili, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di erogare servizi e fornire informazioni fruibili, senza discriminazioni, anche da parte di coloro che a causa di disabilità necessitano di tecnologie assistive o configurazioni particolari" (art. 2, d.lgs. 9 gennaio 2004, n. 4).

La nozione di accessibilità in senso tecnico per come appena tratteggiata è volta anzitutto a definire il diritto di chiunque ad "accedere a tutte le fonti di informazione e ai relativi servizi in rete e di pubblica utilità nel settore privato e pubblico attraverso le tecnologie assistive[29] o attraverso configurazioni particolari che organizzano l'informazione, a esempio che consentono di: accedere a documenti

[29] Si intendono "gli strumenti e le soluzioni tecniche, hardware e software, che permettono alla persona disabile, superando o riducendo le condizioni di svantaggio, di accedere alle informazioni e ai servizi erogati dai sistemi informatici" (art. 2, co. I, lett. b, l. 9 gennaio 2004, n. 4); si tratta di livelli essenziali di assistenza, che cambiano in ragione della disabilità a cui sono destinate: si tratta a esempio di screen reader, di software di ingrandimento dello schermo, tastiere personalizzate con tasti più grandi, software di riconoscimento ottico dei caratteri (allegato 5, dpcm 12 gennaio 2017).


ISSN 2036-7821

pubblicati in formato accessibile, usare siti e applicazioni mobili organizzati in una struttura informativa di facile consultazione, ecc.) (Guida dei diritti digitali)[30]" secondo un'accezione che più di altre pone attenzione al "*right to have access to*"[31] (art. 9, Convenzione sui diritti delle persone con disabilità 2006, 12 dicembre 2006, ONU)[32].

La dimensione tecnica in effetti è ciò che emerge dagli atti istruttori del Difensore civico per il digitale, al quale infatti sono attribuiti i poteri che gli consentono di verificare la coerenza dei siti web o altri dispositivi con le regole tecniche definite dalle Linee guida per l'accessibilità (art. 3-*quater*, 3-*quinquies*, l. 4/2004) [33]. Oltre alle ordinarie forme di tutela (legge 1 marzo 2006, n. 671), egli infatti può verificare l'attuazione della legge sulla accessibilità agli strumenti informatici per le persone con disabilità e disporre eventuali misure correttive anche in caso di reclami di utenti riferite alle dichiarazioni di accessibilità (art. 3-*quinquies*; art. 3-*quater*, co. II, lett. c, l. n. 4/2004).

L'analisi delle attività istruttorie condotte dal difensore civico digitale, istituito per la tutela dei diritti digitali, non permette tuttavia di definire un concetto di accessibilità e di diritto all'uso delle tecnologie che consideri adeguatamente le difficoltà di utilizzo degli strumenti informatici da parte di utenti privi delle conoscenze informatiche di base. Si rende perciò necessario inquadrare il tema a partire dagli effetti escludenti che l'assenza di queste competenze determina nel contesto della transizione digitale della pubblica amministrazione.

### *3. Le competenze informatiche di base e la vulnerabilità digitale.*

Come si è visto (§1-2), l'obbligo di utilizzo delle tecnologie dell'amministrazione pubblica nello svolgimento dell'attività amministrativa ha effetti verso i terzi. Ciò

[30] Sull'accessibilità dei siti web, cfr. le Linee Guida relative all'accessibilità dei servizi realizzate dall'Agid in conformità alla Direttiva UE 2019/882 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, sui requisiti di accessibilità dei prodotti e dei servizi, recepita con d.lgs. 27 maggio 2022, n. 82.

[31] Cfr. D.-U. GALETTA, *Persone con disabilità e Diritto dell'Unione europea: l'evoluzione del quadro normativo di riferimento*, in *Funzioni amministrative e persone con disabilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, pp. 79-90.

[32] Nello stesso senso, cfr. Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030 adottata nel 2021 dalla Commissione europea che introduce alcuni accorgimenti tra cui il monitoraggio sullo stato di attuazione della direttiva c.d. Directive (EU) 2016/2102 on the accessibility of the websites and mobile applications of public sector bodies. Quanto al superamento della mancanza di competenze digitali da parte delle persone con disabilità, spec. p. 11; questa strategia è seguita dall'Action Plan on web accessibility adottato nel 2021. Cfr. in tema M. CAPORALE, *L'accessibilità ai siti web e alle applicazioni mobili delle pubbliche amministrazioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2019, 357 e s.; per la tutela del diritto all'istruzione dei soggetti disabili entro la Convenzione ONU citata, cfr. F.M. MAGLIONE, *Equilibrio di bilancio e diritti fondamentali: coordinate ermeneutiche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte costituzionale italiana sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità*, in *Amministrativamente*, 3, 2025, 1 e s.

[33] Cfr. N. POSTERARO, *Contributo allo studio della difesa civica quale strumento di risoluzione alternativa delle controversie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, 165 e s., spec. 173 laddove si sofferma sulle c.d. barriere virtuali che, al pari delle barriere architettoniche, possono rappresentare un limite di fatto al godimento dei diritti.


ISSN 2036-7821

sollecita riflessioni sulla dimensione *escludente* di questa trasformazione, laddove la mancanza involontaria delle competenze informatiche di base[34] realizza una condizione di vulnerabilità digitale dell'individuo che ne sia privo[35]: a esempio perché si trovi nella condizione di non poter accedere al servizio o, prima ancora, di non avere conoscenza di determinati servizi e attività resi dalle amministrazioni pubbliche[36].

È in questa circostanza che la mancanza involontaria delle conoscenze informatiche di base[37] - unitamente all'impossibilità economica di acquistare gli strumenti per accedere alle informazioni pubbliche digitali (non importa ora se a causa della mancanza di connessione a internet[38], dell'impossibilità di acquistare i dispositivi come pc e smartphone[39], l'identità digitale, la firma digitale, il domicilio digitale), -

[34] I dati Eurostat risalenti al 2023 pongono l'Italia sotto la media europea (55,56%) in quanto a competenze informatiche di base con una percentuale del 45,75%; si tratta di una percentuale che migliora nella fascia d'età 25-54 (53,78%) e che peggiora nella fascia di età *anziana*, ossia oltre i 65 anni d'età (19,33%).

[35] Per un inquadramento sul tema, cfr. S. DADÀ, *Vulnerabilità digitale: etica, intelligenza artificiale e medicina,* Mimesis, Milano-Udine, 2024.

[36] Cfr. di recente la *Relazione di monitoraggio in materia di alfabetizzazione mediatica e digitale*, 2024 rilasciata dall'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni il 2 luglio 2025.

[37] Si delimita dunque il campo di analisi, escludendo coloro che non ritengono di voler introdurre strumenti di tecnologia nelle proprie relazioni; in tal modo si individua il bacino di utenti cui si riferisce la Strategia nazionale delle competenze, su cui *infra*. Sulla pretesa ad *uscire* dall'ambiente virtuale come pretesa uguale e contraria all'*accesso* allo stesso, tanto da configurarlo come espressione di "libera autodeterminazione" cfr. A. ALÙ, *Il doppio volto di internet tra l'accesso e l'uscita e il paradosso della "trappola" digital,* in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, 2, 2023, spec. 629; già in tema D. POLETTI, *Il cd. diritto alla disconnessione nel contesto dei "diritti digitali"*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 9 e s.

[38] In tema la letteratura è certamente vasta, si segnalano la proposta di riforma costituzionale tradottasi nel disegno di legge costituzionale n. 2485 del 2010 su "*Introduzione dell'articolo 21-bis della costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso ad Internet*"; a livello europeo, l'accesso a internet ha ricevuto attenzione dalla Direttiva "servizio universale" n. 2002/22/CE (recepita in Italia con il d.lgs. 1° agosto 2003 n. 259, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche), che definisce alcuni standard minimi che devono essere rispettati nell'erogazione di servizi, anche telematici; si aggiungono il Regolamento UE 2015/2120 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 che stabilisce misure riguardanti l'accesso a un'Internet aperta e che modifica la direttiva 2002/22/ CE relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica e il Regolamento (UE) n. 531/2012 relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione. Il tema è stato affrontato in E. DE MARCO (a cura di), *Accesso alla rete e uguaglianza digitale*, Milano, 2008; T.E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a internet*, in *Rivista AIC*, 1, 2011, 1 e s.; G. AZZARITI, *Internet e Costituzione*, in *Diritto e Internet*, 2, 2011; G. DE MINICO, *Accesso a Internet tra mercato e diritti sociali nell'ordinamento europeo e nazionale*, in *Federalismi.it*, 4, 2018. La Corte costituzionale ha affrontato il tema perlopiù incidentalmente senza tuttavia definire il contenuto del diritto di accesso a internet, cfr. per tutti P. PASSAGLIA, *Corte costituzionale e diritto dell'internet: un rapporto difficile (ed un appuntamento da non mancare),* in *Giur. cost.*, 2014, 4837 e s.; cfr. G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Pluralismo e libertà nell'era dell'intelligenza artificiale*, cit.; in generale sul servizio pubblico di telecomunicazione cui è riferita la nozione di servizio universale, cfr. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in *Istituzioni di diritto amministrativo,* a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2012, 60 e s. laddove la fornitura di reti e servizi di telecomunicazione elettronica come garanzia di servizio universale a prescindere dall'ubicazione geografica e secondo prezzi accessibili e livelli qualitativi efficienti.

[39] In tema, cfr. Corte costituzionale 21 ottobre 2004, 307, laddove, in un giudizio di legittimità costituzionale promosso dalla Regione Emilia-Romagna, la scelta dello Stato di finanziare l'acquisto di PC ai giovani sedicenni è stata ricondotta "a finalità di interesse generale, quale è lo sviluppo della cultura, nella specie attraverso l'uso


ISSN 2036-7821

impedisce una fruizione eguale[40] dei servizi online (art. 7, d.lgs. 82/2005) rispetto a chi, viceversa, non incontra alcuna o tutte queste difficoltà[41].

A ben vedere, il tema acquisisce oggi importanza non solo per gli effetti che si sono *supra* richiamati (§1-2), ma anche per l'utilizzo degli strumenti di intelligenza artificiale da parte delle amministrazioni pubbliche, sia quando si tratti di un provvedimento automatizzato, sia quando si tratti di erogazione di un servizio[42]. L'inadeguata conoscenza informatica di base è stata oggetto di particolare attenzione nella recente normativa europea, che non solo ha previsto una *AI literacy* (art. 4, Reg. UE 2024/1689[43]), ma ha del pari previsto limiti all'utilizzo delle tecnologie, al fine di prevenire o mitigare i rischi di discriminazione derivanti dalla carenza di abilità nell'interagire con tali strumenti.

Basti fin d'ora menzionare alcuni divieti assoluti, come quello di immissione nel mercato, messa in servizio e uso di strumenti di *artificial intelligence* (AI) che possono avere effetti manipolativi sui comportamenti, a esempio perché possono "persuadere le persone ad adottare comportamenti indesiderati o per indurle con l'inganno a prendere decisioni" (considerando 29, art. 5, Reg. UE 2024/1689). Si aggiungono poi specifici obblighi di notifica, mediante la previsione di specifici sistemi di *alert*,

---

dello strumento informatico, il cui perseguimento fa capo alla Repubblica in tutte le sue articolazioni (art. 9 della Costituzione) anche al di là del riparto di competenze per materia fra Stato e Regioni di cui all'art. 117 della Costituzione"; cfr. il commento di A. PACE, *I progetti "PC ai giovani" e "PC alle famiglie": esercizio di potestà legislativa esclusiva statale o violazione della potestà regionale residuale?*, in *Giur. cost.*, 2004, 3214 s.; cfr. anche sul punto, F. G. PIZZETTI, *Il progetto "PC ai giovani" nel quadro della promozione dell'eguaglianza digitale da parte dello Stato e delle Regioni*, in *Federalismi.it*, 2008.

[40] Sul rapporto che intercorre tra infrastrutture e diritti fondamentali, con incidenza sulla stessa realizzazione della coesione sociale, cfr. F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie,* in *Munus,* 1, 2017, spec. 122; diffusamente per i profili costituzionali, cfr. P. PASSAGLIA, *La problematica definizione dell'accesso a Internet e le sue ricadute su esclusioni sociali e potenziali discriminazioni*, in *Medialaws,* spec. 2.

[41] Per alcune riflessioni sul potere digitale come fattore che può promuovere libertà, ma che del pari può amplificare il rischio di lesione dei diritti, cfr. O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quaderni costituzionali,* 3, 2023, spec. 573. Basti ricordare che la riforma che ha inteso inserire la c.d. "carta della cittadinanza digitale" nel codice dell'amministrazione digitale intende l'accesso ai servizi digitali come condizione che consente a chiunque di ridurre "la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici" (art. 1, l. 7 agosto 2015, n. 124); cfr. per considerazioni in punto: M.C. CAVALLARO, *Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa*, in *Amministrativamente,* 3, 2024, spec. 939 e s.

[42] Seppur non è oggetto di questo lavoro, il tema rimanda alle decisioni completamente automatizzate laddove l'utilizzo da parte delle amministrazioni pubbliche ha prodotto, in più occasioni, effetti discriminatori con conseguente invalidità della decisione adottata; il tema è ampiamente trattato in letteratura, si rimanda almeno a G. TERRACCIANO, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativamente,* 2, 2022, 4 e s.; L. PREVITI, *La decisione amministrativa robotica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023; M. FALCONE, *Ripensare il potere conoscitivo pubblico tra algoritmi e big data*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023. Di recente: M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale. Strumenti, principi e garanzie*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024.

[43] Si tratta del Regolamento europeo 2024/1689 adottato dal Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n, 300/2008, (UE) n, 167/2013, (UE) n, 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828.


ISSN 2036-7821

quando si interagisce con un sistema di intelligenza artificiale progettato per interagire con le persone oppure per generare contenuti (considerando 132, Reg. UE 2024/1689). In maniera non dissimile, si pone la scelta di classificare ad alto rischio i sistemi di AI che sono impiegati per l'accesso alle prestazioni sanitarie o assistenziali essenziali: ciò risponde ad una ritenuta esigenza di maggior tutela di coloro che si trovano in una situazione di vulnerabilità, laddove un uso non consapevole potrebbe produrre effetti discriminatori nei destinatari (considerando 58, Reg. UE 2024/1689).

A tal proposito, per tali sistemi è stata prevista una puntuale valutazione del rischio che deve accompagnare l'adozione e l'utilizzo degli strumenti di AI (art. 9, Reg. UE 2024/1689), cui si è aggiunta la previsione della facoltà attribuita alla Commissione europea di aggiornare l'elenco degli strumenti di AI considerati ad alto rischio, qualora si renda necessario per la tutela di chi si trovi in una situazione di vulnerabilità (art. 7, par. II, lett. h), Reg. UE 2024/1689).

Tale recente normativa speciale conferma l'attenzione per il tema generale della vulnerabilità digitale - causata dall'assenza di competenze informatiche – perché consente di individuare gli obblighi (di valutazione dei rischi[44], di informazione, di alfabetizzazione)[45] che devono essere rispettati dalle istituzioni pubbliche (es. Commissione europea, legislatore, amministrazioni pubbliche), così come dagli operatori economici pubblici o privati che sono parte del ciclo di vita dell'AI[46].

Ne consegue l'interesse a collocare gli interventi pubblici che consentano l'acquisizione di competenze informatiche di base come scelta regolatoria a tutela dei diritti[47], coerentemente con le tradizioni comuni degli Stati membri[48] e con un'idea

---

[44] In tema già G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2022, 303 e s.; A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law*, 1, 2020, 63 e s.

[45] In termini critici, nel senso che garanzie procedurali a fronte dei poteri privati non possono essere avulse dal contesto valoriale di riferimento, per evitare di giungere a effetti "radicalizzanti", cfr. O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, cit., spec. 584-585 e riferimenti ivi citati.

[46] Si tratta di obblighi previsti in capo a fornitori e *deployers*, nella ritenuta consapevolezza che la loro professionalità consenta di ritenerli maggiormente consapevoli - già in fase di progettazione- dei danni potenziali o attuali che si potrebbero realizzare proprio in ragione di una situazione di vulnerabilità dei destinatari; nello specifico si tratta dell'obbligo per i fornitori di prevedere un sistema di valutazione dei rischi che tenga conto della vulnerabilità (considerando 67, art. 9, par. IX, Reg. UE 2024/1689) e di curare la qualità del *dataset* utilizzato per l'addestramento dei dati poiché è ormai opinione consolidata che l'accuratezza dei *dataset* consenta di ridurre o escludere del tutto discriminazioni basate proprio sulla scarsa o errata rappresentazione offerta dai dati (considerando 67 e 93, Reg. UE 2024/1689). Si aggiungono obblighi informativi in capo ai *deployers* volti a informare sui rischi potenziali derivanti dall'utilizzo di AI (considerando 93, Reg. UE 2024/1689) che possono essere implementati nei codici di condotta, che seppur non sono assistiti da poteri sanzionatori, si pongono come strumenti di autolimitazione dei rischi (considerando 165, Reg. UE 2024/1689).

[47] Per un inquadramento costituzionalistico che afferma la persistenza della rule of law nella regolazione europea sul digitale, cfr. O. POLLICINO, *Potere digitale*, in *Potere e costituzione. Enciclopedia del diritto. I tematici*, a cura di M. Cartabia, M. Ruotolo, Giuffrè, Milano, 2023, 410 e s. Sulla teoria dell'orizzontalità dei diritti fondamentali che ne richiede una tutela che prescinde dalla natura pubblica o privata del potere, cfr. F. PARUZZO, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, ESI, Torino-Napoli, 2022, spec. 136 e s.; l'orizzontalità


ISSN 2036-7821

antropocentrica della transizione digitale[49]; come si vedrà (§4-5), gli interventi pubblici intendono garantire l'effettività del diritto all'uso delle nuove tecnologie, come soluzione alla vulnerabilità delle persone[50] di fronte alla digitalizzazione delle organizzazioni pubbliche e private[51].

### *4. La risposta della Repubblica per l'alfabetizzazione digitale: cenni introduttivi.*

Il tema così inquadrato rimanda al dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano in via di fatto il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, co. II, Cost.)[52], laddove la mancanza di competenze informatiche di base delinea forme di

della tutela dei diritti a cui la Corte di giustizia si riferisce per limitare il potere digitale con ampi richiami alla giurisprudenza in tal senso, cfr. O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, cit., spec. 579

[48] Sull'approccio regolatorio europea sul digitale "fortemente identitario, *made in Europe*" cfr. B. Boschetti, N. Berti, *Trasformazione digitale e regolazione trasformativa,* in *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza digitale*, a cura di A. Lalli, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 19.

[49] Che si ricava da molti testi di soft law, come la *Dichiarazione europea sui diritti e principi digitali per il decennio digitale*, COM (2022), 28 final. Sull'imprescindibile rilevanza valoriale dei principi delle tradizioni comuni europee negli interventi regolativi in tema, cfr. O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, cit., spec. 572 e s.

[50] Il tema è affrontato da plurime discipline, oltre a quelle giuridiche. Per quanto qui di utilità per inquadrare il tema, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda B. PASTORE, *Vulnerabilità, diritto, ragionamento giuridico*, in *Teoria e storia del diritto privato,* numero speciale, 2022, 1-21; A.A.V.V., *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, a cura di O. Giolo e B. Pastore, Roma, 2018; R. CHENAL, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali,* in *Ars interpretandi,* 2, 2018, 35-55; per l'emersione del tema nella corte di giustizia dell'Unione europea, cfr. P. T. LOURDES, T. ALEXANDRA, *Vulnerable Groups: The Promise of an Emergent Concept in European Human Rights Convention Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 11, 2013, 1056-85; si rimandano ad alcune letture G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto,* Carocci editore, Roma, 2019 per i profili di filosofia del diritto; cfr. di recente M. ARLOTTI, S. SABATINELLI, *Una nuova geografia della cittadinanza sociale? Lo sviluppo territoriale dei servizi sociali a vent'anni dalla legge quadro 328/00*, in *Politiche sociali*, 3, 2020, 357-374 per l'interesse della sociologia. Per un'analisi di recente sulla ricorrenza del lemma vulnerabilità nella giurisprudenza europea, cfr. V. LORUBBIO, *Vulnerability as universal ecosystem condition: a European comparative perspective*, in *Federalismi,* 22, 2021, 154 e s.

[51] La questione della vulnerabilità digitale investe il principio di buon andamento, cfr. R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi editore, Bologna, 2001, spec. 422 ove riferendosi al concetto di buon andamento elabora considerazioni di utilità ai nostri fini poiché sostiene che "probabilmente è ancora evidente, tra i giuristi, la riluttanza all'utilizzazione di concetti e strumenti che, pur non avendo natura originariamente giuridica, ben potrebbero acquistarla, una volta inseriti nelle realtà proprie dei pubblici poteri. Un'amministrazione moderna che intenda rispondere adeguatamente alle istanze sociali di democraticità e di efficacia gestionale non può consentirsi un anacronistico ripiegamento su se stessa, essendo tenuta, piuttosto, ad aprirsi ad apporti ed esperienze di altri settori".

[52] Sull'intervento pubblico a superamento degli ostacoli di fatto che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, cfr. almeno R. CAVALLO PERIN, *Comuni e provincie nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 77-78, poiché si ritrova nel principio di uguaglianza sostanziale «un dovere di porre in essere non solo attività giuridica (leggi, regolamenti, ecc.), ma anche veri e propri comportamenti positivi volti al superamento delle disuguaglianze sociali», sicché l'art. 3 co. 2 cost. è «tutt'ora riferimento giuridico forte ed attuale che involge quell'attività della pubblica amministrazione che nel nostro ordinamento è da tempo volta ad una organizzazione degli assetti sociali in cui abbiano minor peso le diseguaglianze storicamente prodotte dal «libero mercato»; cfr. Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1088 laddove l'affermazione che "tutti i cittadini hanno diritto di concorrere


ISSN 2036-7821

discriminazione nell'esercizio dei diritti civili, politici e sociali dei c.d. non nativi digitali[53].

Ad oggi, la vulnerabilità delle persone prive o quasi di competenze informatiche è affrontata dalla Repubblica, coerentemente con la politica europea[54], attraverso interventi con un diverso grado di articolazione (nazionale, regionale e locale), come si avrà modo di vedere. Ciò dipende anzitutto dall'assenza di una competenza legislativa esclusiva o concorrente in tema di digitale, sicché non si ritrova una unitarietà degli interventi all'uopo dedicati.

Tuttavia, si è visto, l'alfabetizzazione informatica sta acquisendo rilevanza, non solo in alcune discipline specifiche (art. 8, d.lgs. 82/2005; art. 4, Reg. UE 2024/1689), ma vieppiù attraverso atti come la *Strategia nazionale per le competenze digitali*, il *Piano triennale per l'informatica della Pubblica amministrazione 2024-2026*, nonché il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*[55]. A ben vedere è proprio attraverso la previsione in

all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" impone di evitare forme di discriminazione che producano l'effetto di escludere l'individuo dalla socialità dell'ordinamento-comunità; sul tema di ordine generale del principio di uguaglianza, senza pretesa di esaustività, almeno, L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, 320; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Cedam, Padova, 1984.

[53] Per il termine cfr. *Rapporto annuale 2025. La situazione del Paese,* rilasciato dall'ISTAT aggiornato al 26 maggio 2025 e disponibile qui (https://www.istat.it/produzione-editoriale/rapporto-annuale-2025-la-situazione-del-paese-il-volume/), spec. 140 ove i *non nativi digitali* sono identificati in coloro che sono nati prima del 1980, caratterizzati da una diffusione delle nuove tecnologie lenta, seppur differenze si individuino tra i nati negli anni Quaranta e Cinquanta e quelli nati dopo gli anni Sessanta, caratterizzati da una presenza molto più costante delle nuove tecnologie legate all'attività lavorativa. Si escludono dall'indagine coloro che non intendono essere *infastiditi* dalle tecnologie, mostrando un atteggiamento di resistenza alla tecnologia, non importa se come espressione di un passatismo culturale, ossia di un atteggiamento di conservatorismo culturale e ideologico.

[54] Di interesse è notare l'adesione dell'Italia alla piattaforma europea *Digital skills and Jobs Platform*, che riunisce 22 Stati membri con il dichiarato scopo di consentire la circolazione e divulgazione di progetti nazionali adottati per sviluppare le competenze digitali. Per visualizzare i progetti o le politiche adottate, cfr. https://digital-skills-jobs.europa.eu/en/actions/national-initiatives/national-strategies?page=5 L'attenzione europea al tema delle competenze digitali è già stato preso in analisi almeno dal 2016, con la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni recante *Una nuova agenda per le competenze per l'Europa Lavorare insieme per promuovere il capitale umano, l'occupabilità e la competitività*, adottata nel 2016; in tema, da ultimo, *Quadro delle Competenze Digitali per i Cittadini – c.d. Digcomp 2.2* che è documento rilasciato nel 2022 dal Science for Policy del Joint Research Centre (JRC) dell'Unione europea. Di recente, è l'adozione della Decisione (Ue) 2022/2481 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce il programma strategico per il decennio digitale 2030 con la quale sono definiti gli obiettivi di *digital literacy* da raggiungere entro il 2030 (trattasi dell'80% di persone tra i 16 e i 74 anni). Del pari la *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale* (2023/C 23/01) impegna l'Unione europea a investire nell'istruzione, formazione e apprendimento di lungo periodo per l'acquisizione di competenze digitali.

[55] Cfr. la misura della Rete dei Servizi di Facilitazione Digitale (M1C1-1.7.2) si inserisce più in generale nella Missione 1 - Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo, Componente 1 - Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA, Investimento 1.7. - Competenze digitali di base, Subinvestimento 1.7. 2 - Rete di servizi di facilitazione, del PNRR si aggiunge anche la Missione 5 - Componente 1 "Politiche per il lavoro", è inserita la Misura 2.1 "Servizio civile universale".


ISSN 2036-7821

questi atti che sta emergendo una dimensione nazionale di un intervento pubblico per l'acquisizione delle competenze informatiche di base.

Si tratta dell'istituzione della Rete di facilitazione digitale e del Servizio civile digitale, l'una che trova conforto nella co-progettazione tra Stato e Regioni e l'altra, perlopiù, nel dovere di difesa della Patria (artt. 11, 52 Cost.)[56]; per entrambe si tratta di attività amministrative prestazionali[57] definite entro una dimensione programmatoria[58], e come "attività amministrativa di durata"[59] volta a soddisfare un bisogno pubblico specificatamente individuato[60]. Come si vedrà (§4.1, §4.2), seppur diversamente organizzate, le due attività offrono un servizio di assistenza[61] all'acquisizione di competenze informatiche a favore vieppiù di chi non si trova più nell'obbligo scolastico, ove, le competenze informatiche sono di recente state considerate livelli essenziali delle prestazioni scolastiche (art. 19, d.lgs. 226/2005).

### *4.1. (segue) La rete dei servizi di facilitazione digitale.*

[56] Per la correlazione che esiste tra dovere di solidarietà e principio di uguaglianza accomunati da una medesima "missione", ossia l'emancipazione umana, cfr. bologna university, spec. 34 e s. Di interesse è notare come negli USA – in linea con l'idea di costruire "autostrade informatiche" volute da Bill Clinton - si sono proposte fin dagli anni Novanta iniziative private finanziate con fondi statale a favore di un'attività di alfabetizzazione in specie dei giovani, in tema cfr. D. SINISCALCO, S. VITALINI, *Comunità digitali,* in *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 1, 1999, spec. 126 e s. in specie per il confronto che mette in luce come l'approccio politico verso le tecnologie in USA ed Europea sia inscindibilmente connesso con il tasso di utilizzo e di alfabetizzazione informatica delle persone.

[57] Cfr. F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.* (agg.), VI, Milano, 2002, 100-101; M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, III, Giuffrè, Milano, 1958, spec. 990 che qualifica altresì questa attività come *unilaterale* mancando la dimensione di adempimento correlata ad un'obbligazione. Cfr. E. CASETTA, *Attività amministrativa,* in *Dig. Disc. Pubb.*, I, Utet, Torino, 1987, spec. 523 per il quale non v'è dubbio che si possa parlare di attività amministrativa anche quando questa non sfoci in un atto amministrativo, purchè sia riconducibile al concetto di "amministrare".

[58] Cfr. I.M. MARINO, *Aspetti giuridici della programmazione e mete sociali (Parte Prima)*, in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 2015, 697; M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, 1983, 629; sull'utilizzo di pianificazione e programmazione come termini affini, cfr. A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione,* Milano, 1963, 100 e s.

[59] Per la stretta correlazione che esiste tra pianificazione e attività amministrativa di durata, cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche,* il Mulino, Bologna, 1986, spec. 134.

[60] Cfr. E. CASETTA, *Attività amministrativa*, cit., spec. 523 ove i bisogni pubblici sarebbero soddisfatti anzitutto dalle attività anziché dagli atti, sicché ciò varrebbe a riconoscerne una rilevanza giuridica. Individua la dimensione di proattività dei cittadini per individuare i bisogni che realizzerebbero, così caratterizzando una differenza dello Stato di benessere che faceva riposare nei vertici dello Stato l'individuazione dei bisogni che avrebbero definito le condizioni per far raggiungere ai sudditi il "benessere", cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche,* cit., spec. 99-100.

[61] Si tratta di "servizio alla persona", infatti emerge l'attenzione a prestare servizi mirati alle specifiche esigenze dell'individuo che ne fruisce, così distinguendosi dall'erogazione standardizzate di una prestazione che è perlopiù attesa quando ci si riferisce ai servizi industriali. Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, I servizi sociali, in *diritto amministrativo*, I, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, Monduzzi editore, Bologna, 2001, spec. 1023-1024 per l'individuazione di un nucleo minimo della definizione di servizio sociale, laddove emerge che quasi tutti i servizi pubblici sono finalizzati alla "promozione del benessere di base della persona".


ISSN 2036-7821

Gli interventi pubblici a favore dell'acquisizione delle competenze informatiche non sono del tutto nuovi perché da tempo[62] alcune Regioni hanno cominciato a dotarsi di atti programmatici (le c.d. Agende digitali europee) coerenti con le politiche nazionali ed europee[63]. Si tratta di attività inserite in programmi pluriennali che sono state puntualmente definite entro le materie di competenza esclusiva regionale: a integrazione dei servizi turistici, per la promozione della sostenibilità ambientale; per lo sviluppo economico e per la produttività delle aziende perciò correlato alla formazione dei lavoratori[64]. L'interesse per il digitale da parte delle Regioni pertanto pare confermare l'importanza delle competenze informatiche anche a favore dello sviluppo del territorio (regionale, nazionale ed europeo)[65].

Di recente però è stata la programmazione nazionale del PNRR[66] che, attraverso la previsione di obiettivi individuati nelle sue Missioni[67], ha individuato interventi pubblici specificatamente dedicati alla formazione delle competenze informatiche, attribuendo l'attività amministrativa di esecuzione (*rectius* la « realizzazione » degli

[62] A partire, almeno, dalla Comunicazione della Commissione *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* del 3 marzo 2010 e della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni *Un'agenda digitale europea* del 19 maggio 2010, l'Italia ha emanato il d.lgs. n. 12 del 27 gennaio 2012, art. 49 e le Regioni si sono dotate di un atto di pari contenuti per definire una strategia di raggiungimento degli obiettivi di digitalizzazione, con particolare attenzione agli investimenti in infrastrutture che consentano la creazione di un mercato digitale e nelle competenze informatiche. In generale sull'Agenda digitale come mezzo di trasformazione digitale, cfr. G. PIPERATA, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della Pubblica amministrazione italiana*, in *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme,* a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bononia University Press, Bologna, 2016, spec. 256-257; E. CARLONI *Digitalizzazione e riforma dell'amministrazione: la nuova agenda*, cit., 277 e s.

[63] Cfr. a esempio l'Agenda digitale della Regione Veneto (già Delibera della Giunta regionale del 7 agosto 2012, n. 1650, di recente delibera della Giunta regionale del 22 febbraio 2022, n. 156 che adotta il documento programmatico "Linee Guida dell'Agenda Digitale del Veneto – ADVeneto 2025"); la Regione Toscana, invece, si è dotata già con delibera del Consiglio regionale del 4 dicembre 2012, n. 104 del *Programma regionale per la promozione e lo sviluppo dell'amministrazione elettronica e della società dell'informazione e della conoscenza nel sistema regionale 2012 – 2015* che si pone in coerenza con precedenti atti adottati dalla Giunta regionale; di recente, l'approvazione della legge regionale 9 dicembre 2024, n. 57 ha individuato i principi e i criteri che devono orientare gli interventi regionali nell'utilizzo delle tecnologie nell'attività della pubblica amministrazione e dei soggetti privati (es. interventi su interoperabilità dei sistemi informativi regionali, supporto alle reti di facilitazione regionale, definizione di standard tecnologici per la qualità dei dati pubblici, etc.).

[64] Sulla capacità delle Regioni a realizzare politiche innovative di organizzazione dei servizi pubblici, con esperienze che si distinguono in termini di efficacia, in particolare perché quello regionale ha maggiore vicinanza con gli enti del terzo settore e quindi con il pluralismo esistente sul territorio che permette di offrire risposte anche sperimentali ai bisogni emergenti, cfr. L. ANTONINI, *Competenza, finanziamento e accountability in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali*, in *Riv. dir. fin.*, 1, 2003, 74 e s.

[65] A es. l'agenda digitale Toscana di cui sopra è stata adottata entro la programmazione regionale di sviluppo approvata con risoluzione dal consiglio regionale

[66] Cfr. almeno, M. D'ALBERTI, *Il PNRR nel contesto delle pianificazioni*, in *Federalismi*, 2023, 3 e ss.

[67] Sulla programmazione per obiettivi, cfr. F. D'ANGELO, *PNRR, infrastrutture e attività amministrativa di esecuzione*, in *Dir. Amm.*, 1, 2025, spec. 148 e s.


ISSN 2036-7821

interventi) alle Regioni e agli enti locali attraverso gestione diretta o indiretta (art. 9, d.l. 77/2021)[68].

In questa programmazione si inseriscono quelle attività materiali che concretamente consentono di "raggiungere i risultati pianificati"[69]: tale è l'istituzione di una rete dei servizi di facilitazione digitale in ogni Regione[70] (i c.d. Punti digitale Facile[71]).

La preferenza per la creazione di una rete dei servizi di facilitazione digitale in ogni Regione manifesta il favore per un modello organizzativo che intende riunire i c.d. punti di facilitazione digitale, esistenti o di nuova istituzione per garantire anzitutto un coordinamento regionale, e, in ultima istanza, nazionale, realizzando un'uniformità delle modalità di erogazione del servizio, con previsione di determinati standard qualitativi e quantitativi che devono essere garantiti su tutto il territorio[72] e del numero di destinatari che devono essere raggiunti entro un determinato periodo[73].

Seppur il modello organizzativo prescelto sveli una tendenza alla centralizzazione del servizio, accostandolo a un servizio pubblico in quanto a doverosità e continuità di erogazione dello stesso, occorre notare che i seppur minini spazi di differenziazione non solo valgono manifestazione dello spazio di autonomia riservato a ciascuna Regione, ma del pari assicurano la partecipazione di cittadini in

---

[68] Stando al modello organizzativo che deriva dal PNRR, emerge la bipartizione di compiti decisionali e di compiti di intervento attribuiti ad amministrazioni centrali, regionali e locali, cfr. in tal senso F. D'ANGELO, *PNRR, infrastrutture e attività amministrativa di esecuzione*, cit., spec. 158; cfr. N. LUPO, *Next generation EU e sviluppi costituzionali dell'integrazione europea: verso un nuovo metodo di governo*, in *Dir. Pubb.*, 2022, 729 e s.

[69] Cfr. in tal senso F. D'ANGELO, *PNRR, infrastrutture e attività amministrativa di esecuzione*, cit., spec. 161 che scorge nel PNRR il momento di riaffermazione della dimensione materiale dell'attività, che acquisisce valore giuridico proprio in ragione della consequenzialità logica che deriva dalle previsioni "astratte" definite nel piano.

[70] Cfr. il decreto del Capo Dipartimento del Dipartimento per la trasformazione digitale n. 65/2022 adottato il 24 giugno 2022, con il quale è stata definita la "Ripartizione delle risorse finanziarie, dei punti di facilitazione digitale e del target di cittadini tra le regioni/province autonome per la realizzazione della misura 1.7.2" dalché ne è derivata la risorsa stanziata a favore di ogni regione.

[71] Come definito dalla conferenza Stato-Regione del 21 giugno 2022, ogni Regione conclude un accordo con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Dipartimento per la trasformazione digitale; a titolo esemplificativo, in Piemonte è stata adottata la Deliberazione della Giunta regionale n. 62-6055 del 25 Novembre 2022; poi integrata con altra (Deliberazione della Giunta Regionale 18 marzo 2024, n. 14-8310) al fine di includere altresì gli enti del terzo settore.

[72] Si ritiene di potersi riferire alla nozione di servizio pubblico di alfabetizzazione informatica, laddove si scorgono alcuni caratteri propri, come l'imputabilità diretta o indiretta allo Stato, la dimensione prestazionale rivolta ai cittadini, in ultima istanza l'assenza di potere autoritativo. Cfr. per tutti R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Giappichelli, Torino, 2021, spec. 3 e s. per la ricostruzione in termini critici delle teorie che hanno contribuito a definire la concezione di pubblico servizio.

[73] La definizione dei *target* da raggiungere, dei punti di facilitazione digitale da istituire, delle zone geografiche da raggiungere entro una precisa scansione temporale è definita per ogni Regione, da cui consegue l'attribuzione del finanziamento corrispondente (cfr. decreto del Decreto del Capo Dipartimento per la trasformazione digitale n. 65 del 24 giugno 2022). Il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati consente perciò la modifica delle modalità inizialmente stabilite nel Piano operativo regionale e comunque obbliga la Regione a disporre un piano di rientro, che deve essere autorizzato dal Dipartimento per la trasformazione digitale.


ISSN 2036-7821

forma singola o associata (art. 118, co. IV, Cost.) nel perseguimento dell'obiettivo definito a livello nazionale, o meglio, europeo.

In assenza di una definizione di *punto di facilitazione digitale* è l'apposizione del logo *Repubblica digitale* che identifica l'erogazione del servizio come pubblico, per distinguerlo da altri servizi simili che, diversamente, sono offerti da operatori privati[74]. A ben vedere tuttavia vi è indifferenza sull'erogazione del servizio in un luogo fisico o itinerante perché ciò che rileva è la presenza organizzata sul territorio di beni (almeno due postazioni di computer, la connessione internet, la videocamera, il microfono e la stampante, le lavagne elettroniche) e di persone qualificate (i c.d. facilitatori digitali).

Seppur vi siano alcuni elementi di differenziazione tra Regioni quanto ai profili organizzativi[75], il servizio di formazione di competenze informatiche di base e assistenza all'accesso ai servizi digitali online[76] deve rispettare lo standard minimo considerato inderogabile del numero minimo di 24 ore settimanali e deve rispettare specifiche tipologie[77]: a fronte di un servizio di assistenza all'accesso ai servizi digitali della pubblica amministrazione[78] e di formazione individuale, è consentita l'erogazione del servizio a gruppi di individui[79]. Si tratta di una formazione che segue la metodologia dell'autoapprendimento (o del *learning by doing*), ove la modalità sincrona o asincrona ne consente una modulazione in ragione del reale bisogno di formazione di ciascuno[80].

---

[74] Iniziative di alfabetizzazione digitale sono avviate da parte di dei fornitori di servizi media audiovisivi, cfr. la *Relazione di monitoraggio in materia di alfabetizzazione mediatica e digitale*, 2024 rilasciata dall'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni il 2 luglio 2025, spec. 42 e s.

[75] Su cui immediatamente *infra*.

[76] Le competenze minime cui riferirsi son raccolte nel *Quadro delle Competenze Digitali per i Cittadini – c.d. Digcomp 2.2* che è documento rilasciato nel 2022 dal Science for Policy del Joint Research Centre (JRC) dell'Unione europea.

[77] La presenza di uno standard minimo di prestazione richiama al concetto di "universalità di livelli minimi di prestazione" che devono essere assicurati: cfr. B.G. MATTARELLA, *L'attività,* in *Trattato di diritto amministrativo,* I, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2000, spec. 643.

[78] Si menzionano servizi come l'occupazione, i servizi previdenziali e assistenziali, l'accesso ai servizi sanitari e al Fascicolo Sanitario Elettronico, i pagamenti digitali, l'uso di AppIO, l'istruzione e l'Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR).

[79] A prescindere da questa distinzione, può notarsi che per il servizio in questione emerge la caratterizzazione del servizio a fruizione individuale, con soddisfazione non solo dell'interesse di un singolo, ma anche della collettività, laddove, come per l'istruzione, possono condursi le medesimi riflessioni laddove "è anche interesse della collettività a che ciascun [giovane] riceva almeno una buona istruzione di base"; cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, ottava edizione, 2014, spec. 171.

[80] In tal caso, l'attività di erogazione dei contenuti di formazione minima utilizza materiale informativo presente sulla piattaforma dedicata realizzata dal progetto Repubblica digitale, a conferma della preferenza per la centralizzazione delle attività formative. Cfr. R. CAVALLO PERIN, *Alla ricerca di una didattica per ciascuno uguale,* e I. ALBERTI, *La disciplina giuridica della didattica a distanza*, in *Una didattica a Giurisprudenza tra on line e intelligenza artificiale*, entrambi in A. Cavallo, R. Cavallo Perin, F. Longo, E. Sciandrello (a cura di), *Una didattica a giurisprudenza tra online e intelligenza artificiale*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino, 2024, rispettivamente 17 e s; 27 e s.


ISSN 2036-7821

È proprio la qualificazione del servizio come servizio pubblico a giustificare la preferenza per la collocazione dei punti di erogazione presso luoghi anzitutto di proprietà pubblica oppure in spazi aperti al pubblico, come le sedi del Comune, gli sportelli di assistenza ai servizi digitali come l'Ufficio per le Relazioni con il pubblico, i centri per l'impiego, i centri unici di prenotazione, i musei, le biblioteche, le scuole; non mancano tuttavia collocazioni in luoghi privati come le sedi di associazioni, i centri anziani, i centri giovanili e culturali, ma anche le parrocchie[81]. Indipendentemente dalla sede scelta per l'erogazione del servizio, la sede deve essere facilmente raggiungibile e accessibile a chiunque.

Pur entro la pianificazione nazionale, sono riservati alcuni spazi di autonomia della Regione identificati nel *Piano operativo regionale*[82], ossia nell'atto di pianificazione adottato dalla Giunta regionale[83] allo scopo di dare attuazione alle misure identificate nel PNRR[84]. Perciò, il contenuto è vincolato alle indicazioni della programmazione nazionale[85] senz'altro quanto agli obiettivi da raggiungere e alla tempistica, tuttavia, anche negli spazi di autonomia, ricorrenti sono le espressioni come "in contraddittorio"[86], "a seguito delle interlocuzioni"[87], "concordato"[88] nel testo dell'Accordo che manifestano la stretta collaborazione in fase di scrittura dello stesso piano operativo regionale con il Dipartimento per la trasformazione digitale, con riduzione, in definitiva, degli spazi di autonomia e di differenziazione tra Regioni quanto all'attuazione.

---

[81] Si ritrovano all'incirca questi luoghi più o meno in tutte le Regioni, musei: la Regione Umbria individua anche parrocchie e musei come punti di facilitazione digitale, prediligendo nondimeno forme di facilitazione *itinerante* per raggiungere le aree scoperte da un punto digitale o per le condizioni personali del richiedente.

[82] Cfr. a esempio per la Regione Calabria, D.G.R. n. 52 del 16 febbraio 2023; per la Regione Piemonte, D.G.R. n. 62-6055 del 25 novembre 2022; per la Regione Toscana, D.G.R. 1249 del 7 novembre 2022.

[83] La finalità individuata consente di ritenere che l'agenda digitale regionale abbia natura di atto politico, quantomeno perché adottato dalla Giunta regionale che è titolare dell'indirizzo politico e legislativo del consiglio regionale; sulla necessità di riconsiderare la ragion di Stato come causa dell'atto politico adottato dal solo Governo, cfr. C. CUDIA, *Considerazioni sull'atto politico*, in *Dir. Amm.*, 3, 2011, 623. V'è da dire che infatti l'Agenda digitale a esempio della Regione Veneto è adottata dalla Giunta regionale come espressione dell'attività di governo (art. 2, co. II, l.r. n. 54 del 31 dicembre 2012).

[84] Per l'efficace espressione secondo cui le amministrazioni centrali e locali sono "braccia operative per il raggiungimento dei fini programmati" cfr. F. D'ANGELO, *PNRR, infrastrutture e attività amministrativa di esecuzione*, cit., spec. 165.

[85] Confermato non solo dal PNRR e dalla Strategia delle competenze digitali, ma del pari dall'attività di monitoraggio e coordinamento affidate al Dipartimento per la trasformazione digitale, che svolge un'attività di supporto nei confronti delle Regioni a esempio condividendo le buone pratiche di altre Regioni oppure con corsi di formazione. Cfr. F. D'ANGELO, *PNRR, infrastrutture e attività amministrativa di esecuzione*, cit., spec. 150 laddove identifica come, a sua volta, il PNRR nazionale – pur essendo atto governativo a contenuto generale, riferibile agli atti di alta amministrazione – sia "vincolato" quanto a contenuti, target, scadenze alla regolamentazione europea che ha istituito il dispositivo per la ripresa e resilienza (Reg. UE, 2021/241 del 12 febbraio 2021).

[86] Cfr. Delibera della Giunta Regionale della Regione Piemonte del 25 novembre 2022, n. 62-6055.

[87] Cfr. Delibera della Giunta Regionale della Regione Umbria del 30 giugno 2022, n. 665.

[88] Cfr. Delibera della Giunta Regionale della Regione Toscana n. 1249 del 7 novembre 2022.


ISSN 2036-7821

Alcune differenziazioni tra Regioni, al più, si individuano nell'organo competente all'attuazione e al monitoraggio delle attività da svolgere[89], nonché nell'individuazione degli specifici luoghi di insediamento dei *Punti digitale facile* e ciò poiché è perlopiù scelta rimessa ai soggetti sub attuatori[90]. Anche nelle le modalità di scelta dei soggetti subattuatori destinatari del finanziamento[91] vi sono differenze tra Regioni poiché talvolta è preferito il bando non competitivo, l'avviso di manifestazione di interesse, la convenzione diretta[92]. Invece, la scelta del gestore del servizio di formazione e assistenza per l'acquisizione delle competenze digitali – talvolta anche la selezione e formazione dei facilitatori digitali[93] - è perlopiù rimessa al soggetto subattuatore, il quale può scegliere tra l'affidamento del servizio tramite procedura di gara oppure in coprogettazione con enti del terzo settore[94], seppur non sia esclusa la gestione diretta da parte della Regione o *in house*[95], in specie nelle aree prive di associazioni o enti del terzo settore.

Ciò in definitiva consolida la convinzione che le competenze informatiche siano un bisogno che concorre a definire il tessuto economico e sociale e che perciò debbano

[89] A esempio, la Regione Calabria individua la competenza nel Dipartimento Transizione Digitale ed Attività Strategiche e nel Dipartimento Lavoro e Welfare; la Regione Piemonte nella Direzione regionale Competitività del sistema regionale, specificatamente al Settore Programmazione sviluppo territoriale e locale, aree interne e aree urbane; la Regione Sicilia nell'Assessorato dell'istruzione e della formazione professionale Dipartimento della formazione professionale; la Regione Toscana invece individua la competenza nella Direzione Sistemi Informativi, Infrastrutture Tecnologiche E Innovazione, seppur la gestione della pubblicazione dell'avviso, di assistenza ai comuni per la domanda, nonché la concessione del finanziamento è gestita da Sviluppo Toscana s.p.a. (cfr. D.G.R. 28 febbraio 2022, n. 28).

[90] I soggetti subattuatori sono perlopiù i Comuni, ma differenziazioni si individuano in ciascuna Regione, così, a titolo esemplificativo, il Piemonte li identifica nei comuni capoluogo di provincia, nelle aree interne, nelle nuove Strategie Urbane d'Area (S.U.A.) ed nelle ulteriori aggregazioni spontanee tra comuni. In Piemonte si sono susseguiti due bandi differenti adottati con Determinazione dirigenziale n. 178 del 14 Aprile 2023 e n. 276 del 29 giugno 2023; per la Calabria si tratta dei soli Comuni; per la Sicilia sono i Gruppi di azione locale; per la Toscana, sono i Comuni singoli o associati, le Unioni di Comuni, la Città Metropolitana di Firenze.

[91] Si noti che il finanziamento deriva dall'attribuzione dello Stato a ciascuna Regione, in ragione degli obiettivi presentati dalla stessa al Dipartimento per la trasformazione digitale; del pari anche l'attribuzione di un fondo di premialità è rimesso alla selezione tramite bando pubblico "ai soli enti che si trovino in un avanzato stato di attuazione durante il periodo di apertura del Bando" (così, tra le molte, la determinazione dirigenziale 25 febbraio 2025, n. 55 adottata dalla Regione Piemonte) che, seppur approvato dalla Regione, è un finanziamento pur sempre statale.

[92] Si ritrovano convenzioni tra Regione e Comuni capofila (es. Calabria), oppure selezione con bando non competitivo (es. Piemonte); avviso di manifestazione di interesse (es. Sicilia); avviso pubblico non competitivo rivolto ai Comuni capofila (es. Umbria) cui seguirà una fase di coprogettazione con la Regioni e, infine, ci sarà la conclusione di una convenzione che raccoglie il Piano operativo zonale.

[93] Cfr. Delibera della Giunta Regionale della Regione Umbria del 30 giugno 2022, n. 665.

[94] Di recente, in tema cfr. E. FREDIANI, *La co-progettazione: un modello innovativo nel rapporto pubblico/privato*, in *Lezioni sull'amministrazione condivisa,* a cura di E. Frediani, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 49 e s.; in tema già M. CLARICH, B. BOSCHETTI, *Il codice del Terzo settore: un nuovo paradigma?*, in *Jus,* 2018, 28 e s.; si veda anche A. BERRETTINI, *La co-programmazione: tra pubblica amministrazione e terzo settore,* in *Lezioni sull'amministrazione condivisa,* cit., spec. 71 e s.

[95] Cfr. a esempio, la Regione Piemonte consente la gestione in house del servizio tramite il CSI Piemonte (Deliberazione della Giunta Regionale 25 novembre 2022, n. 62-6055).


ISSN 2036-7821

essere affrontate unitariamente, con scelte d'organizzazione uniformi su tutto il territorio nazionale, ove lo spazio di autonomia di Regioni, Province, Città metropolitane, Comuni, nondimeno dei cittadini in forma singola o associata non si traduce in differenze significative nella qualità e nell'erogazione del servizio che certo può definirsi "servizio pubblico"[96].

### *4.2. (..segue) il servizio civile digitale.*

In un modo non molto dissimile[97], il servizio civile digitale tende a raggiungere tutti coloro che sono privi o quasi di competenze informatiche di base, a prescindere da reddito, livello di istruzione, residenza anagrafica, a ben vedere, ponendosi come "services to accompany citizens in the use of digital tools"[98].

Il servizio civile digitale[99] è specificazione del servizio civile universale (art. 2, d.lgs. 6 marzo 2017, n. 40)[100], perciò è influenzato dagli obiettivi definiti nella programmazione pubblica dell'attività[101], dettagliati nel Piano triennale 2023-2025 per la programmazione del servizio civile universale (art. 4, d.lgs. 40/2017)[102].

---

[96] Anche la teoria soggettiva del servizio pubblico non presuppone che l'erogazione debba essere gestita in modo diretto e in via esclusiva dalla pubblica amministrazione, cfr. R. VILLATA, *Pubblici servizi*, cit., spec. 5-6, in specie poiché a caratterizzare in tal senso un servizio pubblico è "l'imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, dunque la titolarità del servizio, non la sua gestione".

[97] Alcuni Piani operativi regionali prevedono forme di coordinamento tra i due servizi, a esempio anche con erogazione nel medesimo luogo o con coordinamento delle attività dei facilitatori digitali e degli operatori volontari, cfr. Deliberazione della Giunta regionale n. 62-6055 del 25 Novembre 2022 della Regione Piemonte; occorre tuttavia considerare la netta separazione tra i due progetti quanto alla rendicontazione delle attività svolte e segnatamente dal numero di destinatari raggiunti, perché i due progetti mantengono autonomia rispetto alle azioni raggiunte dal PNRR.

[98] Si tratta di una raccomandazione rivolta all'Italia, nel Report dedicato al monitoraggio sulle politiche adottate in coerenza con il *Decennio digitale 2030.* A ben vedere, lo *human support* è riconosciuto come rilevante per la formazione e l'uso delle nuove tecnologie dall'88% dei cittadini europei, con percentuali pari al 50% proprio in Italia (seguita soltanto da Ungheria e Polonia ove la percentuale sale al 53%, cfr. p. 35 del Report).

[99] Insieme al servizio civile ambientale e sportivo, è ancora inteso come *sperimentazione* del più consolidato servizio civile, perché introdotto come linea di intervento della programmazione PNRR (Missione 1 Digitalizzazione, innovazione, competitività e cultura, Componente C1 - Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella PA), inserito, tra gli altri, nel settore di intervento della programmazione nazionale dedicato all'assistenza (settore A).

[100] In tema di recente, cfr. F. POLACCHINI, *Il servizio civile nazionale: verso un nuovo concetto di patria e cittadinanza,* in *www.aic.it.*, 3, 2017, 3 e s.;

[101] Non così era la previsione del servizio civile universale nel previgente quadro normativo (d.lgs. 5 aprile 2002, n. 77) che invece prevedeva una mera pianificazione finanziaria, non anche degli interventi ritenuti rilevanti per la Repubblica.

[102] Per la sintesi delle attività compiute, il numero di progetti finanziati e degli operatori coinvolti, nonché della quota di finanziamento dedicata, in specie al servizio civile digitale, cfr. Relazione sull'organizzazione, sulla gestione e sullo svolgimento del servizio civile universale, riferita all'anno 2023, reperibile sul sito del Senato della repubblica.


ISSN 2036-7821

Attraverso questo atto, si ha programmazione pubblica del servizio civile digitale[103] che individua gli interventi che sono ritenuti prioritari e perciò doverosi, del pari le infrastrutture fisiche e le risorse umane[104] necessarie per il suo raggiungimento che, a ben vedere, sono ritenuti indispensabili a garantire la difesa non armata della Repubblica[105]. In questo contesto si inquadra "la riduzione significativa dell'attuale quota di popolazione a rischio di esclusione digitale"[106] che è obiettivo di coesione sociale e di benessere collettivo, poiché gli interventi di cui trattasi sono volti a costruire quelle infrastrutture immateriali (le competenze informatiche)[107] necessarie per superare i divari (digitali) tra territori[108].

Il servizio civile digitale si differenzia dalla rete di facilitazione digitale quantomeno per i soggetti coinvolti: non tutti gli individui possono prenderne parte, ma soltanto i giovani italiani e stranieri regolarmente soggiornanti in Italia[109] che hanno un'età compresa tra i 18 e i 28 anni[110]. Questa scelta è ragionevole se si guarda all'obiettivo

[103] Nel sistema nazionale corrente, sono due gli atti di pianificazione adottati: l'uno per gli anni 2020-2022, immediatamente successivo al termine del periodo di transizione tra i due sistemi normativi, l'altro per il periodo 2023-2025.

[104] Si intende accogliere qui la dimensione servente delle infrastrutture attraverso le quali è possibile realizzare lo scopo individuato, cfr. in punto A. MARI, *Infrastrutture*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 3134; G. PIPERATA, *Infrastrutture, strade e mobilità*, in *Enc. dir., I Tematici*, III, Milano, 2022, 693.

[105] Entro il livello minimo delle prestazioni essenziali, le Regioni e le altre amministrazioni pubbliche possono infatti sempre intervenire aggiungendo ulteriori livelli di tutela, cfr. Corte cost. 2020, n. 91; similmente art. 29, l. 241/1990.

[106] Così cfr. Piano triennale 2023-2025 per la programmazione del servizio civile universale, p. 33. Brevi considerazioni possono dedicarsi al Servizio civile digitale dedicato agli anziani: vale appena la pena notare che di recente è stato inteso come mezzo per consentire agli anziani di acquisire le competenze informatiche di base necessarie per l'esercizio dei propri diritti, come metodo di inclusione sociale dei soggetti anziani (art. 1, d.lgs. 15 marzo 2024 , n. 29). La previsione integrata del servizio civile digitale nel sistema di "politiche in favore delle persone anziane" (Rubrica del d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29) pare configurare il superamento di un approccio monolitico degli interventi di cura dedicati agli anziani, tradizionalmente erogati dalle sole istituzioni deputate all'assistenza socio sanitaria.

[107] Sulla progressiva rilevanza dell'immaterialità delle infrastrutture, cfr. A. SANDULLI, *Servizi per l'innovazione sociale in veste di infrastrutture,* in *Munus,* 2, 2024, spec. 699, laddove individua le infrastrutture pubbliche digitali come volte ad attuare il valore sociale e perseguendo il bene comune, perché attraverso queste si erogano servizi per la collettività, sicchè sarebbero al "crocevia tra il bene e il servizio pubblico".

[108] Sulla dimensione servente delle infrastrutture volte allo scopo della coesione sociale, cfr. F. LIGUORI, *Infrastrutture e periferie*, in *Munus*, I, 2017, 122.

[109] Il richiamo è anzitutto alla sentenza Corte cost. 25 giugno 2015, n. 119, con nota di A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, 4, 2015, 1 e s.; sull'estensione del requisito soggettivo, cfr. G. MONACO, *L'istituzione del servizio civile universale e la sua apertura allo straniero regolarmente soggiornante in Italia*, in Rivista AIC, 4, 2016, 1 e s.; S. PENASA, *Verso una "cittadinanza costituzionale"?. L'irragionevolezza del requisito della cittadinanza italiana per l'accesso al servizio civile volontario*, in *Rivista AIC*, 3, 2015, 1 e s.; E. GROSSO, *Sovranità, cittadinanza, nazionalità,* in *Diritto costituzionale*, 1, 2018, 35-69.

[110] Sul servizio civile come forma spontanea di adempimento del dovere di difesa della Patria, cfr. F. POLACCHINI, Doveri costituzionali e principio di solidarietà, Bologna University Press, Bologna, 2016, spec. 28; Corte cost., 8-16 luglio 2004, n. 228; è certamente qui conferente la lettura del volontariato come "realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la


ISSN 2036-7821

del servizio civile universale[111], che, infatti, non solo promuove un coinvolgimento attivo dei giovani[112], ma vieppiù esprime una forma civile di difesa non armata della Patria (art. 52 Cost.; art. 11 Cost., art. 1, d.lgs. 40/2017)[113], attraverso l'adempimento dei doveri di solidarietà civile, politica ed economica (art. 2, Cost.)[114], contribuendo allo sviluppo della persona[115]. La prestazione è perciò erogata da individui[116] che volontariamente decidono di assolvere al dovere di difesa della Patria (art. 52, co. I,

persona stessa" elevandolo perciò a valore fondante della Costituzione (Corte cost. 28 febbraio 1992, n. 355), dunque per l'attività svolta a favore del bisogno altrui, cfr. Corte cost. 26 giugno 2020, n. 131.

[111] Più in generale, il servizio civile oggi non può non tenere conto dei 17 obiettivi di sviluppo economico, sociale e ambientale definiti nell'Agenda 2030 per lo Sviluppo sostenibile con riferimento agli anni 2015-2030, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015 con la risoluzione 70/1, al quale in effetti si ispira in piena coerenza.

[112] In generale sui doveri individuali, cfr. C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1968, 119 e s.; sull'adempimento del dovere di solidarietà per le ricadute anche nei rapporti interprivati anche a seguito dell'affermarsi di istanze solidaristiche, cfr. F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit. spec. 87 e s.

[113] Il servizio civile nazionale è stato istituito con la legge 6 marzo 2001, n. 64; preceduto da quelle disposizioni che avevano previsto "Nuove norme in materia di obiezione di coscienza, adottate con legge 8 luglio 1998, n. 230; in tal senso si ha conferma della non esclusività del servizio militare come forma di adempimento al dovere di difesa della Patria, sulla graduale introduzione di strumenti alternativi al servizio militare, cfr. R. BERTOLINO, *L'obiezione di coscienza negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Giappichelli, Torino, 1967; A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Jovene, Napoli, 1992; A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubb.*, IV ed., Utet, Torino, 1995, X, 247 ss.; R. VENDITTI, *Dovere costituzionale di difesa e servizio civile dell'obiettore di coscienza (sent. n. 164/1985 della Corte costituzionale),* in *Obiezione di coscienza al servizio militare. Profili giuridici e prospettive legislative,* a cura di AA.VV., Cedam, Padova, 1989, 11 ss.; di recente, M. CAVINO, M. MALVICINI, *Le guerre dell'Italia repubblicana,* Il Mulino, Bologna, 2023, 145 e s.; E. ROSSI, *Cinquant'anni di servizio civile: dall'obiezione di coscienza a tirocinio formativo?*, in *Rivista AIC*. In tema, cfr. F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014. Sull'adempimento del dovere di difesa della Patria come valore morale e non solo giuridico, cfr. A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, A. Morelli, Giuffrè, Milano, 2016, 316.

[114] Sulla correlazione esistente tra dovere di difesa della Patria e doveri di solidarietà, cfr. di recente Corte cost. 17 dicembre 2013, n. 309; Corte cost. 25 giugno 2015, n. 119. Il soddisfacimento del bisogno di cui trattasi infatti non presuppone un monopolio pubblico, potendo diversamente ammettere l'apporto di cittadini, singoli o in forma associata, che si configura come attuazione del dovere di solidarietà; in questa direzione, cfr. M. CINELLI, *Sicurezza sociale,* in *Enciclopedia del Diritto,* vol. XLII, 1990, spec. 503.

[115] Ciò poiché il Servizio civile presenta profili di sviluppo della persona, sia come forma di apprendimento non formale, sia per il riconoscimento dell'attività svolta come titolo preferenziale all'accesso al pubblico impiego (art. 18, co. IV, d.lgs. 40/2017), così come l'attività svolta è oggetto di certificazione delle competenze (art. 18, co. I e II, d.lgs. 40/2017), anche per il tramite dell'accordo concluso tra il Dipartimento per le politiche giovanili e la Conferenza dei Rettori delle Università Italiane (più in generale in tema cfr. d.lgs. 16 gennaio 2013, n. 13 che reca disposizioni in tema di norme generali e dei livelli essenziali delle prestazioni per l'individuazione e validazione degli apprendimenti non formali e informali e degli standard minimi di servizio del sistema nazionale di certificazione delle competenze), ciò perché nel servizio civile coesiste la doppia anima di formazione del giovane e di concezione del giovane come *al servizio della collettività.*

[116] Con il chiarimento di cui si è detto sopra in termini di età (tra i 18 e i 28 anni) che volontariamente decidono di assolvere al dovere di difesa della Patria.


ISSN 2036-7821

Cost.)[117] e, così facendo, sono parte dell'erogazione di un servizio pubblico alla persona[118].

A differenza della rete dei servizi di facilitazione digitale, la programmazione nazionale individua gli ambiti di intervento e il numero di operatori volontari a prescindere da una programmazione che coinvolga le Regioni, le Città metropolitane, le Province, i Comuni (art. 114 Cost.), altri enti locali come le Università, le camere di commercio oppure le associazioni e gli enti del terzo settore.

Successivamente alla programmazione nazionale e su base volontaria, questi enti entrano a far parte del servizio civile digitale come enti del servizio civile attraverso la proposta di un progetto attuativo dell'ambito di interesse del servizio civile (che non si esaurisce nell'intervento sul digitale). I soggetti proponenti, pubblici o privati, devono essere iscritti all'Albo del servizio civile universale (art. 11, d.lgs. 40/2017)[119]; ciò garantisce un controllo pubblico preventivo che assicura verso tutti la sussistenza e la permanenza di requisiti in capo all'ente iscritto all'Albo.

In tal modo è valutata la capacità organizzativa dell'ente del servizio civile ed è assicurata verso tutti una determinata pretesa di qualità (art. 4, co. III, lett. c, d.lgs. 6 marzo 2017, n. 40), espressa nei requisiti generali e speciali (art. 11, co. III, d.lgs. 40/2017)[120], che consente di soddisfare esigenze di formazione, comunicazione, selezione e monitoraggio delle attività proposte.

---

[117] Cfr. J. LUTHER, *Art. 52,* in *Commentario alla Costituzione,* vol. I, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, 1035 e s., anche E. BETTINELLI, *Art. 52, co. I e II,* in *Commentario della Costituzione,* a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 1992, 76 e s.; F. DAL CANTO, *Difesa della Patria*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. III, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 1848. Per la difesa della Patria come "dovere collocato al di sopra di tutti gli altri, e che nessuna legge potrebbe fare venir meno", almeno cfr. Corte cost., 24 aprile 1967, 53. Sulla declinazione del dovere di difesa della Patria come specificazione del dovere di fedeltà alla Repubblica alla Costituzione e alle leggi, cfr. Corte cost., 27 febbraio 1973, n. 16. Per un inquadramento sui doveri, cfr. per tutti G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1968, 240 e s.

[118] Si tratta di scorgere la correlazione tra il servizio civile digitale e con la struttura di un servizio pubblico, poiché si scorge una similarità con la programmazione dei bisogni attraverso il Piano nazionale che definisce gli obiettivi da raggiungere, con la *quantità* delle prestazioni attese, nonché dei destinatari dell'intervento unitamente al programma che, invece, ne definisce i mezzi necessari e gli interventi puntualmente individuati da raggiungere entro un determinato tempo.

[119] Sulla partecipazione di soggetti pubblici e privati, che concorrono a realizzare l'attività di assistenza sociale, cfr. già G.P. BARBETTA, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent'anni*, in *Libro bianco sul Terzo settore*, a cura di S. Zamagni, Bologna 2011; sul progressivo coinvolgimento delle associazioni di volontariato e del terzo settore previo forme di controllo pubblico, cfr. E. INNOCENTI, E. VIVALDI, *Assistenza, volontariato, contrasto alla poverta`nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Le Regioni*, 5-6, 2014, spec. 1179 e s.

[120] Il tema è di ordine generale perché richiama un bilanciamento tra erogazioni di attività e servizi da parte di un soggetto pubblico e di un soggetto privato; in campo sanitario, cfr. almeno M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario,* Giuffrè, Milano, 2012; In tal senso, l'accreditamento di quei soggetti realizza una diversificazione tra soggetti che del pari operano nel settore (a es. dell'assistenza sociale), ingenerando nei destinatari del servizio la pretesa di un'erogazione (a es., del servizio civile digitale) che sia di qualità; cfr. M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore,* Jovene, Napoli, 2009, spec. 4 ove si esprime nel senso che il soggetto accreditante e l'accreditamento "*danno credito*" a colui che ha richiesto l'accreditamento; nel settore della formazione, per il caso specifico dei


ISSN 2036-7821

Il servizio di cui trattasi, in definitiva, non è libero nei fini da perseguire, perché come si è visto, è svolto entro un atto di programmazione pubblicistico definito *ex ante* (art. 41, co. I, Cost.; art. 118, co. IV, Cost.), che definisce gli obiettivi a cui gli enti devono tendere, la cui coerenza è verificata attraverso il procedimento amministrativo di selezione[121] delle proposte e, infine, con l'attività di vigilanza che la Regione esercita sull'attività svolta (art. 7, co. II; art. 22, d.lgs. 40/2017).

Ciò non esclude tuttavia che gli interventi proposti differiscano l'uno dall'altro, perché i servizi erogati sono lasciati alla preferenza che ogni ente di servizio civile universale (art. 1, co. II, lett. g, d.lgs. 40/2017) ritenga conforme agli obiettivi definiti in legge[122]; la differenziazione tra servizi erogati è anzitutto intesa a soddisfare esigenze che risentono di influenze differenti dettate dal contesto territoriale[123] e sociale di riferimento[124] e che perciò richiedono atti e servizi rispondenti a *quelle* esigenze[125], certamente pur sempre entro gli obiettivi dell'atto di programmazione nazionale (art. 5 Cost.)[126].

---

musei, cfr. C. BARBATI, *Gli standard nazionali di qualità per le professioni museali: le prospettive possibili,* in *Aedon,* 1, 2008.

[121] La fase di attuazione degli interventi previsti risente infatti di una procedimentalizzazione dell'attività, che inizia con la pubblicazione dell'avviso agli enti iscritti nell'Albo, affinchè propongano i programmi di intervento, cui segue la valutazione e l'approvazione della graduatoria che ne ammette la finanziabilità dei programmi; solo allora è consentita la pubblicazione del bando volta alla selezione dei giovani che in quanto operatori volontari potranno svolgere il servizio civile all'interno di quei programmi selezionati.

[122] Se la conformità agli obiettivi definiti a livello nazionale è un prerequisito necessario per la presentazione dei progetti, gli enti del servizio civile non si possono limitare a ciò, perché devono tenere conto di altri fattori, come la presenza e l'ammontare dei giovani nel territorio di riferimento compresi tra i 18 e i 28 anni, la capacità progettuale e strutturale degli stessi enti, oltre che il numero di giovani che hanno partecipato come volontari nel triennio precedente.

[123] Nella fase di progettazione, infatti, gli enti che intendono promuovere dei progetti devono indicare specificatamente il territorio interessato (se nel territorio nazionale, oltre alla Regione, anche il Comune, la città metropolitana, la Provincia, le province).

[124] A tal proposito v'è da dire che gli enti coinvolti sono stati definiti come "sentinelle del territorio", cfr. R. M. DE CICCO, *Il Servizio civile universale*, Aracne editrice, Canterano, 2017.

[125] Le esigenze individuate da soddisfare devono essere inserite nei settori di intervento individuati dalla legge e cioè assistenza, protezione civile, patrimonio ambientale e riqualificazione urbana, patrimonio storico, artistico e culturale, educazione e promozione culturale, paesaggistica, ambientale, del turismo sostenibile e sociale, e dello sport, agricoltura in zona di montagna, agricoltura sociale e biodiversità, promozione della pace tra i popoli, della nonviolenza e della difesa non armata, promozione e tutela dei diritti umani, cooperazione allo sviluppo, promozione della cultura italiana all'estero e sostegno alle comunità di italiani all'estero (art. 3, d.lgs. 40/2017), cui si aggiunge la coerenza rispetto ai 14 ambiti di intervento individuati dal Piano, tra cui, ai fini che qui interessa, *il Sostegno, inclusione e partecipazione delle persone fragili nella vita sociale e culturale del Paese* e il *Rafforzamento della coesione sociale, anche attraverso l'incontro tra diverse generazioni.*

[126] Occorre ciononostante specificare che la programmazione risente comunque di un'attività concertata tra soggetti dell'ordinamento (nazionale, regionale, locale), poiché seppur la programmazione è predisposta dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, vi è necessario coinvolgimento delle Regioni, cfr. per tutti Corte cost. 2 marzo 2007, n. 58, con nota commento di I. RUGGIU, *Servizio civile "atto terzo": l'intesa raggiunta è irreversibile… anche se le ragioni per disattenderla possono essere valide,* in *Forum dei quaderni costituzionali,* poi in *Le Regioni,* 3-4, 2007, 630 e s. ; in tema anche E. ROSSI, *Il servizio civile tra Stato e regioni: un difficile equilibrio da provare a prendere sul serio nella logica della leale collaborazione*, in *le Regioni,* 2-3, 2006, 502 e s.


ISSN 2036-7821

### *5. Considerazioni conclusive.*

L'effettività del diritto all'uso delle tecnologie nei rapporti con la pubblica amministrazione presuppone l'acquisizione di competenze informatiche che si mostra come bisogno che richiede soddisfacimento[127], per consentire a tutti – in condizioni uguali – di esercitare i propri diritti digitali (§1-2). Il possesso delle competenze informatiche non è solo presupposto per lo sviluppo della persona "secondo le proprie possibilità e la propria scelta" in un modo "che concorra al progresso materiale o spirituale della società" (art. 4 Cost.), perché si accompagna altresì ad una dimensione collettiva, correlata alla partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, co. II, Cost.). A contrario, perciò, il mancato possesso di competenze informatiche di base è un ostacolo che deve essere rimosso dalla Repubblica per consentire eguali condizioni nella fruizione *digitale* dei servizi e delle attività dell'amministrazione pubblica. Ciò spiega perché la risposta della Repubblica è stata nel senso di offrire tutela uniforme su tutto il territorio nazionale[128], attraverso l'istituzione della rete dei servizi di facilitazione e con il servizio civile digitale[129].

Queste due soluzioni colmano un divario che riguarda anzitutto coloro che non sono più destinatari del servizio di istruzione scolastica obbligatoria (art. 34, co. II, Cost.), poiché, di recente, l'acquisizione delle competenze informatiche di base è stata qualificata come livello essenziale delle prestazioni erogate dal servizio di istruzione.

A fronte di una programmazione nazionale, coerente con la programmazione europea (§2-4), le differenze sono significative: quanto alla rete di facilitazione

---

F. PIZZOLATO, *Il volontariato davanti alla Corte costituzionale,* in *Diritti fondamentali*, 3, 2020, spec. 16 e s.

[127] Pare del tutto conferente al tema che ci involge, la generale considerazione che afferma "la garanzia di libertà dal bisogno, nella quale si sostanzia il concetto di sicurezza sociale, idealmente sostenga e giustifichi tutta una serie di diritti di libertà riconosciuti dall'ordinamento, tra i quali spiccano, per quanto qui specificamente rileva, il diritto alla salute, il diritto all'assistenza, il diritto alla previdenza, la libertà dell'iniziativa assistenziale e previdenziale privata." Cfr. M. CINELLI, *Sicurezza sociale,* in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLII, 1990, spec. 503.

[128] È noto che seppur le Province e le Regioni possano attivare forme di servizio civile, queste sono ben distinte dal servizio civile nazionale che è infatti significativamente correlato al concetto di difesa (art. 117, co. II, Cost.), perciò impedendo alle Regioni di intervenire a definire aspetti procedurali e organizzativi che sono e rimangono di competenza statale, cfr. Corte cost. 8-16 luglio 2004, n. 228.

[129] Si tratta di un settore di intervento specifico, ulteriore rispetto al servizio civile ambientale e sportivo. Il servizio, a ben vedere, seppur è correlato a una delimitazione territoriale è rivolto a tutti, senza che vi siano distinzione di in ragione del reddito o della residenza; ciò lo distingue significativamente da altri interventi propri dell'assistenza sociale, come di contrasto alla povertà, che invece richiedono un preciso reddito – in tutta coerenza con un'idea di universalismo selettivo, e di residenza qualificata; per l'analisi su questo profilo cfr. E. INNOCENTI, E. VIVALDI, *Assistenza, volontariato, contrasto alla poverta` nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Le Regioni*, 5-6, 2014, 1156 e s.; cfr. Corte cost. 28 novembre 2005, n. 432 che riconosce la costituzionalità delle disposizioni che richiedono la residenza come criterio a cui subordinare determinati sussidi regionali. Di recente: C. DI COSTANZO, *I servizi sociali fra esigenze di uniformità, sperimentazioni regionali e libera circolazione delle prestazioni*, in *Le Regioni*, 6, 2024, spec. 975 e s.


ISSN 2036-7821

digitale pare potersi affermare la volontà di costruire un modello organizzativo stabile di erogazione di un servizio pubblico. Si è visto (§4.2) che a fronte di un'organizzazione uniforme su tutto il territorio nazionale – beni e professionalità necessarie (i c.d. facilitatori digitali) – ogni Regione può differenziarsi l'una dall'altra per offrire un servizio che tenga conto delle specificità territoriali per la soddisfazione del bisogno.

Diversamente, nel servizio civile digitale è prevalente la dimensione individuale di adempimento del sacro dovere di difesa della Patria (art. 52, Cost.), che il singolo decide di assolvere aderendo a un progetto di alfabetizzazione digitale, entro il progetto proposto dagli enti del servizio civile. È qui prevalente la dimensione volontaria – differente dalla professionalità richiesta ai facilitatori digitali -, sicché l'effetto *formativo* di trasmissione delle competenze informatiche si pone come una espressione concreta di difesa civile della Patria.

Nonostante le diversità strutturali che si sono cercate di individuare (§4.1, §4.2), entrambe offrono una soluzione che certamente consente, più di altre, di ridurre le discriminazioni nella partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, co. II, Cost.), in specie da quando le tecnologie hanno ridefinito organizzazione e attività della pubblica amministrazione, le modalità di comunicazione, l'esercizio dei diritti di partecipazione, nondimeno la fruizione dei servizi pubblici (§1-2).


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Costruire l'integrità in tempi di crisi: contrasto e prevenzione della corruzione nell'esperienza giuridica palestinese tra sfide istituzionali e prospettive di riforma.

## di Valentina Maria Donini

(Ricercatore confermato di Diritto Privato Comparato presso la "Scuola Nazionale dell'Amministrazione")

## Sommario

1. Introduzione: integrità e corruzione in un contesto di crisi prolungata. - 2. La diffusione del fenomeno corruttivo in Palestina. - 3. Pluralismo giuridico e crisi della *governance*. Ostacoli strutturali alla riforma del diritto in Palestina - 4. Etica pubblica e diritto islamico: la condanna della corruzione nella tradizione giuridica islamica - 5. La prevenzione della corruzione nel sistema giuridico palestinese - 6. La Commissione Anticorruzione Palestinese - 7. La tutela del *whistleblower* in Palestina - 8. Considerazioni conclusive.

## Abstract

This article examines the anti-corruption prevention system within the Palestinian National Authority, with particular attention to the political-institutional context, the challenges posed by legal pluralism, and the normative and institutional initiatives undertaken following the ratification of the United Nations Convention against Corruption (UNCAC) in 2014.

Despite the existence of a legal framework formally aligned with international standards and a number of important reforms, persistent structural weaknesses and political-institutional fragilities continue to undermine the effectiveness of anti-corruption policies.

This article highlights the importance of an integrated approach that complements legislative reform with the strengthening of institutional capacities, targeted training for public officials, and the promotion of a culture of integrity grounded in the values of transparency and both political and administrative accountability.

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


ISSN 2036-7821

### *1. Introduzione: integrità e corruzione in un contesto di crisi prolungata.*

La prevenzione della corruzione costituisce una dimensione essenziale dei processi di consolidamento istituzionale e rafforzamento dello stato di diritto, soprattutto in quei contesti caratterizzati da fragilità politica e amministrativa.

Nel caso palestinese, ciò si inserisce in un quadro particolarmente complesso, segnato da prolungate situazioni di emergenza, limitazioni all'effettivo esercizio della sovranità e generali condizioni di vulnerabilità economico-sociale che di fatto hanno prodotto una vera e propria "normalizzazione" della crisi, i cui effetti sono però decisamente drammatici.

Sicuramente va rilevato come negli ultimi decenni in Palestina siano stati compiuti significativi passi in avanti nell'ambito della prevenzione della corruzione, tuttavia, il sistema nazionale d'integrità continua ancora oggi a confrontarsi con rilevanti criticità strutturali e operative esogene, in primo luogo la presenza militare israeliana.

Affrontare il tema specifico della prevenzione della corruzione nella realtà palestinese, non può quindi prescindere dal contesto geopolitico in generale[1], dal momento che anche gli sforzi specificamente diretti alla diffusione della cultura dell'integrità risentono, inevitabilmente, dalla grave situazione di instabilità del territorio dovuta alla presenza militare israeliana. Inoltre, non si può ignorare che dall'inizio della guerra israeliana contro la Striscia di Gaza, il tasso di povertà nell'Autorità Nazionale Palestinese è salito al 58,4%, relegando ulteriori 1,74 milioni di persone nella povertà[2] e aggravando, quindi, le vulnerabilità socioeconomiche già esistenti.

Come è noto, la grave scarsità di risorse e la diffusa povertà rappresentano fattori strutturali che alimentano la corruzione: lo stato prolungato di emergenza (ulteriormente aggravato dall'inizio della guerra a Gaza e dall'intensificarsi delle operazioni militari in tutte le aree della Cisgiordania) ha avuto un impatto diretto anche sul sistema nazionale d'integrità, aumentando significativamente il rischio di diffusione del fenomeno corruttivo.

È evidente, infatti, che esiste un legame diretto e reciproco tra corruzione e povertà[3]: la corruzione devia risorse pubbliche dai servizi essenziali come istruzione, sanità e

[1] Cfr. sul tema, G.M. PICCINELLI, *Analisi geopolitica e comparazione giuridica: una riflessione mediterranea*, in B. LOYER, *Geopolitica. Metodi e concetti*, Torino, 2020, pp. 153-163. Vedi anche P. PASSAGLIA, *Quale geopolitica, quale diritto? Prime note per una futura ricerca sui rapporti tra le due discipline*, in *Rivista di diritti comparati*, VII, 2025, pp.144-162.

[2] United Nations Development Programme (UNDP), Economic and Social Commission for Western Asia (ESCWA), *Gaza war: projected socio-economic impacts on the State of Palestine*, May 2024.

[3] Sul rapporto tra corruzione, povertà e forme discriminatorie, cfr. S. GUPTA, H. DAVOODI, R. ALONSO-TERME, *Does corruption affect Income Inequality and Poverty?*, Working Paper of the International Monetary Fund,


ISSN 2036-7821

protezione sociale, acuendo le disuguaglianze e limitando le opportunità di sviluppo economico. Allo stesso tempo, la corruzione perpetua la discriminazione minando l'accesso equo ai diritti e ai servizi pubblici, colpendo in modo sproporzionato i gruppi emarginati e più vulnerabili[4].

Pertanto, la corruzione emerge sia come causa sia come conseguenza della povertà e dell'esclusione sociale, ma in ogni caso il risultato è drammatico, dal momento che la corruzione rende vani gli sforzi per promuovere uno sviluppo inclusivo, rafforzare la buona *governance* e garantire la tutela dei diritti umani fondamentali[5].

Rappresenta una forte criticità anche un quadro giuridico non solo non ancora completamente unificato, ma caratterizzato altresì da una debolezza democratica

---

WP/98/76, 1998; Y. JONG-SUNG, S. KHAGRAM, *Inequality and Corruption*, KSG Faculty Research Working Paper Series RWP04-001, January, 2004. Sulla questione specifica della povertà nel mondo islamico contemporaneo, cfr. G.M. PICCINELLI, *Dai maqàsid al-sharì'a agli SDGs 2030: gli strumenti giuridici a sostegno della povertà nell'Islam*, in A. RUSSO (a cura di), *Riflessioni di diritto comparato alla luce delle nuove relazioni industriali*, Capua, 2023, pp. 155-186.

[4] Cfr. E.M. USLANER, *Corruption, Inequality and the Rule of Law. The Bulging Pocket Makes the Life Easy*, Cambridge, 2008; L. POLICARDO, E.J. SÁNCHEZ CARRERA, *Corruption Causes Inequality, or is it the other way around? An Empirical Investigation for a Panel of Countries*, in *Economic Analysis and Policy*, 59, 2017, pp. 92-102; J. BULLOCK, M. JENKINS, *Corruption and Marginalisation. Transparency International Anti-Corruption Helpdesk Answer*, Transparency International, Berlin, 2020.

[5] Sul rapporto tra diritti umani e corruzione, o sul diritto di "to be free of official corruption" cfr. N. ASTHANA ANAND, *Human rights and corruption: Evidence from a natural experiment*, in *Journal of Human Rights*, 11.4, 2012, pp. 526-536; M.K. ANDERSEN, *Why Corruption Matters in Human Rights*, in *Journal of Human Rights Practice*, 10, 1, 2018, pp. 179-190; M. BOERSMA, *Corruption: A Violation of Human Rights and a Crime under International Law*?, Antwerp, 2012; C. SANDGREN, *Combating Corruption: The Misunderstood Role of Law*, in *The International Lawyer*, 39, 3, 2005, pp. 717–731; M. KIAI, A. KURIA, *The Human Rights Dimensions of Corruption: Linking the Human Rights Paradigm to Combat Corruption*, in *Journal of Global Ethics*, 4, 3, 2008, pp. 247-253; M. MARZANA, *La corruzione come violazione di diritti umani*, in *Diritto Penale della Globalizzazione*, 4, 2020; A. PETERS, *Corruption as a Violation of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 29, 4, 2018, pp. 1251-1287; C. ROSE, *The Limitations Of A Human Rights Approach To Corruption*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 65, 2, 2016, pp. 405-438; M.E. VANDENBERG, *Complicity, Corruption, and Human Rights: Trafficking in Human Beings*, in *Case, Western Reserve Journal of International Law*, 34, 3, 2002, pp. 323-333; N.Z. BOSWELL, S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Democracy, Proceedings of the Annual Meeting*, in *American Society of International Law*, 1996, pp. 83-90. Vedi anche G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA, C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruxelles, 2014; E. CALOSSI, SBERNA S., VANNUCCI A, *Disasters and Corruption, Corruption as Disaster*, in A. DE GUTTY (a cura di), *International Disaster Response Law*, The Hague, 2012, pp. 653-685; R. CADIN, L. MANCA, A. PIGA, V. ZAMBRANO, *Lotta alla corruzione e diritti umani. Teorie, buone prassi e normative a carattere internazionale e regionale*, Torino 2022. D'altronde va considerato come il cosiddetto *human rights approach* sia sempre più rilevante anche in materia di *whistleblowing*. Cfr. N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in *Lavoro, Diritti, Europa, LDE*, 2, 2020, pp. 2-29; L. VALLI, *Whistleblowing, verità e democrazia: una riflessione*, in *Lavoro, Diritti, Europa, LDE*, 2, 2020, pp. 1-16; W. VANDERKERCHKOVE, *Is It Freedom? The Coming About of the EU Directive on Whistleblower Protection*, in *Journal of Business Ethics*, 2022, 179, 1, pp. 1-11; F. VITARELLI, *Il whistleblowing come "baluardo" della libertà di espressione. La Grande Camera riconosce ampia tutela al whistleblower nell'ottica di prevenire chilling effect delle sanzioni sul diritto di informare la collettività su fatti di interesse pubblico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 66, 2, 2023, pp. 813-818.


ISSN 2036-7821

intrinseca, dovuta alla sospensione del Consiglio legislativo[6]: è difficile parlare di contrasto alla corruzione senza considerare le profonde fragilità istituzionali che caratterizzano il sistema di *governance* palestinese. In particolare, il disallineamento tra la struttura costituzionale formale e le dinamiche politiche effettive[7] ha prodotto gravi ricadute sulla funzionalità delle istituzioni e sull'efficacia delle politiche pubbliche, incluso, appunto, il sistema di prevenzione della corruzione.

Tutto ciò, insieme alla frammentazione geografica del territorio, si riversa, quindi, sul concetto stesso di stato di diritto e sul raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile previsti dall'Agenda 2030.

In questo contesto, è evidente come (nonostante l'esistenza di strumenti internazionali quali il *Sendai Framework for Disaster Risk Reduction*, che promuove buona *governance*, istituzioni solide e partecipazione comunitaria nella risposta alle crisi e nella gestione delle risorse, o le *Linee guida dell'UNODC per la prevenzione della corruzione in situazioni di emergenza e crisi*), la realtà ponga sfide complesse e drammatiche, spesso difficili da affrontare con gli strumenti tradizionali[8].

L'esperienza palestinese, dimostra, infatti, come la capacità di mantenere l'integrità durante le emergenze (e in questo caso si fa riferimento a un'emergenza di durata straordinariamente lunga) dipende dalla solidità delle strategie ma soprattutto delle istituzioni, attraverso misure specifiche, controlli interni, codici di condotta etica, tutela dei whistleblower e programmi di formazione mirata per i dipendenti pubblici e i decisori pubblici[9]. Tali misure sono essenziali per radicare i valori anticorruzione nella cultura istituzionale e per guidare il comportamento, soprattutto dei vertici, in condizioni di forte pressione e in situazioni ad alto rischio.

## *2. La diffusione del fenomeno corruttivo in Palestina.*

[6] Come si vedrà, uno dei principali problemi relativi al quadro giuridico palestinese è rappresentato dal mancato svolgimento di elezioni legislative dal 2006, mentre le ultime elezioni presidenziali risalgono al 2005, quando Mahmud Abbas, è stato eletto presidente dell'Autorità Nazionale Palestinese, carica che ricopre ancora oggi.

[7] Cfr. *infra*. par. 2

[8] Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption in times of crisis: A review of literature on corruption, crises, and their intersections*, 2021. Questo rapporto evidenzia come l'adozione di un approccio integrato nelle politiche anticorruzione per cui, durante le emergenze, anche le politiche non direttamente orientate alla lotta alla corruzione dovrebbero includere una valutazione del rischio corruttivo, contribuisce a costruire sistemi resilienti e a gettare le basi per strategie anticorruzione di lungo termine.

[9] COALITION FOR INTEGRITY AND ACCOUNTABILITY, *AMAN Annual Conference. Political Integrity in Crisis and Disaster Management in Palestine*, Ramallah, 2024, disponibile in https://www.aman-palestine.org/cached_uploads/download/2024/12/14/political-integrity-in-crisis-and-disaster-management-in-palestine-2024-final-1734172236.pdf.


ISSN 2036-7821

Valutare l'esatta diffusione del fenomeno corruttivo nel territorio palestinese risulta molto complesso, per una serie di motivi, tra cui l'esclusione dell'Autorità Nazionale Palestinese dall'Indice di Percezione della Corruzione realizzato da *Transparency International* da ben diciassette anni. Tale esclusione è dovuta all'assenza di almeno tre delle tredici fonti informative indipendenti richieste per l'elaborazione dell'indice, e di conseguenza, in assenza di questi dati fondamentali è impossibile effettuare una misurazione comparabile su scala internazionale[10]. È anche vero, però, che difficilmente si potrebbe ipotizzare per l'Autorità Nazionale Palestinese un risultato significativamente migliore rispetto alla media regionale dei Paesi arabi del Nord Africa e del Medio Oriente, la quale rimane bassa, con un punteggio medio pari a 39 su 100[11].

Sono invece disponibili i dati relativi alla Palestina, sebbene aggiornati solo al 2019, del *Global Corruption Barometer*, da cui si evince un quadro decisamente poco rassicurante. Il 17% degli intervistati (tra coloro che hanno affermato di aver utilizzato dei servizi pubblici nei dodici mesi precedenti) dichiara, infatti, di aver pagato una tangente per ottenere tali servizi; il 39% ammette di aver fatto ricorso a raccomandazioni (*wasta*[12]) per accedere ai servizi pubblici; il 62% ritiene che la corruzione sia aumentata nei 12 mesi precedenti e il 21% degli intervistati ha subito (o conosce qualcuno che ha subito) richieste di favori sessuali (*sextortion*) in cambio di servizi pubblici. Infine, a dimostrazione della portata ampia del fenomeno corruttivo,

[10] AMAN TRANSPARENCY PALESTINE, *Transparency International releases the 2024 Corruption Perceptions Index findings including the results from the Arab World*, 2025, https://www.aman-palestine.org/en/activities/28503.html.

[11] TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Indice di percezione della corruzione 2024*, https://www.transparency.org/en/cpi/2024. In questa media però si deve calcolare anche il punteggio di paesi arabi particolarmente virtuosi in questo ambito, come ad esempio gli Emirati Arabi Uniti che con 68 punti si collocano al 23° posto nella classifica mondiale (ben oltre la posizione italiana, che si trova al 52° posto). Sull'importanza di misurare la portata del fenomeno corruttivo cfr. E. CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 3, 2017, pp. 445-466.; M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi: obiettivi, metodo, esperienze*, Milano, 2018. Sui limiti del sistema percettivo di misurazione della corruzione cfr. G. TARTAGLIA POLCINI, *Perché una lotta efficace alla corruzione comincia dalla sua corretta misurazione*, Policy Brief, Luiss, School of Government, 2023; A.M. DURANTE MANGONI, *La misura della corruzione. Come andare oltre l'approccio della percezione, sostenendo la reputazione del Paese e la capacità di attrarre investimenti. Commento alla Risoluzione n. 8/10*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 1, 2020, pp. 13-9; R. RAZZANTE, G. TARTAGLIA POLCINI, *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di rating e le moderne strategie di contrasto*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 1, 2017, pp. 1-11; G. TARTAGLIA POLCINI, *Il paradosso di Trocadero*, in *Il diritto penale della globalizzazione*, 22 ottobre (www.dirittopenaleglobalizzazione.it).

[12] In realtà il concetto di *wasta* è più ampio: attraverso lo sfruttamento di relazioni personali o di influenza, rappresenta un'alternativa alla tangente per accedere a privilegi indebiti o per accelerare le pratiche per accedere ai servizi pubblici cui si avrebbe diritto. Il problema è che spesso non viene percepito come qualcosa di illecito, ma come pragmatica scorciatoia per aggirare ostacoli considerati insormontabili o ingiuste. Si tratta quindi di un comportamento profondamente radicato nella coscienza collettiva, come prassi accettata e accettabile per facilitare situazioni complesse o aiutare membri della comunità.


ISSN 2036-7821

il 12% del campione dichiara di aver ricevuto offerte di denaro o altri benefici in cambio del proprio voto.

Anche i dati della Banca Mondiale relativi all'Indicatore di Controllo della Corruzione[13] non risultano particolarmente incoraggianti. L'Autorità Nazionale Palestinese si colloca infatti al 26º percentile, il che significa che si posiziona al di sotto del 74% dei Paesi valutati. Questo dato riflette una percezione diffusa di debolezza nel contrasto alla corruzione e nell'integrità delle istituzioni pubbliche, con riferimento sia alle forme ordinarie di corruzione amministrativa (*petty corruption*), sia alle pratiche più strutturate e pervasive (*grand corruption*).

Alcuni specifici settori, inoltre, sembrerebbero maggiormente esposti al rischio di corruzione. Ad esempio, la corruzione in ambito sanitario rappresenta una questione di rilevante preoccupazione, frequentemente sollevata nel dibattito pubblico palestinese, in particolare per quanto riguarda pratiche quali il nepotismo e il clientelismo[14]. Nonostante gli sforzi compiuti per rispondere ai bisogni della popolazione, permane, infatti, una diffusa percezione che la qualità e l'accessibilità dei servizi sanitari non siano proporzionate alle risorse finanziarie destinate al settore.

Secondo quanto evidenziato dal rapporto pubblicato nel 2019 dall'organizzazione non governativa AMAN – Coalizione per l'Integrità e la Responsabilità[15] –, il settore sanitario palestinese si confronta con tre criticità principali in materia di integrità[16]. In primo luogo nepotismo e, in generale, il fenomeno della raccomandazione o *wasta*: una parte significativa della popolazione ritiene che l'accesso ai servizi sanitari sia influenzato da relazioni personali e affiliazioni politiche. Tali pratiche compromettono l'equità e la trasparenza del sistema, alimentano la sfiducia dei cittadini e generano disparità nell'erogazione delle cure. In secondo luogo, si rileva un problema di allocazione del bilancio e qualità dei servizi: sebbene il bilancio destinato alla sanità rappresenti circa il 15,6% del totale del bilancio dell'Autorità Palestinese[17], una quota paragonabile a quella di alcuni Paesi ad alto reddito, i servizi offerti si collocano su livelli qualitativi tipici dei Paesi in via di sviluppo. Questa

[13] L'Indicatore di Controllo della Corruzione (CCI) rileva le percezioni circa il grado in cui il potere pubblico viene esercitato a fini di guadagno personale, includendo sia le forme di corruzione minore sia quelle sistemiche, nonché i fenomeni di cattura dello Stato da parte di élite e interessi privati.

[14] Cfr. I. AMUNDSEN, B. EBZIDI, *Clientelist politics. State formation and corruption in Palestine 1994-2000*, CMI Reports, 17, 2002.

[15] Si tratta in realtà di una coalizione, creata nel 2000, formata da numerose organizzazioni della società civile, con lo scopo di contrastare la corruzione e promuovere integrità, trasparenza, accountability nel contesto palestinese. Dal 2006 AMAN è accreditata come Capitolo nazionale di Transparency International.

[16] Cfr. THE COALITION FOR ACCOUNTABILITY & INTEGRITY - AMAN, *12th Annual Report on the State of Integrity and Combating Corruption in Palestine*, 2019.

[17] Cfr. Ministry of Health, Citizen's Budget of 2025, www.miftah.org/Publications/Books/CitizenBudget_2025_Ministry_of_Health_Ar.pdf.


ISSN 2036-7821

discrepanza tra l'entità delle risorse stanziate e la qualità dei servizi effettivamente forniti suggerisce l'esistenza di inefficienze gestionali, sprechi e possibili fenomeni corruttivi. In terzo luogo, rimane centrale il tema degli appalti: le irregolarità nei processi di approvvigionamento e la cattiva gestione dei fondi pubblici e dei materiali sanitari costituiscono una delle sfide più gravi per il sistema sanitario. Le criticità riguardano l'intera catena di fornitura dei prodotti medici, i meccanismi di assicurazione sanitaria, l'erogazione di servizi sanitari al di fuori del sistema pubblico, nonché i rapporti con le aziende farmaceutiche e di dispositivi medici[18]. Queste problematiche evidenziano carenze strutturali e la debolezza dei meccanismi di controllo e supervisione.

In sintesi, sebbene le risorse stanziate per il settore sanitario possano apparire adeguate in termini quantitativi, la corruzione sistemica – in particolare nell'ambito degli appalti, delle assunzioni e della gestione finanziaria – compromette in modo significativo la capacità del sistema di garantire un'assistenza sanitaria equa, efficace e di qualità per l'intera popolazione palestinese. E tutto ciò, di conseguenza, apre la strada alla ricerca di scorciatoie, e quindi alla corruzione, come dimostra un sondaggio condotto sempre dalla *Coalizione per l'Integrità e la Responsabilità* (AMAN) nel 2024, per cui circa il 20% dei cittadini palestinesi ritiene che l'ambito sanitario sia quello maggiormente esposto al rischio di corruzione, mentre il 27,5% degli intervistati lo indica come l'ambito in cui le tangenti sono più frequentemente richieste[19].

D'altronde, durante la pandemia di COVID-19, le pressioni sul sistema sanitario sono aumentate ulteriormente, aggravando la percezione pubblica di inefficienza e di pratiche corruttive. Nonostante gli sforzi messi in atto dalle autorità competenti, la frustrazione dei cittadini è cresciuta, alimentata dalla carenza di attrezzature mediche essenziali e dalla distribuzione iniqua dei servizi sanitari sul territorio.

L'emergenza sanitaria ha inoltre comportato una sospensione o un aggiramento di norme e procedure ordinarie, introducendo un sistema di misure straordinarie adottate per fronteggiare la crisi. Ciò ha comportato anche una riallocazione significativa delle risorse finanziarie statali, destinate prioritariamente al contenimento della pandemia[20].

---

[18] Cfr. AMAN, TRANSPARENCY PALESTINE, *Bridging Gaps: the Link between Corruption and Human Rights in the Palestinian Context. Right to Health as a Case*, 2017.

[19] AMAN, TRANSPARENCY PALESTINE, *Survey on the Public Perception of Corruption and Anti-Corruption Landscape in Occupied Palestinian Territory 2024*.

[20] Tale contesto emergenziale ha inciso negativamente anche sull'efficacia del sistema nazionale anticorruzione, in particolare sulla possibilità dei cittadini di presentare segnalazioni *whistleblowing* alla Commissione Palestinese Anticorruzione (vedi *infra* par. 6). Nella fase iniziale della pandemia, le restrizioni alla mobilità imposte per limitare la diffusione del virus hanno reso difficoltoso l'accesso fisico agli uffici della Commissione, determinando un calo sensibile nel numero di denunce presentate. Tuttavia, a partire dalla seconda metà del 2020, la situazione

Per quanto riguarda il settore dell'istruzione, lo stesso sondaggio AMAN del 2024 evidenzia che il 23% degli intervistati percepisce la presenza di fenomeni corruttivi, in particolare la richiesta di tangenti, per accedere ai servizi educativi, con particolare riferimento alla gestione delle borse di studio universitarie[21].

Anche il sistema giudiziario emerge come un settore vulnerabile anche se con percentuali minori. Tuttavia, se solo il 18% degli intervistati lo percepisce come settore tra quelli maggiormente esposti alla corruzione, ben il 68% ritiene che comunque ci siano casi di corruzione[22]. In particolare, viene rilevata una scarsa indipendenza ed efficacia dei giudici, ma anche degli stessi organismi incaricati di seguire i casi di corruzione. Secondo la percezione pubblica, tali istituzioni sono soggette a interferenze e pressioni da parte di diversi attori, tra cui la presidenza, i servizi di sicurezza, i leader delle fazioni in Cisgiordania e i membri del blocco di Hamas a Gaza. La corruzione viene percepita quindi come un ostacolo strutturale al corretto funzionamento della giustizia.

### *3. Pluralismo giuridico e crisi della governance. Ostacoli strutturali alla riforma del diritto in Palestina.*

Molte delle criticità elencate *supra* derivano da una complessità del quadro giuridico palestinese, caratterizzato da un forte pluralismo, che affonda le sue radici nella storia, non solo recente, del paese.

La sovrapposizione di sistemi giuridici differenti, infatti, esclude la Palestina da quel processo di centralizzazione istituzionale e amministrativa che ha invece caratterizzato i percorsi di codificazione e modernizzazione del diritto di molti paesi arabi[23]. Di conseguenza, è complicato, anche per il comparatista, districarsi tra i

è migliorata grazie all'introduzione di un'applicazione per smartphone, sviluppata dalla Commissione Anticorruzione, che ha consentito ai cittadini di inviare denunce e segnalazioni in modalità digitale. Questa innovazione tecnologica ha contribuito ad attenuare l'impatto della pandemia sulla partecipazione civica e sulla capacità di monitoraggio da parte della società civile. Si veda anche Council of Europe, *National anti-corruption strategies and plans: Compendium of emerging policies and practices*, 2022, https://rm.coe.int/1st-guide-ncpa-compendium-anticorruption-strategies-and-plans/1680aa34b5.

[21] AMAN, TRANSPARENCY PALESTINE, *Survey on the Public Perception of Corruption and Anti-Corruption Landscape in Occupied Palestinian Territory 2024*, p. 7.

[22] Interessante notare, in questo ambito, come questa percezione sia significativamente più alta in Cisgiordania (78%) rispetto alla Striscia di Gaza (53%). Cfr. AMAN, TRANSPARENCY PALESTINE, *Survey on the Public Perception of Corruption and Anti-Corruption Landscape in Occupied Palestinian Territory 2024*, p. 41.

[23] Cfr. sul punto F. CASTRO F., *Sistema sciaraitico, siyāsa šar'iyya e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente*, in *Il mondo islamico tra integrazione e acculturazione*, Roma, 1981, pp. 165-182; G.M. PICCINELLI, *Diritto musulmano e dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, 1, 2005, pp. 131-143; G.M. PICCINELLI, *Le rôle de la charī'a dans la classification du droit des pays musulmans: réflexions d'un juriste italien*, in *Revue marocaine d'administration locale et de developpement*, pp. 169-184. Vedi anche V.M. DONINI, D. SCOLART, *La sharì'a e il mondo contemporaneo. Sistemi giuridici dei paesi islamici*, Roma, Carocci, 2015.


ISSN 2036-7821

diversi strati legislativi, che vanno dal diritto ottomano alla *common law*, dal diritto giordano a quello egiziano, per non parlare poi delle influenze israeliane. Inoltre, questo pluralismo si riflette nel dualismo caratterizzante l'ordinamento giuridico che sia in termini geografici, sia formali e istituzionali, è diviso in due territori, la Striscia di Gaza e la Cisgiordania[24], il che crea non pochi problemi anche d'ordine tassonomico, e soprattutto impedisce un reale processo di unificazione del diritto.

Dal 1516 la Palestina è stata soggetta al dominio ottomano fino alla fine della Prima guerra mondiale, con l'eccezione di un breve periodo di dominio egiziano nel XIX secolo, anche se in realtà l'applicazione del diritto ottomano è rimasta sostanzialmente inalterata fino alla fondazione dello Stato di Israele nel 1948. Gli ottomani basavano il loro potere non solo sulla *sharì'a*, il diritto religioso, ma anche sul *qanùn*, il diritto statale (di provenienza quindi "umana", rispetto all'origine divina del diritto sciaraitico) per le materie che non potevano rientrare nella giurisdizione sciaraitica[25], e in particolare sui cosiddetti firmani, cioè ordinanze emanate delle autorità politiche. La *sharì'a*, religione di Stato e fonte del diritto, veniva applicata nei tribunali sciaraitici non solo alle controversie tra musulmani, ma anche ai casi misti tra un musulmano e un non musulmano, e a quelli riguardanti i membri di una comunità religiosa non riconosciuta[26].

In seguito all'occupazione egiziana della Palestina e della Siria (1831-40), la competenza penale e amministrativa fu trasferita ai distretti locali, mentre la giurisdizione sciaraitica rimase solamente per lo statuto personale e i diritti reali[27].

Nel 1914, il numero di comunità religiose riconosciute in Palestina era salito a 17, e ognuna di queste godeva della protezione di una potenza straniera.

Dopo la Prima guerra mondiale, la Palestina finì sotto l'occupazione militare britannica. I privilegi capitolari furono aboliti e il sistema giuridico riformato per

[24] Va ricordato però che fino al 1948 le due regioni avevano avuto un destino simile: entrambe soggette al diritto ottomano prima, e alla *common law* poi.

[25] Sul rapporto tra *sharì'a* e *qanùn*, cfr. F. CASTRO, *Il modello islamico*, Torino, 2007, p. 117; In generale, si veda anche A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh 1974.

[26] In base al sistema delle *millet*, infatti, le comunità non musulmane riconosciute (ad esempio la comunità ebraica, la chiesa greca ortodossa, i cattolici armeni, i melchiti) avevano il loro sistema autonomo di diritto confessionale. Inoltre, dal XVI secolo in poi, le corti consolari delle nazioni europee, attraverso il sistema delle capitolazioni, avevano la giurisdizione su tutti i casi che riguardavano un loro connazionale, o le minoranze religiose che rientravano nella loro protezione. Cfr. V.M. DONINI, D. SCOLART, *La sharì'a e il mondo contemporaneo. Sistemi giuridici dei paesi islamici*, Roma, 2015, pp. 149 e ss.

[27] All'inizio i governanti ottomani cercarono di conciliare le riforme con lo spirito della *sharì'a*, in modo da modernizzare la società ottomana adeguandola agli standard europei in materia di amministrazione e diritto. Dal 1860, tribunali *nizàmiyya* furono istituiti in tutta la Palestina, applicando codici basati su modelli europei, in particolare francese, che escludevano la giurisdizione sciaraitica. Questi tribunali rimasero anche durante il mandato britannico, insieme alle giurisdizioni separate in materia di statuto personale per le diverse comunità religiose.


ISSN 2036-7821

garantire i diritti degli stranieri e dei locali, implicando quindi competenze separate per le diverse comunità religiose. A differenza, ad esempio, del mandato britannico in Iraq, in Palestina il mandato implicava che alla potenza mandataria non fosse richiesto di facilitare lo sviluppo verso uno Stato indipendente, ma piuttosto di facilitare l'immigrazione e l'insediamento degli ebrei. Con la dominazione britannica, il *Palestine Order in Council* del 1922 limitò la competenza delle corti sciaraitiche ai soli casi relativi allo statuto personale e al *waqf* (le fondazioni pie), mentre i tribunali rabbinici ed ecclesiastici avevano una competenza in via esclusiva solo per alcune materie quali matrimonio, divorzio, mantenimento, conferma dei testamenti. La giurisdizione nelle altre materie di statuto personale per le comunità ebraiche e cristiane era concorrente con i tribunali civili, e solo con il consenso di tutte le parti in causa poteva essere deferita a un tribunale religioso.

Interessante notare, soprattutto da un punto di vista comparatistico, come l'*Order in Council* del 1922 identificasse, all'art. 46, esplicitamente tre fonti del diritto: il diritto ottomano in vigore al 1° novembre 1914; gli *Orders in Council*, ordinanze e regolamenti vigenti in Palestina; e, in via subordinata, la sostanza della *common law* e dell'*equity* in vigore in Inghilterra, tenendo presenti le procedure e le prassi dei tribunali inglesi. Di conseguenza il diritto inglese, a differenza degli altri paesi arabi, seppure in via residuale era direttamente applicato nella Palestina mandataria; se all'epoca contro le sentenze dei tribunali palestinesi era anche possibile appellarsi alla Commissione giudiziaria del *Privy Council* di Londra[28], gli effetti di questa recezione imposta dall'alto sono per certi versi percepibili in parte ancora oggi. Tuttavia, nell'area del diritto considerata esclusivamente di competenza della comunità islamica, venne conservato gran parte del diritto ottomano. Addirittura alla legge ottomana sul diritto di famiglia, che il sultano ottomano non aveva fatto in tempo ad applicare in Palestina, fu dato effetto giuridico con la *Muslim Family Law Application Ordinance* del 1919. Forse fu proprio l'esistenza della legge ottomana a dissuadere gli inglesi dall'imporre la *common law* in materia di statuto personale, come avevano fatto in India. Nel 1922 fu anche creato un Consiglio supremo islamico, diretto dal *Mufti* di Gerusalemme e istituito per accogliere i reclami dei musulmani scontenti del fatto che dei non credenti potessero decidere sulle nomine e revoche dei giudici religiosi.

Dopo la Seconda guerra mondiale, il piano di spartizione delle Nazioni Unite del 1947 prevedeva il ritiro delle forze mandatarie britanniche e l'istituzione di due diversi Stati, uno arabo, l'altro ebraico, mentre Gerusalemme avrebbe dovuto essere amministrata come zona internazionale. Tale decisione fu fortemente respinta dagli arabi che, nel maggio del 1948, alla fine del mandato britannico, diedero vita alla

[28] Cfr. F. CASTRO, *Il modello islamico*, Torino, 2007, p. 103.


ISSN 2036-7821

prima guerra arabo-israeliana, in seguito alla quale lo Stato ebraico prese più territori di quanto previsto, mentre lo Stato arabo palestinese non fu mai istituito. Le aree non conquistate dalle forze ebraiche finirono sotto il controllo della Giordania (Cisgiordania) e dell'Egitto (Striscia di Gaza) fino al 1967, quando Israele occupò la Cisgiordania, la Striscia di Gaza, il Sinai egiziano e le Alture del Golan siriane, nonché Gerusalemme Est. Da quel momento, si è assistito a un proliferare di ordinanze militari che hanno disciplinato la vita nei territori occupati (mentre i coloni israeliani sono rimasti soggetti al diritto israeliano).

Di conseguenza attualmente i sistemi giuridici di riferimento in Palestina sono ben quattro: il diritto giordano, il diritto egiziano, il diritto israeliano e il diritto islamico. In materia di statuto personale, per i palestinesi cristiani si rinvia al loro diritto confessionale, con le relative distinzioni tra le diverse comunità religiose, mentre per i musulmani vanno fatte alcune ulteriori riflessioni.

In primo luogo, va considerato che nella Striscia di Gaza il diritto egiziano applicabile non è lo stesso effettivamente applicato in Egitto, bensì una normativa *ad hoc* (ordinanza 303/1954), emanata dal governatore egiziano, molto simile alla legge ottomana del 1917 (applicata d'altronde in Palestina, ma mai in Egitto).

In secondo luogo, è importante segnalare che l'applicazione in Cisgiordania della legge di statuto personale giordana 61/1976, emanata quindi dopo l'occupazione israeliana del 1967, è tecnicamente un'anomalia[29] o comunque un'eccezione per i tribunali sciaraitici, dato che dal 1967 nelle altre materie tutto il diritto era stato praticamente "congelato" all'epoca pre-occupazione, a favore dell'applicazione delle ordinanze militari israeliane.

Infine, in seguito all'istituzione dell'Autorità Nazionale Palestinese nel 1994, è stato avviato un processo di unificazione e armonizzazione del diritto allo scopo di creare un nuovo diritto palestinese applicabile in tutti i territori dell'Autorità. Sicuramente l'istituzione del Consiglio Legislativo Palestinese attraverso le elezioni generali del gennaio 1996, è stato uno dei principali traguardi dell'Autorità Nazionale Palestinese che però, in assenza di un chiaro assetto costituzionale non riusciva a lavorare efficacemente.

Questa situazione è stata parzialmente superata con la promulgazione della *Legge fondamentale* palestinese del 2002, emendata nel 2003, che funge da costituzione *de facto* regolando i diritti e le libertà fondamentali, nonché l'organizzazione dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario. La Legge Fondamentale palestinese adottata nel 2002 come testo costituzionale provvisorio prevedeva originariamente un sistema di governo parlamentare. Tuttavia, nella prassi si era sviluppato un sistema di tipo

[29] L. WELCHMAN, *Women's Right and Islamic Family Law*, London, 2004, p. 101.


ISSN 2036-7821

presidenziale, che nel 2003 è stato modificato in senso semi-presidenziale sotto la pressione della comunità internazionale, più che per una reale domanda interna di riforma[30]. L'instabilità si è ulteriormente aggravata con le elezioni legislative del 2006, che hanno visto la vittoria di Hamas e la formazione di un governo guidato da un Primo Ministro appartenente a una forza politica opposta a quella presidenziale (Fatah). Il boicottaggio internazionale del governo Hamas e le violenze interne culminate nel controllo armato di Gaza da parte di Hamas nel 2007 hanno determinato una grave frattura politico-territoriale che ha portato il Presidente Abbas a dichiarare lo stato di emergenza, rimuovere il primo ministro, nominare un governo di emergenza; e da allora governa in Cisgiordania attraverso l'emanazione di decreti presidenziali.

Nel corso degli anni la situazione si è però ulteriormente complicata, sebbene sia sicuramente un dato positivo (anche se solo sul piano simbolico) il fatto che nel 2012 l'ONU abbia riconosciuto la Palestina come Stato non membro con status di osservatore permanente[31] e a seguito di ciò l'Autorità Nazionale Palestinese abbia adottato il nome di Stato di Palestina sui documenti ufficiali.

Anche l'istituzione nel 2016 della prima Corte Costituzionale Suprema Palestinese ha rappresentato sicuramente un momento fondamentale per l'architettura istituzionale del sistema politico palestinese. Tuttavia, pur se formalmente incaricata di garantire il rispetto della Legge Fondamentale attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi, la Corte è stata però sin da subito oggetto di controversie, in quanto il suo processo di formazione e nomina è avvenuto in assenza di un contesto legislativo attivo e senza un adeguato confronto parlamentare: tutto ciò ha condotto alla trasformazione della Corte in uno strumento funzionale al rafforzamento dell'esecutivo.

[30] Cfr. N.J. BROWN, *Palestinian Politics After the Oslo Accords: Resuming Arab Palestine*, University of California Press, 2003. Questo passaggio non rispondeva, infatti, a una visione organica di revisione costituzionale, ma piuttosto all'intento politico di limitare il potere dell'allora Presidente Yasser Arafat. L'introduzione del ruolo di Primo Ministro, prevista dalla *Road Map for Peace* del 2003, ha portato alla nomina di Mahmud Abbas e alla conseguente modifica della Legge Fondamentale da parte del Consiglio Legislativo Palestinese. L'adozione di un sistema semi-presidenziale ha però sollevato interrogativi in merito all'uso strumentale delle riforme costituzionali per riequilibrare i rapporti di potere all'interno dell'Autorità Nazionale Palestinese. Questo modello prevede una ripartizione del potere esecutivo tra un Presidente eletto direttamente e un Primo Ministro responsabile di fronte al Parlamento, ciascuno dotato di una propria legittimazione e di poteri distinti. Tuttavia, l'assenza di un disegno organico e la sovrapposizione delle competenze tra le due figure hanno generato tensioni e ambiguità, minando il funzionamento dell'apparato statale. Dopo la morte di Arafat nel 2004, Abbas è stato eletto Presidente nel 2005.

[31] Risoluzione 67/19 dell'Assemblea generale del 29 novembre 2012.


ISSN 2036-7821

Tali preoccupazioni sono state confermate e amplificate dalla sentenza del 22 dicembre 2018 che ha portato al formale scioglimento[32] del Consiglio Legislativo palestinese, ormai *de facto* inattivo dal 2007.

La Corte ha stabilito, infatti, che la prolungata inattività dell'organo legislativo comportava la decadenza delle sue prerogative e l'inefficacia delle disposizioni della Legge Fondamentale relative al suo funzionamento. Tale interpretazione ha, quindi, sancito la sospensione a tempo indeterminato dell'attività parlamentare e legittimato ulteriormente l'utilizzo del potere esecutivo mediante decreti presidenziali, consolidando un modello di *governance* fortemente centrato sulla figura del Presidente. Questa evoluzione istituzionale solleva interrogativi critici sul principio di separazione dei poteri, sull'equilibrio tra gli organi costituzionali e sullo stato di diritto in Palestina[33].

Tutto ciò è aggravato dal fatto che, sebbene la Sentenza del 2018 ordinasse la convocazione di elezioni legislative entro sei mesi, a distanza di oltre 7 anni tali elezioni non sono ancora state indette, alimentando quindi una prolungata sospensione dell'attività parlamentare e un serio deficit di legittimità democratica.

In assenza di un Parlamento operativo, e con una Corte costituzionale percepita come politicamente allineata, i meccanismi di controllo e bilanciamento appaiono fortemente indeboliti. Ciò si traduce in una assenza di *accountability* verticale e orizzontale, che ostacola anche l'effettiva implementazione di politiche di prevenzione della corruzione, rendendo difficile esercitare una vigilanza democratica sull'attività dell'esecutivo e sulle risorse pubbliche.

In questo contesto, la concentrazione del potere normativo ed esecutivo nelle mani del Presidente, accompagnata da un controllo giurisdizionale potenzialmente non indipendente, configura una situazione di vulnerabilità istituzionale che mina la legittimità democratica.

Questa condizione di sospensione istituzionale prolungata, aggravata dalla divisione territoriale tra Cisgiordania e Striscia di Gaza e dalla frammentazione normativa derivante da ordinamenti paralleli, ha compromesso la coerenza del sistema giuridico palestinese.

Infatti, ancora oggi, il processo di unificazione e modernizzazione del diritto è fortemente ostacolato dalle vicissitudini politiche e militari degli ultimi anni, e di conseguenza non sono ancora state ultimate tutte le riforme auspicate.

---

[32] La decisione era scaturita da una richiesta formale del Ministro della Giustizia, che sollecitava un chiarimento sullo status del Consiglio e sull'eventuale legittimità del pagamento degli stipendi ai suoi membri.

[33] PALESTINIAN CENTRE FOR HUMAN RIGHTS, *Position Paper: Constitutional Court's Decision to Dissolve PLC is Political and Illegal*, March 21, 2019.


ISSN 2036-7821

Per tutti questi motivi, anche un solido impianto di prevenzione della corruzione, nonostante gli sforzi intensificati negli ultimi anni, continua a scontrarsi con fragilità strutturali e una generale instabilità politico-istituzionale.

### *4. Etica pubblica e diritto islamico: la condanna della corruzione nella tradizione giuridica islamica.*

La peculiarità del contesto palestinese, anche alla luce di quanto descritto nel paragrafo precedente, rende necessario un breve *excursus* anche sul substrato di diritto islamico, che ancora oggi continua a permeare l'esperienza giuridica palestinese, sul piano culturale se non tanto a livello operazionale[34].

Come è noto, il diritto islamico è un sistema allo stesso tempo politico, giuridico e religioso. La peculiare natura di questo sistema giuridico pone quindi tutta una serie di sfide al comparatista nel momento in cui si trova a trasportare le proprie categorie concettuali e giuridiche in un "ambiente" ontologicamente diverso, sebbene non siano rari i casi di coincidenze e concordanze con il sistema giuridico romanistico[35].

Una delle caratteristiche fondamentale del diritto islamico, fin dai suoi principi fondativi, è la forte dimensione etica. Un concetto cardine in questo sistema è rappresentato, infatti, dalla cosiddetta *hisba*, il dovere collettivo, per ogni musulmano, di "promuovere il bene e sconsigliare il male". Tale principio non si esaurisce in una dimensione astratta o spirituale, ma comporta un'applicazione concreta: la giustizia, nel diritto islamico, non è solo un imperativo religioso, ma anche uno strumento per garantire condizioni di vita migliori, anche sul piano economico[36].

In questo contesto un ruolo molto importante spetta al generale principio di equità che sovrintende tutte le azioni umane ed è ispirato a valori etico-religiosi che trascendono il legalismo formale, ponendo al centro il rispetto dell'altro e la solidarietà[37]. Il principio generale di equità vieta disparità eccessive nella distribuzione dei beni e della ricchezza: ogni guadagno economico deve essere

---

[34] Cfr. G.M. PICCINELLI, *Il diritto islamico a confronto con gli ordinamenti statuali nel mondo musulmano e in Occidente: implicazioni comparative*, in A. MAROTTA (a cura di), *L'Islam in Europa tra Corti e ADR*, Quaderni di diritto musulmano e dei paesi islamici, Roma, 2023, p. 13-32.

[35] Cfr. sul punto C.A. NALLINO, *Considerazioni sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti* (a cura di M. NALLINO), IV, Roma 1942, p. 85. Vedi anche G.M. PICCINELLI, *Continuità mediterranee tra diritto romano e diritto islamico: un contributo allo studio della circolazione dei modelli giuridici*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 23, 2008, pp. 155-174.

[36] F. RAHMAN, *Islam and the Problem of Economic Justice*, in *Journal of Islamic Economics*, 3, 1995, p. 19. Vedi anche T. KURAN, *Islam and Mammon: the Economic Predicaments of Islamism*, 2004.

[37] Cfr. V.M. DONINI, *Regola Morale e pragmatismo economico nel diritto islamico dei contratti,* Roma, 2012.


ISSN 2036-7821

meritato e legittimo, mentre l'arricchimento ingiustificato è proibito in quanto contrario all'etica economica islamica[38].

Una declinazione concreta di questo principio di equità traspare dalla particolare attenzione che il diritto islamico dedica alla tutela della parte più debole nei rapporti economici[39]. Ne sono espressione le norme relative all'obbligo giuridico della *zakàt* (elemosina legale), vero strumento di giustizia redistributiva, nonché i divieti di arricchimento illecito come *ribà* (interessi), *gharar* (rischio eccessivo o alea), e *istighlàl* (sfruttamento di una condizione di debolezza contrattuale).

Alla luce di queste considerazioni molto generali, risulta evidente però che la corruzione è incompatibile con i principi del diritto islamico[40]. Un versetto fondamentale del Corano (IV:58) afferma: "Iddio vi comanda di restituire i depositi fiduciari agli aventi diritto e, quando giudicate fra gli uomini, di giudicare secondo giustizia". Il valore di questo versetto, che essenzialmente pone un dovere generale di integrità e responsabilità (che oggi definiremmo forse più correttamente *accountability*) in capo a chi detiene funzioni pubbliche e decisionali, è tale che il giurista hanbalita Ibn Taymiyya[41] lo pose al centro della sua dottrina politica contenuta nel celebre saggio *al-Siyāsa al-Shar'iyya fī Islāh al-Rà'i wa al-Ra'iyya*[42].

Più nello specifico, si possono riscontrare tanto nel Corano, quanto nella Sunna, esplicite condanne di pratiche corruttive quali le tangenti, la concussione, il

[38] Cfr. G.M. PICCINELLI, *Il divieto delle usure nell'Islàm*, Pisa, 1995; G.M. PICCINELLI, *La dimensione etica del diritto musulmano dei contratti classico e contemporaneo*, in *Roma e America Latina*, VII, 1999, pp. 264 e ss.; N. SALEH, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, London, 1992; WIPPEL S., *Gott, Geld und Staat*, Münster/Hamburg, 1994; J.C. WICHARD, *Zwischen Markt und Moschee*, Paderborn, 1995; A.B. DURREZ, *Riba* in *Islamic and Comparative Law Quarterly*, VI, 1, 1986, pp. 51-71; A.I. QURESHI, *Islam and the Theory of Interest*, Lahore, 1948; F.E. VOGEL, S.L. HAYES, *Islamic Law and Finance*, The Hague/London/Boston, 1998; F. RAHMAN, *Riba and Interest*, in *Islamic Studies*, 3, 1969, pp. 1-43; M. SIDDIEQ NOORZOY, *Islamic Laws on Riba (Interest) and Their Economic Implications*, in *International Journal of Middle East Studies*, 14, 1, 1982, pp. 3-17.

[39] H.A. HAMOUDI, *Muhammad's Social Justice or Muslim Cant?: Langdellianism and the Failures of Islamic Finance*, in *Cornell International Law Journal*, 40, 2007, p. 89. Vedi anche V.M. DONINI, *Regola morale*, cit. e V.M. DONINI, *Protection of Weaker Parties and Economic Challenges: an overview of Arab Countries Consumer Protection Laws*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 78, 4, 2014, pp. 784-808.

[40] M.A. ARAFA, *Corruption and Bribery in Islamic Law*: *Are Islamic Ideals being Met in Practice?*, in *Annual Survey of International and Comparative Law*, XVIII, 2012, pp. 183 e ss. Secondo alcuni autori, il diritto islamico rappresenta un ordinamento che esplicitamente prevederebbe "A right to be free of official corruption" dal momento che considera "freedom from corruption as a first principle of governance". M. MURRAY, A. SPALDING, *Freedom from Official Corruption as Human Rights*, Governance Studies at Brooklings, 2015.

[41] Ibn Taymiyya (1268-1328). Cfr. C. BORI, *Ibn Taymiyya: una vita esemplare Analisi delle fonti classiche della sua biografia*, in *Rivista degli studi orientali*, 76, suppl. 1, 2003, pp. 1-232.

[42] "La politica secondo la Legge divina per il bene comune dell'autorità e dei sudditi". Cfr. la traduzione italiana di G.M. Piccinelli, in IBN TAYMIYYA, *Il buon governo dell'Islam*, Bologna, 2001.


ISSN 2036-7821

nepotismo, delineando in questo modo una concezione multidimensionale della corruzione[43].

Una condanna generale della corruzione è contenuta anche nei versetti II:11–12 del Corano: «Quando viene detto loro: "Non seminate corruzione sulla terra", essi rispondono: "Noi siamo pacificatori!". In verità, sono loro i corruttori, ma non se ne rendono conto». Il messaggio è chiaro: il pericolo dell'ipocrisia, ossia il divario tra le dichiarazioni pubbliche e le reali intenzioni, rappresenta una minaccia per l'integrità pubblica. Il Corano ammonisce che tali individui non solo ingannano gli altri, ma spesso anche se stessi.

Il termine arabo impiegato è *fasàd*, che si traduce comunemente con *corruzione*, ma che nel senso letterale significa anche *decomposizione*, *disfacimento*, *malvagità*. Indica, dunque, una forma di disordine particolarmente distruttiva, capace di compromettere la sopravvivenza della collettività.

Un'altra condanna del fenomeno corruttivo la si può ritrovare nel versetto II:60, che prevede proprio una responsabilità morale del credente di non diffondere *fasàd* nella società, mentre il versetto II:205 evidenzia il legame tra corruzione, danno ambientale e distruzione delle risorse naturali, ponendo le basi per una visione islamica della sostenibilità. Analogamente, il versetto IV:29 condanna l'appropriazione indebita e impone che ogni transazione economica avvenga nel rispetto del mutuo consenso e della giustizia.

Anche il versetto XI:85 riafferma i principi di giustizia economica, correttezza nei commerci e integrità sociale, condannando esplicitamente le pratiche economiche disoneste come forme di *fasàd*.

Particolarmente interessante è la condanna della tangente presente nel versetto II:188: "Non divorate il patrimonio altrui ingiustamente, e non corrompete i giudici per sottrarre parte dei beni altrui, sapendo che è un peccato". Questa proibizione è ribadita anche nella Sunna[44]. Si pensi ad esempio al celebre *hadith*[45], in cui il profeta Muhammad afferma: "Dio ha maledetto colui che offre la tangente e colui che la riceve". Si evince quindi chiaramente come la tangente non sia solo qualcosa di non etico, ma una vera e propria violazione delle regole islamiche.

Non troppo distante, sul piano concettuale e pratico, dal fenomeno della tangente, si colloca quello del dono, la cui ambivalenza è stata oggetto di riflessione tanto nelle

[43] M.A. ARAFA, *op. cit.* Cfr. anche M. SHUKRI, A.S. ZULKIFLI, *Anti-corruption teachings from the Islamic perspective*, in *The Sin of Corruption: A Religious Perspective*, Transparency International Malaysia, 2024, pp. 1-38; F.B. JOMAA AHMED, *Corruption according to the main sources of Islam*, in *Intellectual Discourse*, 26, 1, 2018, pp. 91-110.

[44] La seconda fonte della *sharì'a* (la prima è il Corano), costituita dalle tradizioni (*hadìth*), cioè racconti di detti e fatti del Profeta Muhammad, raccolte a partire dal II secolo dell'islam.

[45] Riportato da al-Tirmidhi e Abu Dawùd.


ISSN 2036-7821

fonti religiose quanto nei sistemi giuridici. In numerose culture e tradizioni normative, il dono rappresenta un gesto socialmente accettato, talvolta persino incoraggiato come espressione di rispetto, riconoscenza o consolidamento dei legami sociali. Tuttavia, il suo significato muta radicalmente quando assume una funzione strumentale, per influenzare, cioè, decisioni pubbliche o alterare l'imparzialità di chi detiene un potere[46].

D'altronde, già nell'Antico Testamento, si ritrova una chiara condanna dell'uso del dono in contesti giudiziari. Nell'Esodo (23: 8), ad esempio, si legge "Non accetterai doni, perché il dono acceca chi ha gli occhi aperti e perverte anche le parole dei giusti[47]".

Questa affermazione esprime una precoce consapevolezza del rischio che il dono, in certe circostanze, si trasformi in corruzione, minando l'equità del giudizio e l'integrità delle istituzioni.

Analogamente, nel diritto islamico, il concetto di dono è generalmente considerato lecito e persino virtuoso nell'ambito delle relazioni sociali e familiari. Tuttavia, esso diventa illecito (*haram*) qualora sia offerto per ottenere un favore ingiusto o influenzare una decisione pubblica. In un noto *hadith* riportato da al-Bukhari[48], Muhammad esprime una ferma condanna nei confronti dell'accettare regali da parte dei pubblici funzionari, evidenziando che qualsiasi beneficio ottenuto in ragione della funzione esercitata o dell'incarico ricoperto può configurarsi come corruzione, anche qualora non sia formalmente qualificato come tale.

Il messaggio evidenzia un principio fondamentale dell'etica pubblica islamica: la netta distinzione tra interesse personale e funzione istituzionale, a tutela dell'integrità e dell'imparzialità dell'azione amministrativa.

Un esempio paradigmatico in tale senso, che mette in evidenza la necessità di separare la sfera privata da quella pubblica (tema centrale in ogni riflessione sulla corruzione e sui conflitti di interesse), è rappresentato dalla celebre vicenda del califfo ʿUmar ibn ʿAbd al-ʿAzīz[49], figura spesso ricordata nella tradizione islamica come modello di giustizia e integrità. Secondo una narrazione ricorrente nelle fonti storiche, si racconta che, quando riceveva un emissario di uno dei suoi governatori,

[46] Cfr. per tutti M. MAUSS, *Saggio sul dono*, Torino, 2002.

[47] Ma si veda anche Deuteronomio (16: 19) "Non pervertirai il diritto, non avrai riguardi personali e non prenderai nessun regalo, perché il regalo acceca gli occhi dei savi e corrompe le parole dei giusti".

[48] "Il Profeta nominò un uomo della tribù di Azd, noto come Ibn al-Lutbiyyah, per raccogliere le elemosine. Quando tornò, disse: - Questo è per voi, e questo mi è stato dato come dono. Allora il Profeta salì sul pulpito, lodò ringraziò Dio, e disse: Ma che problema hanno quelle persone che vengono incaricate da me di svolgere un compito per conto dei musulmani, e poi tornano dicendo: "Questo è per voi, e questo mi è stato dato come dono"? Perché non sono rimasti nella casa di loro padre o di loro madre, per vedere se avrebbero ricevuto qualche dono o no?"

[49] Ottavo califfo della dinastia omayyade-marwanide di Siria che regnò dal 717 al 720.


ISSN 2036-7821

ʿUmar accendeva una candela acquistata con fondi dell'erario pubblico per discutere questioni di interesse collettivo, riguardanti l'amministrazione dello Stato. Tuttavia, quando il colloquio si spostava su argomenti di natura privata o familiare, il califfo spegneva la candela e ne accendeva un'altra, questa volta pagata con i propri mezzi personali[50].

Un gesto tanto semplice quanto altamente simbolico, che esprime, infatti, in modo esemplare il principio di separazione tra interesse pubblico e privato, e riflette un modello di amministrazione etica e gestione del potere basato sui principi fondamentali di legalità, integrità e responsabilità.

### *5. La prevenzione della corruzione nel sistema giuridico palestinese.*

La prima, fondamentale, tappa verso la costruzione di un sistema di prevenzione della corruzione in Palestina è stata l'adozione del *Qànùn al-kasb ghayr al-mashrùʿ* (legge sul guadagno illecito, n. 1 del 2005), che il Decreto n. 7 del 2010 ha rinominato come *Qànùn mukàfahat al-fasàd* (Legge sulla lotta alla corruzione). Interessante però il fatto che inizialmente si fosse utilizzato il termine *al-kasb ghayr al-mashrùʿ* (guadagno illecito), termine che rinvia, inevitabilmente, al concetto di arricchimento ingiustificato[51] particolarmente caro al diritto islamico[52].

In questo contesto, il guadagno indebito è considerato in senso ampio, cioè qualsiasi somma o utilità economica che un soggetto (prevalentemente un dipendente pubblico, ai fini dell'ambito di applicazione della legge) ottenga per sé o per altri, in virtù dello sfruttamento della propria posizione o qualifica, mediante condotte in violazione di disposizioni di legge o dei principi del buon costume, ovvero attraverso qualsiasi altra modalità illecita, anche qualora tutto ciò non integri una fattispecie di reato.

Si nota quindi una definizione di guadagno illecito (che poi verrà sostituito con il termine di *al-fasàd*, corruzione) molto ampia, che potrebbe coincidere almeno in parte con il concetto di *maladministration* ormai radicato nel nostro ordinamento[53].

L'estensione della nozione di corruzione è stata poi ulteriormente realizzata con la modifica del 2010 che, all'articolo 4, introduce una serie di definizioni, tra cui quella di *al-fasàd*. Alla luce di questa riforma, vengono considerati corruzione tutti i reati che

---

[50] Cfr. M.M. ABDULRAHMAN, *The Impact of Belief in the Hereafter on Muslim Moral and Ethical Conduct*, in *Jurnal Usuluddin*, 53, 1, 2025, pp. 195-218.

[51] Cui si ricongiunge il celebre divieto delle usure (*ribà*) e il divieto di ogni alea (*gharar*) nelle transazioni commerciali . Al divieto di arricchimento ingiustificato si riconduce invece il principio di equità e giustizia sociale.

[52] Come si è visto *supra*, par. 4.

[53] Cfr. S. CASSESE, *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro italiano*, 1992, V, p. 243.


ISSN 2036-7821

ledono la funzione pubblica o compromettono la fiducia nei pubblici poteri, così come disciplinati dal codice penale vigente; i reati connessi al riciclaggio di denaro, secondo quanto previsto dalla normativa di riferimento; qualsiasi condotta idonea a danneggiare il patrimonio pubblico; l'abuso di potere; il ricorso a pratiche di nepotismo o favoritismo che pregiudichino diritti legittimi e favoriscano situazioni di ingiustizia; l'illecito arricchimento o guadagno ingiustificato; tutti gli atti qualificabili come corruttivi ai sensi del diritto internazionale, con riferimento alle diverse Convenzioni contro la corruzione ratificate o sottoscritte dall'Autorità Nazionale Palestinese.

La nozione di corruzione si basa poi su una presunzione di illiceità introdotta dal secondo comma dell'art. 1: viene, infatti, considerato guadagno illecito (e quindi corruzione) qualsiasi incremento patrimoniale che si verifica successivamente all'assunzione di una funzione o qualifica da parte del soggetto interessato, del coniuge o dei discendenti minori, qualora tale incremento risulti incompatibile con le fonti di reddito dichiarate e non venga fornita prova dell'origine lecita dei beni.

Chiaramente, la legge del 2005 rappresenta la prima tappa di un processo ancora in corso di evoluzione, che vede tutta una serie di ulteriori interventi volti ad adeguare (tramite decreto) il quadro normativo palestinese agli standard previsti dalla Convenzione UNCAC.

Oltre alle già citate riforme della legge 1/2005, in quest'ottica si colloca l'adozione di misure contro il riciclaggio di denaro, a partire dalla Legge Antiriciclaggio n. 9/2007, anche questa più volte modificata[54], da ultimo con il Decreto 39/2022 sulla lotta al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo. Nel 2019, invece, è stato approvato uno specifico regolamento sui doni, e nel 2020, la Decisione del Consiglio dei Ministri 1/2020 ha rappresentato una tappa fondamentale nel promuovere la trasparenza e il buon governo nel settore pubblico, istituendo un meccanismo formale per l'identificazione, la dichiarazione e la gestione dei potenziali conflitti di interesse.

Nello stesso anno, con la Decisione n. 4/2020 del Consiglio dei Ministri, è stato ufficialmente adottato il Codice etico di condotta per il Servizio Pubblico. Questo codice rappresenta uno strumento importante soprattutto sotto profilo che potremmo definire didattico: da un lato, definisce i valori fondamentali del servizio pubblico (integrità, imparzialità, diligenza e rispetto della legge); dall'altro, fornisce orientamenti pratici su questioni cruciali, quali i conflitti di interesse, l'uso improprio delle risorse pubbliche e la responsabilità disciplinare.

[54] Si veda ad esempio il decreto 20/2015, e il decreto 13/2016.


ISSN 2036-7821

Attraverso l'istituzionalizzazione di questo codice, la Palestina afferma il proprio impegno nella costruzione di un'amministrazione pubblica ispirata ai principi della buona *governance*, tentando di rafforzare la fiducia dei cittadini, migliorare la qualità dei servizi pubblici e promuovere una cultura in cui il comportamento etico non solo è atteso, ma viene attivamente sostenuto attraverso politiche, formazione e meccanismi di vigilanza. Tuttavia, rimane una criticità in merito alla sua reale portata operativa, dato che non risultano ancora irrogate sanzioni disciplinari in caso di violazioni delle regole contenute nel codice.

Ma soprattutto, ciò che ancora manca nel sistema palestinese, è una disciplina sull'accesso alle informazioni, sebbene il tema della trasparenza non sia assolutamente ignorato, ma al contrario, è richiamato in numerosi documenti strategici.

Si veda ad esempio l'Agenda Politica Nazionale 2017–2022, intitolata *Putting Citizens First*, che rappresenta un importante strumento per lo sviluppo, la *governance* e la riforma della pubblica amministrazione in Palestina. In questo contesto, la lotta alla corruzione costituisce un tema trasversale. In particolare, la Politica 9, Rafforzare *accountability* e trasparenza, collocata nel pilastro relativo alla Riforma del governo, individua una serie di azioni chiave per promuovere la buona *governance*[55]. Sebbene sia interessante leggere nella visione descritta nel documento un riferimento esplicito al governo aperto[56], nel momento in cui si afferma che "il governo palestinese è aperto, inclusivo, trasparente e *accountable*[57]", va anche detto purtroppo si tratta solo di una mera dichiarazione di principio.

Lo stesso discorso vale anche in merito al *National Development Plan (Public Policies) 2021- 2023* lanciato nel 2021, in cui la politica intitolata *Promuovere l'integrità, la responsabilità, la trasparenza e la lotta alla corruzione*, attribuisce priorità al diritto dei cittadini di accedere alle informazioni, ma è rimasta in realtà lettera morta[58].

Tuttavia, sebbene non esista ancora in Palestina l'equivalente di un FOIA, va però ricordato che un generale diritto di accesso all'informazione è comunque riconosciuto in alcuni articoli della Legge Fondamentale, in primo luogo dall'art. 19 che sancisce la libertà di espressione, mentre un obbligo più specifico di trasparenza è previsto anche dagli articoli 54 e 80, sebbene in questo caso si tratti principalmente

[55] NATIONAL POLICY AGENDA 2017-2022, *Putting Citizens First*, 2016, p. 26.

[56] Anche se va specificato che la Palestina non è membro dell'Open Government Partnership, sebbene sarebbe auspicabile una sua adesione in futuro ma, come è noto, requisito fondamentale è l'adozione di una normativa sull'accesso alle informazioni.

[57] NATIONAL POLICY AGENDA 2017-2022, *Putting Citizens First*, 2016, p. 16.

[58] https://www.pacc.ps/library/viewbook/40436. Si veda anche la National Cross-Sectoral Strategy for Enhancing Governance and Combating Corruption (2025–2030).


ISSN 2036-7821

di un obbligo di comunicazione patrimoniale (*disclosure*) e non di un diritto generale di accesso da parte dei cittadini.

In particolare, l'articolo 54 stabilisce che i membri del Consiglio Legislativo Palestinese devono presentare una dichiarazione patrimoniale contenente l'elenco dei beni di loro proprietà, nonché di quelli intestati al coniuge e ai figli minori. L'obbligo riguarda beni sia mobili che immobili, situati all'interno o all'esterno della Palestina. È evidente però, che dal momento che il Consiglio Legislativo Palestinese di fatto non esiste più, questa norma è priva di una concreta applicabilità.

Diverso è il caso dell'articolo 80, che si applica invece a tutti i ministri, e quindi mantiene una reale portata operativa. Anche i ministri sono tenuti a presentare una dichiarazione patrimoniale dettagliata, che deve includere beni immobili, mobili, azioni, obbligazioni, somme di denaro e debiti, indipendentemente dalla loro collocazione geografica.

Tuttavia, tali dichiarazioni non sono realmente pubbliche, quindi manca un reale diritto di accesso da parte dei cittadini, dal momento che vengono trasmesse unicamente al Presidente dell'Autorità Nazionale Palestinese e rimangono soggette a riservatezza. L'accesso alle informazioni può avvenire solo su autorizzazione della Corte Suprema, e solo nei casi di comprovata necessità.

Di conseguenza, non esiste ancora una normativa specifica che obblighi le istituzioni pubbliche a divulgare proattivamente le informazioni o a rispondere alle richieste di accesso da parte dei cittadini, e anche se in passato sono stati elaborati progetti di legge, finora nessuno è stato adottato, e ciò continua a causare sfiducia e malcontento, soprattutto da parte delle organizzazioni della società civile impegnate su questo tema[59].

Tuttavia, alcune normative settoriali prevedono casi specifici di accesso parziale alle informazioni: ad esempio la Legge sulla stampa n. 9 del 1995 all'articolo 4 riconosce un diritto generale dei cittadini a ottenere informazioni dalle autorità pubbliche, mentre specularmente l'articolo 6 obbliga le istituzioni pubbliche a prestare assistenza ai giornalisti che richiedano l'accesso alle informazioni anche se poi, contestualmente, la legge impone una serie di restrizioni alla pubblicazione (per motivi connessi alla sicurezza nazionale, alla morale e all'ordine pubblico) svuotando di fatto la norma di contenuto[60].

Anche la Legge sull'ambiente n. 7 del 1999 riconosce una forma di diritto d'accesso considerandolo uno strumento fondamentale per la tutela ambientale e della salute pubblica. Se da una parte la legge riconosce ai cittadini il diritto a ottenere

[59] Cfr. AMAN, TRANSPARENCY PALESTINE, *Survey on the Public Perception of Corruption and Anti-Corruption Landscape in Occupied Palestinian Territory 2024*, Ramallah, 2024.

[60] Si vedano in particolare gli articoli 7 e 37 della legge 9/1995.


ISSN 2036-7821

informazioni sugli impatti ambientali derivanti da attività industriali, agricole e edilizie, purché tale accesso avvenga nel rispetto della legge, dall'altra promuove un approccio proattivo da parte delle istituzioni, incoraggiandole alla diffusione dei dati ambientali, in un'ottica di trasparenza[61].

Ulteriori disposizioni settoriali prevedono forme di divulgazione proattiva delle informazioni, come nel caso della Legge sulla regolamentazione del bilancio pubblico n. 7 del 1998.

La legge stabilisce che i ministeri siano tenuti a fornire dati e documentazione alla Direzione del Bilancio Pubblico, la quale ha l'obbligo di rendere pubblico il bilancio statale attraverso i media e altri canali di comunicazione (la norma poi specificava la necessità dell' approvazione da parte del Consiglio Legislativo Palestinese). La successiva Legge sull'Ufficio di Controllo Finanziario e Amministrativo n. 15 del 2004 attribuisce a tale Ufficio il potere di vigilare sulla gestione finanziaria e amministrativa delle istituzioni pubbliche. Ai sensi dell'articolo 25, l'Ufficio ha il diritto di accedere a tutti i rapporti, dati e informazioni in possesso del servizio civile, inclusi i rapporti investigativi su violazioni finanziarie e amministrative. L'articolo 29 conferisce inoltre all'Ufficio l'autorità di richiedere, acquisire e conservare informazioni da qualsiasi ente pubblico, anche quando tali informazioni siano ritenute riservate da parte dell'ente.
La legge prevede anche obblighi di rendicontazione: il direttore dell'Ufficio deve presentare rapporti trimestrali e annuali al Presidente, al Consiglio dei Ministri e al Consiglio Legislativo Palestinese (che però, occorre ricordare, non è ormai più attivo). Tuttavia, la legge non impone l'obbligo di pubblicare tali rapporti o renderli accessibili al pubblico, limitando così le possibilità di controllo civico e trasparenza.

Infine, è importante ricordare che la Legge anticorruzione n. 5 del 2005 attribuisce alla Commissione Nazionale Anticorruzione il compito di raccogliere informazioni su tutte le forme di corruzione, istituire banche dati e sistemi informativi, e scambiare tali informazioni con soggetti competenti, sia interni che internazionali, in conformità con la normativa vigente (art. 8). L'articolo 9 stabilisce inoltre che la Commissione ha il potere di richiedere, consultare o ottenere copie di fascicoli, dati, documenti o informazioni da qualsiasi ente che ne sia in possesso, inclusi quelli riservati, a condizione che ciò avvenga nel rispetto delle procedure legali applicabili.

[61] In linea con questo approccio, la Legge sulla statistica pubblica n. 4 del 2000 ha istituito l'Ufficio Centrale Palestinese di Statistica e ha posto le basi per la creazione di un sistema statistico nazionale unificato e coerente. La legge riconosce il diritto di ogni persona ad accedere ai dati statistici ufficiali raccolti, elaborati e pubblicati dall'Ufficio, purché tale accesso avvenga nel rispetto delle procedure e degli standard previsti dalla normativa. Questo principio contribuisce a rafforzare la trasparenza amministrativa e a promuovere l'utilizzo dei dati per finalità di ricerca, pianificazione e monitoraggio delle politiche pubbliche.


ISSN 2036-7821

Pur trattandosi di una norma importante, si tratta però di un accesso interno alla Commissione, non pubblico: il sistema si limita quindi a una logica di "controllo verticale", non di trasparenza orizzontale verso i cittadini. Riflette un approccio tecnico-amministrativo alla lotta alla corruzione, senza un'adeguata apertura alla partecipazione civica o al coinvolgimento degli organi di stampa, delle ONG, degli accademici, che sono invece centrali nelle strategie più moderne e multilivello di prevenzione.

Di conseguenza, nonostante alcuni interessanti tentativi rappresentati dalle normative settoriali che esprimono un impegno parziale verso il principio di trasparenza e il diritto all'informazione, in assenza di un quadro normativo unitario e vincolante, l'accesso rimane frammentato e limitato, non ancora conforme agli standard internazionali sanciti, ad esempio, dall'articolo 10 UNCAC.

### *6. La Commissione Anticorruzione Palestinese.*

Con la riforma del 2010 è stata istituita altresì la Commissione Anticorruzione Palestinese (PACC), un organismo indipendente incaricato in primo luogo di elaborare le strategie nazionali anticorruzione[62], cooperare con gli organismi arabi, regionali e internazionali in materia di lotta e contrasto alla corruzione, e redigere una relazione annuale. La Commissione, dotata di autonomia amministrativa e finanziaria, esercita i propri compiti in maniera indipendente, senza interferenze indebite, anche se la reale indipendenza della Commissione è stata talvolta messa in discussione[63].

Tuttavia, a differenza, ad esempio, del ruolo dell'ANAC in Italia, la Commissione Anticorruzione Palestinese non esercita una funzione esclusivamente preventiva ma anche repressiva dato che, ai sensi dell'art. 8 della legge, può indagare e anche perseguire[64] i reati di corruzione.

È indubbio, tuttavia, che la funzione preventiva rivesta un ruolo centrale, poiché solo attraverso un insieme articolato di misure di prevenzione è possibile promuovere in modo efficace una cultura dell'integrità. Di conseguenza, la Commissione, sempre ai sensi dell'art. 8, ha il compito di sensibilizzare sui pericoli della corruzione, attraverso la raccolta di informazioni e dati. Inoltre deve assicurare un coordinamento con le istituzioni dell'Autorità Nazionale Palestinese per rafforzare le

[62] La prima è stata adottata nel 2012, mentre l'attuale strategia, *National Cross-Sectoral Strategy to Strengthen Governance and Anti-Corruption 2025–2030*, rappresenta un'evoluzione verso un approccio più integrato e olistico.

[63] Cfr. T. DANA, *Corruption in Palestine: A Self-Enforcing System*, al-shabaka policy brief, August 19, 2015.

[64] Vedi l'art. 9 che riconosce alla Commissione il diritto procedere penalmente nei confronti di chiunque violi le disposizioni della legge, sequestrare i suoi beni mobili e immobili, impedirne l'espatrio, richiederne la rimozione dall'incarico, sospendere lo stipendio, le indennità e ogni altro emolumento finanziario, qualora necessario, nonché disporre la modifica o l'annullamento di tali provvedimenti conformemente alla normativa vigente.


ISSN 2036-7821

misure preventive, deve collaborare con i media, con le istituzioni educative e, conformemente a quanto previsto dall'art. 13 UNCAC, con la società civile per diffondere la cultura dell'integrità[65].

Inoltre, la Commissione è destinataria delle segnalazioni *whistleblowing*, ed è tenuta ad assicurare la tutela dei segnalanti[66]; riceve e gestisce le dichiarazioni patrimoniali dei funzionari pubblici, con l'obiettivo di prevenire situazioni di eventuali conflitti di interessi[67] all'interno delle istituzioni politiche e amministrative. Sempre in un'ottica preventiva, e conformemente a quanto previsto dalla Convenzione ONU contro la Corruzione, la Commissione svolge anche un ruolo attivo nella promozione dei codici etici e di condotta[68] e nello sviluppo di attività formative e di sensibilizzazione finalizzate alla prevenzione della corruzione.

Tuttavia va considerato che il mandato operativo della Commissione attualmente si limita di fatto alla Cisgiordania, mentre la sua attività nella Striscia di Gaza risulta pressoché inesistente, vista non solo la frammentazione geografica, ma soprattutto la drammatica situazione geopolitica. Ciò nonostante, anche se la Commissione continua a ricevere – seppure in misura sempre più limitata dall'ottobre 2023 – denunce e segnalazioni anche da Gaza, incontra enormi difficoltà nell'acquisizione di documenti, nella gestione dei fascicoli e nell'accesso alle informazioni rilevanti[69].

Un'ulteriore riforma introdotta nel 2019 con il Decreto n. 27/2019 ha contribuito a chiarire le modalità di nomina ai vertici dell'Autorità per l'Anticorruzione. In particolare, il Decreto ha stabilito che il Presidente della Commissione venga nominato dal Presidente dell'Autorità Nazionale Palestinese (ANP), su proposta del Consiglio dei Ministri. Questa modifica ha rafforzato il quadro normativo in materia di *governance*, introducendo un meccanismo formale di consultazione istituzionale che mira ad accrescere la legittimità e la trasparenza del processo di nomina, sebbene

[65] Questo perché la Convenzione riconosce che la lotta alla corruzione non può essere una responsabilità esclusiva dei governi, ma richiede un approccio inclusivo che coinvolga l'intera società. Tale approccio valorizza le competenze, le reti e la funzione di vigilanza esercitata dalla società civile. Attraverso attività di *advocacy*, monitoraggio, rafforzamento delle capacità e coinvolgimento dell'opinione pubblica, questi attori contribuiscono all'elaborazione di politiche anticorruzione più efficaci e alla promozione di una cultura dell'integrità.

[66] Vedi art. 11 e *infra*, par. 7.

[67] Su questo punto si veda anche la legge palestinese sul pubblico impiego (*Qànùn al-khidma al-madanìya*, legge 1998 n. 4) poi riformata diverse volte, nel 2005 e più recentemente nel 2019, ma soprattutto il già citato Regolamento sui conflitti di interessi del 27-1-2020.

[68] Ad esempio il Codice di condotta per i dipendenti pubblici, il Codice etico della magistratura, i Codici di condotta per i servizi di sicurezza, il Codice di condotta per il personale dell'Ufficio di controllo e revisione statale, il Codice di condotta per i dipendenti della Commissione Anticorruzione, e, più recentemente, il Codice di condotta per i dipendenti dei consigli municipali locali.

[69] Cfr. THE COALITION FOR ACCOUNTABILITY AND INTEGRITY - AMAN, *Country Review Report of the State of Palestine on the Implementation of Chapter II "Preventive Measures" and Chapter V "Asset Recovery" of the United Nations Convention against Corruption*. Ramallah, Palestine, 2018.


ISSN 2036-7821

permangano margini di miglioramento in termini di indipendenza effettiva dell'organismo.

### *7. La tutela del whistleblower in Palestina.*

Considerando quanto sia fondamentale tutelare chi segnala illeciti, la protezione dei whistleblower rappresenta un elemento imprescindibile di qualsiasi strategia efficace di prevenzione della corruzione. In contesti caratterizzati da fragilità istituzionale e alti livelli di rischio, come quello palestinese, la possibilità per funzionari pubblici, cittadini o membri della società civile di denunciare condotte scorrette senza timore di ritorsioni è essenziale per rafforzare la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione.

Per questo motivo è indubbiamente un dato positivo il fatto che la legge anticorruzione palestinese preveda sia un generico obbligo di segnalazione per chiunque abbia delle informazioni (art. 18), sia un obbligo specifico a carico dei pubblici funzionari (art. 19). L'art. 18, come modificato nel 2010, prevede infatti che chiunque acquisisca informazioni o documenti attendibili in merito a un *arricchimento illecito* (viene utilizzato volutamente questo termine più generico rispetto a *fasàd, corruzione*) è tenuto a trasmetterli alla Commissione o a presentare una denuncia.

Il secondo comma introduce poi una garanzia di protezione per coloro che effettuano le segnalazioni, prevedendo che è proprio la stessa Commissione a garantire ai segnalanti (in arabo, *al-muballighīn*) la protezione giuridica, professionale e personale. Tuttavia, l'articolo specifica che tale tutela non è incondizionata, ma è subordinata al fatto che la segnalazione sia in buona fede, *husanī al-niyya*, letteralmente, con un'intenzione "buona"[70]. Questa impostazione evidenzia una differenza rilevante rispetto agli orientamenti più recenti in materia, soprattutto a livello europeo e internazionale, dove la buona fede non è più considerata un requisito essenziale per accedere alle misure di protezione: si tende piuttosto a spostare l'attenzione dal soggetto segnalante al contenuto della segnalazione, valorizzando l'interesse

[70] La buona fede non è solo un principio generale del diritto palestinese, ma è interessante sottolineare, in un'ottica comparatistica, come rappresenti un obbligo fondamentale anche per il diritto islamico, non solo dal punto di vista giuridico, ma anche da quello morale e religioso. La buona fede, cioè: "la convinzione ragionevole, seria, anche se fondata sopra uno scusabile errore di fatto, di far cosa legittima" (cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, I, Roma 1938, p. 344), infatti, è sempre un'ulteriore estrinsecazione del più generale principio di equità, rinvenibile in numerosi passi coranici. Si veda ad esempio: "Dio comunque non vi riprenderà per una svista nei vostri giuramenti, bensì vi riprenderà per ciò che avranno inteso fare i vostri cuori, e Dio è misericordioso e benigno" (Corano II, 224); e molto similmente: "Dio non vi riprenderà per una svista nei vostri giuramenti, bensì vi riprenderà per aver concluso giuramenti che poi avete violato" (Corano, IV, 58).


ISSN 2036-7821

pubblico alla denuncia, indipendentemente dalle motivazioni personali di chi la presenta[71].

Questa distinzione non è di poco conto: vincolare la protezione alla buona fede può scoraggiare le segnalazioni per timore di valutazioni soggettive sulle intenzioni, mentre un approccio oggettivo, incentrato sui fatti denunciati, contribuisce a rafforzare i meccanismi di integrità pubblica.

La legge poi rinvia, per quanto riguarda le modalità e le misure specifiche per garantire tale protezione a un successivo regolamento che è stato effettivamente predisposto dalla Commissione e adottato dal Consiglio dei Ministri nel 2019[72].

Particolarmente interessante è l'articolo 19 della legge, che invece è rivolto più specificamente ai dipendenti pubblici e dopo aver ribadito, al primo comma, il dovere del dipendente di segnalare, al secondo comma, sancisce esplicitamente il divieto di ritorsione, chiarendo che la segnalazione non può in alcun modo né rappresentare un motivo per l'avvio di procedimenti disciplinari nei confronti del segnalante, né giustificare misure che possano compromettere la posizione lavorativa del segnalante.

La protezione dei segnalanti è stata ulteriormente rafforzata con l'adozione del Regolamento già citato, che ha definito con maggiore precisione l'ambito di applicazione della normativa. Il testo estende esplicitamente le misure di tutela non solo ai *whistleblower*, ma anche ai loro familiari e alle persone a loro vicine, riconoscendo (come del resto avviene nel sistema introdotto dalla Direttiva 2019/1937 UE) i rischi indiretti che possono derivare dalla segnalazione.

Un elemento particolarmente rilevante introdotto dal Regolamento è la creazione di una nuova Unità di protezione all'interno della Commissione Anticorruzione. Questo organismo è incaricato di ricevere le richieste di protezione, che vengono inoltrate dal Presidente della Commissione e di valutarne la fondatezza e l'urgenza. L'Unità ha il compito di analizzare i rischi concreti ai quali è esposto il segnalante, di autorizzare e mettere in atto le misure necessarie per garantirne la sicurezza, e di assicurare la massima riservatezza delle informazioni trattate, anche attraverso l'anonimizzazione delle identità coinvolte.

---

[71] Cfr. G. COSSU, L. VALLI, *Il whistleblowing: dalla Direttiva 1937/2019 al Decreto Legislativo 24/2023*, in *Federalismi.it, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, n. 19, 2023, pp. 155-185; G. COSSU, *Il diritto a segnalare: la nuova normativa in materia di whistleblowing: il Decreto Legislativo 10 marzo 2023, n. 24*, in *Lavoro, Diritti, Europa, LDE*, n. 2, 2023, pp. 1-19; E. CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione*, in *Munus*, n. 2, 2023, pp. 319-348.

[72] Decisione n. 7 del 2019 del Consiglio dei Ministri relativa al Regolamento sulla protezione dei segnalanti, testimoni, informatori ed esperti nei casi di corruzione, nonché dei loro familiari e delle persone a loro vicine.


ISSN 2036-7821

In presenza di minacce o ritorsioni, l'Unità è tenuta a intervenire con prontezza, attivando un coordinamento con le autorità giudiziarie e con le forze di sicurezza competenti.

Il Regolamento disciplina in modo dettagliato anche le modalità di presentazione delle richieste di protezione, stabilendo che l'Unità incaricata è tenuta a esaminarle entro sette giorni dalla ricezione, mentre la decisione finale spetta al Presidente della Commissione, che è tenuto a pronunciarsi entro le quarantotto ore successive alla ricezione della richiesta. In caso di rigetto della richiesta, il soggetto interessato ha la possibilità di presentare un ricorso allo stesso Presidente entro un termine di dieci giorni, e quest'ultimo è obbligato a decidere entro i successivi sette giorni. Se anche tale ricorso viene respinto, il richiedente potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria competente, aprendo così la via a un riesame in sede legale.

La normativa palestinese sembra quindi mostrare particolare attenzione nel garantire che chi denuncia atti di corruzione possa farlo in condizioni di sicurezza e senza timore di ritorsioni. A tal fine, sono previste tre principali forme di protezione che operano in maniera complementare. La prima è la protezione definita "funzionale", che tutela il posto di lavoro del segnalante impedendo che questi subisca misure discriminatorie di natura professionale, come il licenziamento, il demansionamento o trasferimenti punitivi, a seguito della segnalazione (effettuata in buona fede). La seconda forma di tutela è la protezione legale, che garantisce l'immunità da responsabilità penale o civile a chi segnala un illecito, sempre però purché agisca in buona fede e sulla base di un sospetto fondato e ragionevole; si tratta di una tutela fondamentale per incoraggiare la segnalazione, dal momento che elimina il timore di conseguenze giudiziarie. Infine, nei casi più gravi, subentra anche una vera e propria protezione personale, che può includere misure di sicurezza fisica come l'assegnazione di protezione da parte delle forze dell'ordine o il trasferimento in un luogo sicuro, oltre a forme di sostegno economico o risarcimenti per eventuali danni subiti. In situazioni particolarmente critiche, questa forma di protezione può essere estesa anche ai familiari del segnalante, riconoscendo la dimensione relazionale della vulnerabilità legata all'atto di denuncia.

Il quadro normativo attuale in materia di tutela del *whistleblower* appare quindi, almeno sulla carta, conforme alle indicazioni internazionali e anche al modello unionale, in un'ideale percorso di spontanea armonizzazione del diritto; soprattutto il Regolamento del 2019, rappresenta un passo importante verso la costruzione di un sistema di protezione efficace e credibile, che mira a incoraggiare la segnalazione degli illeciti e a rafforzare la fiducia dei cittadini negli strumenti di lotta alla corruzione.


ISSN 2036-7821

Tuttavia, non si può ignorare il fatto che, nonostante la presenza di un articolato quadro giuridico in materia, in Palestina – come in realtà in molti altri contesti nazionali[73] – i segnalanti continuano a essere esposti a rischi significativi, che si manifestano sotto forma di ritorsioni dirette, isolamento nell'ambiente di lavoro o una generale stigmatizzazione sociale. Questa persistente vulnerabilità evidenzia un divario strutturale tra la protezione formale offerta dalla normativa e la sua concreta attuazione, un divario che compromette l'efficacia dei meccanismi di *whistleblowing* e inibisce la disponibilità dei cittadini ad assumere un ruolo proattivo nel contrasto alla corruzione.

Similmente a quanto si può osservare anche con riferimento al nostro ordinamento, ne risente, di conseguenza, la fiducia collettiva nelle istituzioni pubbliche e si indebolisce la legittimità dell'intero sistema di governance[74].

In questo scenario, risulta imprescindibile, quindi, affiancare agli strumenti giuridici una strategia più ampia e multilivello, fondata sulla promozione di una cultura dell'integrità e sull'investimento in processi formativi strutturati. Per quanto necessario, il mero riconoscimento giuridico del ruolo del segnalante non è, infatti, sufficiente a garantire l'effettiva protezione dei segnalanti, se non è accompagnato da un impegno istituzionale concreto nella costruzione di un contesto anche socio-culturale favorevole alla denuncia[75]. È essenziale, quindi, che segnalare un illecito venga percepito non come un atto rischioso o pericoloso, bensì come un'espressione di responsabilità civica e di adesione ai principi dello Stato di diritto.

Di conseguenza, la vera leva in grado di produrre un cambiamento è sicuramente la formazione. I programmi formativi rivolti ai funzionari pubblici, ai responsabili di enti e agli altri attori del sistema devono essere pensati non solo per trasmettere conoscenze tecniche, ma anche per rafforzare la consapevolezza etica del proprio ruolo. Devono fornire competenze specifiche per riconoscere comportamenti

[73] Dove rimane forte il divario tra *law in the books* e *law in action*. Cfr., sul tema delle ritorsioni, N. PARISI, D. TAMBASCO, *Whistleblowing. Commento sistematico alla disciplina del d.lgs. n. 24/2023*, Milano, 2025

[74] Cfr. le conclusioni formulate in V.M. DONINI, *Formare per trasformare. Amministrazione aperta e modelli formativi innovativi per una più efficace attuazione dell'istituto del whistleblowing*, SNA, 2025. Ma si veda anche V.M. DONINI, *Whistleblowing: atto di eroismo o banalità del bene? Pregiudizi, resistenze e sfide per il futuro*, in V.M. DONINI (a cura di), *Whistleblowing e cultura dell'integrità: riflessioni di istituzioni e società civile per una nuova narrazione*, SNA, 2023, pp. 315-335.

[75] Cfr. A. VANNUCCI, *Costi e benefici morali del whistleblowing. Uno schema analitico e le implicazioni di policy*, in V.M. DONINI, *Whistleblowing cit.*, p. 232; E. CARLONI, *Cambiamenti di prospettiva. riforma del whistleblowing e trasformazioni dell'anticorruzione*, in *Munus*, n. 2, 2023; N. PARISI, *Tutele, incentivi e premialità anche in prospettiva comparata*, in V.M. DONINI, *op. cit.*, pp. 275-300. Si veda anche C.F. ALFORD, *Whistle-Blower Narratives: The Experience of Choiceless Choice*, in *Social Research*, vol. 74, 2007, pp. 223-248; E. CEVA, M. BOCCHIOLI, *Is Whistleblowing a Duty?*, Cambridge, 2019; O.N. OKAFOR, F.A. ADEBISI, M. OPARA, C.B. OKAFOR, *Deployment of whistleblowing as an accountability mechanism to curb corruption and fraud in a developing democracy*, in *Accounting Auditing & Accountability Journal*, 2020;


ISSN 2036-7821

irregolari, indicazioni chiare sui canali di segnalazione disponibili e strumenti per garantire il rispetto e la tutela dei segnalanti, contribuendo così a radicare una cultura dell'integrità.

Solo attraverso un approccio integrato, che unisca protezione giuridica, formazione e promozione di valori condivisi, sarà possibile normalizzare anche in Palestina la pratica del *whistleblowing* come parte integrante delle politiche di prevenzione della corruzione. Garantire la possibilità di segnalare in modo sicuro, riservato e privo di conseguenze discriminatorie rappresenta una condizione imprescindibile per rafforzare la capacità delle istituzioni di intercettare tempestivamente fenomeni corruttivi, recuperare la fiducia dei cittadini e consolidare, in ultima analisi, i principi fondamentali dello stato di diritto, in un contesto che, come si è visto, è caratterizzato da una profonda fragilità democratica.

Sicuramente in questo ambito si assistono a significativi sforzi, grazie anche all'impegno costante della Commissione Anticorruzione Palestinese per sensibilizzare l'opinione pubblica[76].

### *8. Considerazioni conclusive.*

Alla luce di queste considerazioni appare evidente come la lotta alla corruzione in Palestina non possa essere considerata separatamente dalle più ampie dinamiche di instabilità politica, frammentazione territoriale e debolezza istituzionale che ne caratterizzano il sistema giuridico generale.

Sebbene siano stati compiuti importanti passi in avanti, ispirati sostanzialmente ai principi della UNCAC e accompagnati dalla creazione di istituzioni (come la Commissione Anticorruzione) e strumenti (si pensi ai vari interventi normativi che hanno introdotto codici di condotta, regole in materia di conflitto di interessi, tutela del *whistleblower*), permane ancora oggi un significativo divario tra l'architettura formale di contrasto alla corruzione e la sua effettiva attuazione.

In particolare, sono i problemi geopolitici e istituzionali a rendere difficile la gestione delle strategie anticorruzione, a partire dalla presenza militare israeliana, alla concentrazione del potere esecutivo, alla sospensione prolungata dell'attività parlamentare, tutti fattori che di fatto rappresentano un deficit di legittimazione democratica che a sua volta compromette l'efficacia dei meccanismi di controllo e l'applicabilità delle misure anticorruzione.

[76] Di particolare rilievo sono le iniziative intraprese dalla Commissione Anticorruzione palestinese per sensibilizzare le nuove generazioni, attraverso programmi educativi per le scuole e campagne di informazione mirate.


ISSN 2036-7821

Un'altra questione cruciale è rappresentata dal legame tra corruzione e genere, che necessita quindi un ripensamento delle strategie di prevenzione della corruzione in un'ottica di *gender mainstreaming*[77], ma anche di un programma concreto per assicurare la piena uguaglianza di genere[78]. Sicuramente un primo segnale importante in questo ambito è il fatto che le organizzazioni della società civile impegnate nella promozione dei diritti delle donne siano state audite dalla Commissione Anticorruzione nella realizzazione della strategia anticorruzione[79].

Se, come è noto, non si può combattere la corruzione concentrandosi solo sulla lotta alla corruzione[80], appare evidente quindi che, se non si affrontano in via preliminare tutte le questioni politiche rimaste aperte, le riforme specifiche anticorruzione non riusciranno mai ad avere piena efficacia nonostante le migliori intenzioni.

Inoltre, rimane come significativa criticità l'assenza di una legge sul diritto di accesso generalizzato alle informazioni, oltre al fatto che il ruolo della società civile, per quanto cruciale, non sia ancora pienamente agito. In particolare, nonostante alcune organizzazioni (come, ad esempio, la già citata AMAN, oggi capitolo di Transparency International in Palestina), svolgano un ruolo fondamentale per competenza e dedizione, non sono purtroppo rari i casi di ritorsioni o vere e proprie intimidazioni nei confronti degli attivisti delle organizzazioni maggiormente impegnate nella lotta alla corruzione e promozione dei diritti umani[81].[82]

---

[77] Cfr. EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY, *Gender Impact Assessment. Gender Mainstreaming Toolkit*, 2016; UNODC, *The Time is Now – Addressing the gender dimensions of corruption*, Vienna, 2020; UNITED NATIONS, *Mainstreaming Gender in Corruption Projects-Programmes Briefing Note for UNODC staff*, 2020, p. 65.

[78] La National Policy Agenda sottolinea esplicitamente che la capacità ed efficienza della pubblica amministrazione palestinese dipendano anche dalla piena valorizzazione del potenziale delle donne e di conseguenza è fondamentale rimuovere ogni ostacolo al reclutamento, alla promozione e al riconoscimento dei ruoli femminili all'interno dell'apparato pubblico. Il fatto che le donne costituiscano il 45% del personale nella pubblica amministrazione in Palestina rappresenta sicuramente un dato sicuramente positivo; tuttavia, la loro scarsa presenza nei ruoli apicali (appena il 12%) evidenzia un pesante divario di genere. NATIONAL POLICY AGENDA 2017-2022, *Putting Citizens First*, 2016, p. 32. Sull'emancipazione femminile nel mondo arabo in generale cfr. R. PEPICELLI, *Femminismo islamico*, Carocci, Roma, 2010; D. SCOLART, *Diritti e doveri della donna nel diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Bologna, 2022, pp. 271-281; D. SCOLART, *Women's Empowerment and Islam: Open Issues from the Arab World to Europe*, in V. CATTELAN, *Islamic Finance in Europe. Towards a Plural Financial System*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, pp. 126-140; R. ALUFFI BECK-PECCOZ, *Le leggi del diritto di famiglia negli stati arabi del Nord Africa*, Torino, 2004

[79] Cfr. Network of Corruption Prevention Authorities, *Guide on Gender and Corruption*, 2022.

[80] Come affermato dallo studioso D. KAUFMANN, citato in E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 270.

[81] In particolare le denunce effettuate contro l'organizzazione AMAN si sono trasformate in uno vero strumento coercitivo a lungo termine per opprimere e punire difensori dei diritti civili, attivisti, professionisti, e tutto ciò ha chiaramente comportato un inquietante restringimento dello spazio civico. Cfr. THE COALITION FOR INTEGRITY AND ACCOUNTABILITY, AMAN, *Sixteenth Annual Report on the State of Integrity and Combating Corruption in Palestine*, Ramallah-Palestine, 2023, p. 50.


ISSN 2036-7821

L'esperienza palestinese conferma quindi che la prevenzione della corruzione non richiede solo un buon quadro giuridico: necessita di istituzioni credibili, di una cultura pubblica orientata all'integrità e di strumenti operativi efficaci. Sicuramente in questo senso, l'innalzamento della protezione dei whistleblower, in un ravvicinamento concreto allo standard europeo, oltre che alle previsioni UNCAC, si configura come una condizione essenziale per rafforzare la capacità dello Stato di intercettare e contrastare i fenomeni corruttivi. Tuttavia, perché tale protezione sia effettiva, occorre superare le resistenze culturali e garantire la sicurezza, il rispetto e il riconoscimento sociale di chi denuncia comportamenti illeciti.

La promozione dell'etica pubblica deve dunque diventare una priorità condivisa, attraverso programmi di formazione, campagne di sensibilizzazione e il coinvolgimento attivo della società civile. Solo così sarà possibile costruire un'autentica cultura dell'integrità e contribuire al consolidamento dello Stato di diritto in Palestina.

[82] A. SWAMY, S. KNACK., Y. LEE, O. AZFAR, *Gender and corruption*, in *Journal of Development Economics*, 64, 2001, pp. 25–55; D. DOLLAR, R. FISMAN., R. GATTI, *Are women really the "fairer" sex? Corruption and women in government*, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, 46, 2001, pp. 423-429; H.E. SUNG, *Fairer Sex or Fairer System? Gender and Corruption Revisited*, in ***Social Forces***, 82, 2, 2003, pp. 703–723. Cfr. anche G. BONERBA, M. GNALDI, A. PIOGGIA, *Corruzione e integrità nelle istituzioni: una questione di genere?*, Milano, 2022; V.M. DONINI, *Corruzione, diseguaglianze di genere e asimmetrie di potere: il gender mainstreaming come approccio sistemico per le strategie di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 18, 2025, pp. 36-68.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Controversie relative a crediti per prestazioni professionali rese dagli avvocati in ambiti distinti da quello giudiziale civile (segnatamente in materia amministrativa). Fori territorialmente competenti. "Variazioni sul tema"

di **Paolo Cotza**

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

## Sommario

1. Inquadramento del problema, obiettivi prefissi, strumenti di metodo. - 2.1. Cause relative ad obbligazioni e Foro competente. - 2.2. Luogo dell'adempimento, obbligazione "portabile" e Foro competente per i crediti da prestazioni professionali. - 2.3. Luogo dove l'obbligazione di prestazione professionale è sorta o deve essere eseguita, e Foro territorialmente competente. - 3.1. Sviluppo critico: a partire dal concetto-funzione di 'liquidità' … - 3.2. … per giungere ad una disamina degli interessi in giuoco e dei principi di riferimento

## Abstract

Following a general overview of the subject of the investigation, the reasons for the study, and the method employed, attention was then focused on the issue relating to the territorially competent court when the 'title' pertains to services provided in areas different from that of the civil judiciary: in particular, in the case of legal representation provided in administrative disputes. To such an extent: having taken into account the 'dedicated' jurisprudential solution, a critical analysis has been carried out, proposing alternative solutions; also making use of a brief overview regarding the contribution of the same 'component' on the subject of applicable procedures to recover debts accrued in relation to professional services provided by lawyers.

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


ISSN 2036-7821

***1. Inquadramento del problema, obiettivi prefissi, strumenti di metodo.***

La disciplina generale in punto di Foro territorialmente competente, quando si tratti di cause relative ad obbligazioni, sembra non angustiare più (con questioni significative) gli operatori giuridici, grazie ad un contributo giurisprudenziale andato affinandosi e stabilizzandosi.

Diversamente, laddove l'oggetto della controversia attenga a crediti per prestazioni professionali, specie se rese dagli avvocati in ambiti distinti da quello giudiziale civile, con particolare riguardo alla materia amministrativa. Ciò: reputando emerse certe perplessità, in ordine ad una pedissequa applicazione, a quest'ultima 'fattispecie', di quel pur 'avanzato' orientamento di giurisprudenza, anche alla luce delle 'dinamiche' che coinvolgono le diverse componenti del canone del 'giusto processo'; ed essendo dato di così ravvisare certo 'margine di manovra' per una speculazione interpretativa, originale e costruttiva, stavolta da parte del 'formante' dottrinale[1].

Resta inteso che, pertanto, l'esperimento andrà dogmaticamente impostato: proprio a partire da una 'rivisitazione' del profilo concettuale della specifica 'fattispecie' (segnatamente, emancipando la 'liquidità' del credito professionale da certa 'sostanza' che si vorrebbe acquisita)[2]. Così, innescando: un adeguamento organizzativo del sottosistema di riferimento (obbligazioni pecuniarie) e, sempre per il tramite del medesimo criterio di smistamento di quella complessità (assurto a 'caso organizzazionale'), un plausibile orientamento alla 'ricomplementarizzazione' dei principi, antinomici, coinvolti (in quanto imprescindibilmente sottesi agli interessi in giuoco)[3].

---

[1] R. SACCO, *Formante*, in *Dig. disc. priv.* – sez. civ. –, VIII, Torino, 1992, 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).

[2] Può associarsi al termine "fattispecie" il concetto (lato) di tecnica di organizzazione del sistema giuridico nonché, di punto di vista, di criterio di smistamento (o selettivo) delle complessità di riferimento verso distinti principi regolativi.

[3] Entro le condizioni testé riportate risulta condivisibile la tesi per cui 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]» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, 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*


ISSN 2036-7821

In ciò intende risolversi il 'senso' del presente scritto, proponendo una soluzione (funzionale) che:
per un verso, tenti di rispondere al duplice collaudo di 'chiarezza' ed 'utilità' quanto ai 'pratici'; all'uopo 'qualificando', lo sforzo ermeneutico prodigato, col mutuare il paradigma 'dedicato' dal 'razionalismo critico', quale rappresentato dalla 'logica

---

*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*» (M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 175-176.).

Si assiste, dunque, al superamento della nozione descrittiva (estensionale) di fattispecie (corrispondente al paradigma computistico della logica identitaria: somma degli elementi dei quali si compone il fatto, cui la regola riferisce il proprio principio normativo), a favore di quella che la identifica con "una comprensione del mondo secondo un punto di vista, secondo un senso". «*La nozione sommativa di fattispecie tralascia di considerare che essa è, innanzitutto, il veicolo di un principio regolativo e che, perciò, deve essere compresa, essenzialmente, in rapporto ad esso ed alla deliberazione di applicarlo ad uno spezzone determinato di complessità. In quanto veicolo di un tale principio, la fattispecie non rispecchia il mondo, non si limita affatto a descriverlo, ma lo riconnette ad una* misura, *precisamente ne produce una rappresentazione all'interno della regola sulla base di una relazione di senso che si genera dal suo (= del mondo) riferimento al principio, che concorre a comporla …*

*Ogni regola, in quanto nesso sensato di fattispecie e principio regolativo, incorpora, dunque, un senso, una deliberazione sul mondo*» (M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 178).

«*Simmetricamente, l'organizzazione delle regole in sistema è anche un'organizzazione dei diversi sensi in esse incorporati, e quindi un'organizzazione delle "misure" (= i principi regolativi) da esse recate secondo relazioni proporzionali con la complessità selezionata e disciplinata (= le fattispecie). Il sistema giuridico, per conseguenza, non è solo un sistema di regole, ma è, al tempo stesso, un sistema di senso, del quale senso, allo stesso modo, si può dire che è, contemporaneamente, più e meno della somma dei significati delle regole che lo compongono*» (M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 179).

Al menzionato passaggio dall'estensione all'intensione, presiede l'(auto)riflessione sistemica.

«*In generale, l'autoriflessione è l'operazione con cui un sistema designa sé stesso come differente dal proprio* [contesto]. *A tale operazione i sistemi sono spinti dalla pressione della complessità del mondo, la quale … finisce per mettere in crisi le loro capacità selettive. Proprio per fronteggiare questa pressione, i sistemi attuano strategie di autoriferimento, cioè – detto in termini forse un po' troppo semplici – ritornano su sé stessi per comprendere i criteri del loro proprio funzionamento ed accrescerne così la capacità di risposta alla sopravvenuta maggior complessità dei problemi demandati alla loro soluzione, ovvero – detto in termini un po' più complicati – riflettono differenze, che hanno istituite al loro interno, per assumere le informazioni sul* [contesto] *necessarie a trattarne la complessità, in guisa da rimarcarle e metterle così in grado di veicolare tali informazioni in una situazione di accresciuta complessità. E proprio per potere attivare questo procedimento i sistemi debbono riferirsi a sé stessi come sistemi, cioè debbono riferirsi alla loro identità ed ai loro confini, in virtù dei quali, appunto, si distinguono essenzialmente dal loro* [contesto]. *Giacché solo* [ad] *una comprensione rafforzata della loro identità possono attingere le risorse di senso necessarie a rafforzare le loro differenze interne e così il loro controllo sul* [contesto]. *Con ciò i sistemi ribadiscono la loro chiusura riflessiva. Ma tale chiusura è anche la condizione della loro apertura, nel senso che è proprio tornando a riferirsi a sé stessi che essi si aprono alla comprensione del loro* [contesto] *e della sua accresciuta complessità.*

*… Questo è, appunto, quanto avviene con (e nel)l'interpretazione del diritto*» (M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, pp. 180-181).

Le precedenti connessioni consentono di pervenire ad un primo ordine di esiti:

- 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 coesistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di "confinazione" (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sottoambiti 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 sottoambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio "vale" o deve arretrare dinnanzi ad altro).

«*Confinazione e gerarchizzazione avvengono, peraltro, secondo il "senso" del sistema, sono esito del suo processo di differenziazione funzionale, che si esplica sul piano longitudinale e verticale. Sicché un ordinamento costituisce un sistema di principi* (= rationes) *costruito secondo un "senso", è la sistemazione dei principi secondo una programmazione.*

*A questa stregua, ogni norma di un ordinamento è espressione di un principio. Ma nella norma il principio, di per sé incondizionato, si presenta, invece, come condizionato*» (M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 324).


ISSN 2036-7821

operazionale' (dei costi/benefici)[4];
per altro verso, senza risultare eversiva della coerenza al sistema giuridico.

### *2.1. Cause relative ad obbligazioni e Foro competente*

Come noto, il creditore che intenda azionare la sua pretesa, potrà adire (*forum obligationis*[5]): il giudice del luogo in cui il debitore-convenuto ha la residenza, il domicilio, la dimora (in via residuale, se conosciuta) o la sede[6]; facoltativamente, il giudice del luogo dove l'obbligazione è sorta (*forum contractus*) o quello del luogo dove deve eseguirsi l'obbligazione (*forum destinatae solutionis*)[7].
Come parimenti noto, la norma relativa al Foro facoltativo non può applicarsi in diversi casi, puntualmente previsti dall'ordinamento, in relazione ai quali, per quel che rileva ai fini degli sviluppi del presente scritto, valga di segnalare le azioni attinenti a rapporti intervenuti fra consumatore e professionista: da proporsi nanti il giudice del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore (c.d. Foro del consumatore, definito speciale ed esclusivo)[8].
Sempre in funzione degli sviluppi della presente trattazione, valgano altresì le

[4] I risultati dell'esplorazione a livello ontologico, nel ritorno a quello epistemologico, si sono tradotti in una riqualificazione dell'ermeneutica secondo il "razionalismo critico". 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") ed alla loro eliminazione.
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 ri-conciliazione fra pensiero generale e discipline "regionali" (compresa quella giuridica).
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.

[5] *Ex multis*, M. DE CRISTOFARO, *Il foro delle obbligazioni*, Torino, 1999.

[6] Artt. 18-19 c.p.c. (Fori generali rispett. delle persone fisiche e giuridiche).

[7] Art. 20 c.p.c. (Foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazione). Il Foro facoltativo, espressione di un criterio di competenza di carattere oggettivo, risponde a finalità di carattere processuale, che si fanno consistere nel permettere al giudice di meglio gestire il processo, stante la vicinanza del suo ufficio al luogo in cui possono trovarsi gli elementi di prova da acquisire ai fini della decisione della causa. Quanto a natura giuridica, i due Fori facoltativi sono concorrenti sia con quello generale che tra di loro.
Sotto il profilo del suo ambito di operatività, la norma trova applicazione per tutte le obbligazioni, qualunque sia la loro fonte, e dunque sia nel caso di obbligazioni contrattuali che extracontrattuali, legali e, in generale, prodotte da qualunque altro fatto idoneo.
I tipi di azioni attraverso cui far valere o contestare il rapporto obbligatorio, invece, debbono avere natura personale, e così vi si intendono ricomprese le azioni di accertamento, di condanna, costitutive di rapporti giuridici obbligatori, nonché le azioni di nullità, annullamento, simulazione, rescissione o risoluzione di un contratto.

[8] Ai sensi dell'art. 33 comma 2, lett. u), D.Lgs. n. 206/2005. In senso adesivo: G. TRISORIO LIUZZI, *Il foro del consumatore e il procedimento per la liquidazione degli onorari di avvocato*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 682, segn. p. 692; E. DALMOTTO, *La residenza del consumatore e la competenza per le liti sul compenso degli avvocati*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2635.


ISSN 2036-7821

seguenti puntualizzazioni.
Quanto al luogo dove è sorta l'obbligazione, limitandosi a quelle di fonte contrattuale, è necessario che si faccia riferimento alle norme di diritto sostanziale che disciplinano la conclusione del contratto e, più precisamente, agli artt. 1326 ss. c.c.; è, infatti, nel momento della conclusione del contratto che sorgono le relative obbligazioni per ciascuna delle parti. Stando a tali regole generali, dunque, Foro competente è quello del luogo in cui chi ha fatto la proposta contrattuale ha avuto conoscenza dell'accettazione[9].
Quanto al luogo di adempimento dell'obbligazione, è parimenti necessario di attingere alle norme civilistiche che regolano la materia: segnatamente l'art. 1182 c.c.
Sennonché, dovendo applicarsi, l'art. 20 c.p.c., alla luce delle menzionate disposizioni di diritto sostanziale, preliminarmente si tratta di sciogliere i dubbi interpretativi inerenti alla "portata" (effettuale) di queste ultime: a partire da quelli più problematici, posti proprio dall'art. 1182 c.c.

### *2.2. Luogo dell'adempimento, obbligazione "portabile" e Foro competente per i crediti da prestazioni professionali.*

Come parimenti noto, in tema di luogo di esecuzione delle prestazioni, l'ordinamento, nel delineare criteri suppletivi da osservare nel caso in cui quello non sia determinato dalla convenzione o dagli usi e non possa desumersi dalla natura della prestazione o da ulteriori circostanze, dispone (fra l'altro) che: solo quando l'obbligazione ha per oggetto una somma di denaro, deve essere adempiuta presso il domicilio del creditore al tempo della scadenza[10]; diversamente, l'obbligazione pecuniaria va adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza[11].
Le Sezioni Unite della Cassazione hanno chiarito la nozione di "obbligazione pecuniaria portabile" (da adempiersi presso il domicilio del creditore), di cui all'art. 1182, terzo comma, c.c.[12]; risolvendo un contrasto fra orientamenti, in ordine al propedeutico modo d'intendere il requisito della "liquidità" dell'obbligazione[13]. Così, dovendo ritenersi tale esclusivamente quella avente ad oggetto, sin dalla propria costituzione, una determinata somma di denaro, nel senso che l'ammontare della

[9] Per le diverse modalità di conclusione del contratto, sarà necessario fare riferimento alle norme che prevedono le varie fattispecie, quali: l'art. 1333 c.c., per il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente; l'art. 1327 c.c., per il contratto concluso mediante inizio dell'esecuzione; etc.

[10] Art. 1182, co. 3, c.c.

[11] Art. 1182, co. 4, c.c.

[12] Gli interpreti, mutuando le icastiche locuzioni elaborate nell'esperienza francese, distinguono, rispettivamente, tra obbligazioni: *portables* ("portabili": vale a dire da adempiersi presso il creditore) e obbligazioni *quérables* (letteralmente "richiedibili", la cui prestazione deve essere "domandata" al debitore, dunque presso il di lui domicilio). Sul tema, A. ORIANI, *Le Sezioni Unite e la portabilità (ridotta) dei crediti pecuniari*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 321.

[13] V. BRIZZOLARI, *Le Sezioni Unite sul requisito della liquidità nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Nuova giur. civ. comment.*, 2017, p. 236. Cfr. pure T. DALLA MASSARA, *Liquidità e illiquidità, valuta e valore; per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 536 s.


ISSN 2036-7821

cifra dovuta potrà risultare: direttamente dal "titolo" originario, che la precisi; oppure solo indirettamente dallo stesso, allorché questo indichi il criterio o i criteri applicando i quali tale somma va determinata, purché essi risultino "stringenti" (la risultante della loro applicazione dovendo essere necessariamente una soltanto, senza che residuino margini di discrezionalità superabili solo mediante un ulteriore "titolo", convenzionale o giudiziale)[14]. Con esclusione dei casi in cui, in vece del *medium* di un ulteriore "titolo", che rappresenta la "particolarità" delle obbligazioni pecuniarie "illiquide" ai fini dell'adempimento del debitore, tale importo venga autodeterminato (pur puntualmente) dall'attore nell'atto con cui fa valere la propria pretesa creditoria[15].

In altri termini: «l'art. 1182, terzo comma, c.c. … si applica esclusivamente nel caso in cui la somma sia già determinata nel suo ammontare o sia determinabile in base ad un semplice calcolo aritmetico e non si renda necessario procedere ad ulteriori accertamenti; quando, invece, la somma deve essere ancora liquidata dalle parti, o, in loro sostituzione, dal giudice, mediante indagini e operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico, trova applicazione il quarto comma dell'art. 1182, secondo cui l'obbligazione deve essere adempiuta al domicilio che il debitore ha al tempo della scadenza»[16].

Le Sezioni Unite nanti menzionate osservano che la nozione di obbligazione portabile, di cui all'articolo 1182, comma 3, c.c. rileva non soltanto ai fini dell'individuazione del *forum destinatae solutionis* contemplato dall'art. 20 c.p.c., seconda parte, ma anche ai fini del prodursi della mora *ex re* ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 3, c.c. che esclude la necessità della costituzione in mora "quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore", come appunto stabilito per le obbligazioni pecuniarie dall'art. 1182, comma 3, cit. Ebbene, la Corte nega che la mora *ex re* possa verificarsi anche per le obbligazioni pecuniarie illiquide. Infatti, se tra le obbligazioni pecuniarie "portabili" contemplate

[14] Cass., Sez. Un., 13 settembre 2016, n. 17989; cfr. pure Cass. civ., sez. II, n. 26985/2018. Cass., Sez. VI-2, Ord. n. 34944/2021 opera una arbitraria mutuazione di Cass., Sez. VI-3, Ord. n. 30287/2017 relativamente a caso avulso in cui «per una parte dell'ammontare dell'unico complessivo credito … neppure si assume che esso sia stato determinato convenzionalmente o in base a criteri stringenti».

[15] Prosegue il Supremo Collegio: «*le indicate esigenze di protezione del debitore, che sono a fondamento dell'interpretazione restrittiva dell'articolo 1182 del codice civile, comma 3, richiedono evidentemente che la liquidità del credito sia ancorata a dati oggettivi, mentre sarebbero frustrate se essa si facesse coincidere con la pura e semplice precisazione, da parte dell'attore, della somma di denaro dedotta in giudizio, pur in mancanza di indicazioni nel titolo…. In tal modo, infatti, non il dato oggettivo della liquidità del credito radicherebbe la controversia presso il forum creditoris, bensì il mero arbitrio del creditore stesso, il quale scelga di indicare una determinata somma come oggetto della sua domanda giudiziale, con conseguente lesione anche del principio costituzionale del giudice naturale*».

In linea, Cass. civ., Sez. VI-2, Ord. 4 gennaio 2017, n. 118. In tal senso già Cass. civ., Sez. III, 24 ottobre 2007, n. 22326. Per un tentativo di coordinamento sistematico, tra quanto statuito dalla Suprema Corte e la tradizionale classificazione che vede contrapposti debiti di valuta e debiti di valore, M. D'ONOFRIO, *Obbligazioni pecuniarie: l'intervento delle Sezioni Unite sul luogo dell'adempimento*, in *Contratti*, 2017, p. 29.

[16] *Ex multis*, Cass. civ., Sez. I, Ord. 15 gennaio 2024, n. 1387.


ISSN 2036-7821

da tale disposizione rientrassero quelle illiquide, la mora – e con essa la responsabilità ai sensi dell'articolo 1224 del codice civile – scatterebbe automaticamente anche a carico del debitore la cui prestazione non sia in concreto possibile perché l'ammontare della sua prestazione è ancora incerto: il che, sottolineano i Giudici di legittimità, «*sarebbe ingiustificato, nonché contrario al sistema, il quale esclude la responsabilità del debitore la cui prestazione sia impossibile per causa a lui non imputabile (articolo 1218 c.c.)*»[17].

Questa "interpretazione restrittiva" della nozione di obbligazione "portabile", ai fini del radicamento del Foro territorialmente competente, risulta inoltre coerente: con il principio del *favor debitoris* che ispira la regola generale-residuale di cui all'articolo 1182, comma 4, c.c.; nonché, con la ragione giustificativa della disciplina del c.p.c. inerente al Foro generale, per cui, tra le due parti, attore e convenuto, il Legislatore (almeno 'in linea di massima') ha optato innanzitutto per il secondo, in considerazione della valutazione che vuole sia l'attore a turbare la quiete del convenuto, sicché quest'ultimo deve (per lo meno) godere del vantaggio di minori spostamenti territoriali.

Il "formante" giurisprudenziale, ai fini del radicamento della competenza territoriale onde dirimere le relative controversie, chiarisce ulteriormente che:

«i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice in base allo stato degli atti, ai sensi dell'art. 38, comma 4, c.p.c. e ricorrono quando non è necessario ulteriore titolo negoziale o giudiziale, in quanto il titolo indica il criterio per determinare il compenso, a nulla rilevando le eventuali contestazioni riferite all'"an" e al "quantum"»[18];

«in tema di competenza per territorio, se l'attore domanda la condanna al pagamento di una somma di denaro indicata come liquida ed esigibile, competente "ratione loci"

[17] Per un commento, C. ASPRELLA, *Competenza territoriale, mora* ex re *e obbligazioni liquide*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 321.

[18] Cass. civ. Sez. II, Ord. 9 dicembre 2021, n. 39028 (rv. 663393-01).

La contestazione sull'esistenza-validità del titolo-rapporto d'incarico professionale attiene solo al merito (Cass. civ., Sez. VI-2, Ord. n. 15254/2020). In caso di contestazione che il contratto (es., d'incarico professionale) non si è concluso ovvero è nullo (così Cass. civ., Sez. VI-2, Ord. 16 luglio 2020, n. 15254: «qualora la parte, convenuta in giudizio per l'adempimento di un contratto, eccepisca l'incompetenza territoriale del giudice adito, affermando che il contratto in contestazione non si è concluso ovvero è nullo, e che, ammesso che si sia concluso, si sarebbe perfezionato e avrebbe dovuto avere esecuzione in un luogo diverso, il problema della competenza deve essere risolto alla stregua della prospettazione dell'attore, attenendo al merito l'accertamento relativo all'effettiva conclusione del contratto ovvero alla sua nullità. Né al riguardo possono avere rilevanza le contestazioni formulate dal convenuto e la diversa prospettazione dei fatti da lui avanzata, dovendosi tenere separate le questioni concernenti il merito della causa da quelle relative alla competenza, con la conseguenza che sulla determinazione del "forum contractus", con riferimento all'art. 20 c.p.c., non può influire l'eccezione del convenuto che neghi l'esistenza del contratto ovvero deduca la sua conclusione in altro luogo, unico limite alla rilevanza dei fatti prospettati dall'attore ai fini della determinazione della competenza essendo l'eventuale prospettazione artificiosa, finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge». Con riguardo in genere alla contestazione sull'esistenza-validità del rapporto obbligatorio: Corte App. Milano, Sez. IV, n. 1958/2020.

In dottrina: R. CAMBER, *Rapporti tra competenza e merito*, Padova, 1960; B. CAPPONI, *Note in tema di rapporti fra competenza e merito*, Torino, 1997.


ISSN 2036-7821

è il giudice del domicilio del creditore, ex art. 1182, comma 3, c.c., senza che rilevi se all'esito del giudizio emerga l'illiquidità del credito o che il convenuto ne contesti l'esistenza o l'ammontare; ove il convenuto non neghi il proprio debito ma contesti che il credito sia "portabile", la questione della liquidità del credito andrà accertata dal giudice ai soli fini della competenza, in base allo stato degli atti ex art. 38, comma 4, c.p.c., senza nessuna incidenza sul merito della causa»[19].

Traslando tali connessioni interpretative in materia di compenso per prestazioni professionali, non convenzionalmente stabilito, la conclusione cui è pervenuta la Suprema Corte può così sintetizzarsi:

eccezion fatta per l'orientamento secondo il quale «la disposizione dell'art. 1182, comma terzo, cod. civ. - secondo la quale l'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di una somma di danaro deve essere adempiuta al domicilio del creditore e, correlativamente, in tale luogo si determina la competenza territoriale nei giudizi ai sensi dell'art. 20 cod. proc. civ. - si applica anche nel caso in cui oggetto dell'obbligazione sia il pagamento di provvigioni o di indennità riconducibili ad un contratto di mediazione, poiché i relativi crediti devono considerarsi liquidi ed esigibili, essendo sempre quantitativamente determinabili con un mero calcolo aritmetico in base a quanto stabiliscono i contratti, gli accordi e gli usi»[20];

di regola, vi corrisponde un debito pecuniario illiquido.

Salvo constatare che tale condizione è così giustificata: «il fondamento della norma (art. 1182 c.c., comma 3) che fissa al domicilio del creditore l'adempimento delle obbligazioni che hanno per oggetto somme liquide ed esigibili sta nel fatto che il debitore è in grado di sapere *con certezza*, fin dal momento in cui l'obbligazione è venuta in essere, non solo se la prestazione è dovuta ma anche il termine del pagamento ed il suo ammontare, con la conseguenza che, negli altri casi, riprende la regola generale che stabilisce il principio che l'obbligazione deve considerarsi *querable*. Poiché *l'ammontare e la scadenza dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di compensi professionali non sono determinati, di norma, dalla convenzione con la quale sia stato conferito l'incarico, ma possono essere stabiliti successivamente solo alla stregua dell'attività posta in essere concretamente dal professionista*, dopo cioè che questa sia stata prestata, la relativa obbligazione non costituisce obbligazione pecuniaria liquida ed esigibile, ai sensi dell'art. 1182 c.c., comma 3, e non dev'essere eseguita al domicilio del creditore, ma a quello del debitore. In definitiva, "il compenso per prestazioni professionali, che non sia convenzionalmente stabilito, è un debito pecuniario illiquido, *da determinare secondo la tariffa professionale*; perciò il foro facoltativo del luogo ove deve eseguirsi l'obbligazione (art. 20 c.p.c., seconda ipotesi) va individuato, ai sensi dell'art. 1182 c.c., u.c., nel domicilio del debitore in quel

[19] Cass. civ., Sez. VI-3, Ord. 23 febbraio 2021, n. 4792 (rv. 660674-01).
[20] Cass. civ., Sez. III, Ord. 18 dicembre 2009, n. 26790.


ISSN 2036-7821

medesimo tempo"»[21].
Salve le connessioni critiche di seguito riportate; salve altresì le perplessità che scaturiscono da una indiscriminata esclusione della mora, per fatto del debitore, al cospetto di un credito nascente come 'concepito in termini di denaro' (eppertanto, valutario) benché 'illiquido'[22]; per intanto basti di rilevare che quella motivazione andrebbe valutata alla luce dell'assunto e del correlato rapporto fra i due presupposti cui viene rimessa (rispett.):
sapere *con certezza*, fin dal momento in cui l'obbligazione è venuta in essere, non solo se la prestazione è dovuta ma anche il termine del pagamento ed il suo ammontare;
l'indeterminabilità dell'attività posta in essere concretamente dal professionista; nonché, le tariffe come contemplanti un "minimo" ed un "massimo"[23].

### *2.3. Luogo dove l'obbligazione di prestazione professionale è sorta o deve essere eseguita, e Foro territorialmente competente.*

Per completare la trattazione relativa all'applicazione dell'art. 20 c.p.c., alla luce delle correlate disposizioni di diritto sostanziale, sciogliendo i dubbi interpretativi inerenti alla "portata" (effettuale) di queste ultime, valga di muovere dalla previsione (alternativa) del luogo dove l'obbligazione è sorta o deve eseguirsi. Quest'ultimo ordine di criteri, limitandosi alle obbligazioni di fonte contrattuale, tendenzialmente alla base dei crediti per prestazioni professionali, impone di fare riferimento (come anticipato in par. 2.1.) alle norme di diritto sostanziale che disciplinano la conclusione del contratto, a partire dagli artt. 1326 ss. c.c. (è, infatti, nel momento della conclusione del contratto che sorgono le relative obbligazioni per ciascuna delle parti): per cui (stando a tale regola generale), Foro competente è quello del luogo in cui chi ha avanzato la proposta contrattuale ha avuto conoscenza dell'accettazione[24].
Sennonché, stando a quanto emerge dal contributo giurisprudenziale:
«quando l'obbligazione dedotta in giudizio abbia ad oggetto il compenso dovuto ad un avvocato, per determinare il "forum contractus" *ex art.* 20 c.p.c. deve farsi riferimento, a norma dell'art. 1326 c.c., al luogo in cui è stato sottoscritto il mandato alle liti, avendo in esso il cliente avuto notizia certa dell'accettazione della sua proposta da parte dell'avvocato, che firma il mandato per autentica; mentre, qualora il mandato sia privo dell'indicazione del luogo di rilascio, deve darsi rilievo al luogo di sottoscrizione dell'atto

[21] Cass. civ., Sez. VI-2, Ord. 17 novembre 2021, n. 34944 (rv. 662901-02), con ampio corredo di giurisprudenza.
[22] In tal senso T. DALLA MASSARA, *Liquidità e illiquidità, valuta e valore; per una ridefinizione dei confini concettuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 536 s., par. 4.
[23] Cass. civ., sez. VI-3, Ord. 12 ottobre 2011, n. 21000.
[24] Cass. civ., Sez. II, 19 marzo 2019, n. 7674 (rv. 653152-02): «quando l'obbligazione dedotta in giudizio è il compenso dovuto al professionista (nella specie, avvocato), per la determinazione del "forum contractus" facoltativo, ai sensi dell'art. 20 c.p.c., deve farsi riferimento al luogo in cui il contratto è stato concluso e, quindi, a norma dell'art. 1326 c.c., a quello ove il proponente ha avuto conoscenza dell'accettazione dell'altra parte».
In dottrina: G. GIONFRIDA, *Competenza civile*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 39 s., segn. p. 72; T. SEGRÉ, *Premesse sulla competenza*, in Allorio (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, 1, Torino, 1973, p. 96 s.


ISSN 2036-7821

di citazione [o, comunque, dell'atto introduttivo della causa], a margine del quale il mandato stesso si trovi»[25];
la località «in cui è sorta l'obbligazione dedotta in giudizio (e cioè il diritto al compenso asseritamente maturato dal professionista che ha agito in giudizio) dev'essere identificat[a] nel luogo in cui la prestazione professionale è stata eseguita»; ciò mutuando quella Giurisprudenza espressasi, "*almeno* ai fini della competenza ai sensi dell'art. 20 c.p.c., prima ipotesi" - *forum contractus* -, "in difetto di una chiara emergenza in ordine al luogo in cui il contratto è stato stipulato"[26].
Dunque, a questa stregua, si profila la possibilità di optare, secondo un protocollo sensibile alle peculiarità del caso, per un Foro più prossimo al "domicilio professionale" del creditore: a maggior ragione ogniqualvolta la prestazione di patrocinio sia stata resa nanti un Tribunale amministrativo regionale. Si confida che la 'portata' di tali deduzioni possa cogliersi pienamente alla luce del discorso critico apprestato nei parr. segg.

### *3.1. Sviluppo critico: a partire dal concetto-funzione di 'liquidità' …*

In via preliminare valga di sintetizzare l'orientamento "canonico", relativo alla "liquidità" delle obbligazioni pecuniarie associate a prestazioni professionali, secondo il quale:
«le obbligazioni pecuniarie da adempiersi al domicilio del creditore, secondo il disposto dell'articolo 1182 del codice civile, comma 3, sono - agli effetti sia della mora *ex re* ai sensi dell'articolo 1219 del codice civile, comma 2, n. 3, sia della determinazione del *forum destinatae solutionis* ai sensi dell'articolo 20 c.p.c., ultima parte - esclusivamente quelle *liquide, delle quali, cioè, il titolo determini l'ammontare, oppure indichi i criteri per determinarlo senza lasciare alcun margine di scelta discrezionale, e i presupposti della liquidità sono accertati dal giudice, ai fini della competenza, allo stato degli atti secondo quanto dispone l'articolo 38 c.p.c., u.c.*»; diversamente, quando l'obbligazione pecuniaria è illiquida, per cui «*ai fini dell'adempimento del debitore è necessario … un ulteriore titolo, convenzionale o giudiziale*»[27];
operano "criteri non discrezionali" quando l'ammontare «sia determinabile in base ad un *semplice calcolo aritmetico e non si renda necessario procedere ad ulteriori accertamenti*; quando

[25] Cass. civ., Sez. II, 22 novembre 2013, n. 26269. Ciò, sulla premessa che, «in relazione al requisito della forma scritta ad substantiam per i contratti della P.A., tale requisito è soddisfatto, nel contratto di patrocinio, con il rilascio al difensore della procura ai sensi dell'art. 83 c.p.c., atteso che l'esercizio della rappresentanza giudiziale tramite la redazione e la sottoscrizione dell'atto difensivo perfeziona, mediante l'incontro di volontà fra le parti, l'accordo contrattuale in forma scritta, rendendo così possibile l'identificazione del contenuto negoziale e lo svolgimento dei controlli da parte dell'Autorità tutoria» (Cass. civ., Sez. II, Ord. 6 dicembre 2022, n. 35835).

[26] Cass., Sez. VI-2, Ord. 17 novembre 2021, n. 34944: «quando l'obbligazione dedotta in giudizio è il compenso dovuto in forza di un contratto di prestazione d'opera professionale, per la determinazione del forum contractus facoltativo, ai sensi dell'art. 20 c.p.c., deve farsi riferimento al luogo in cui tale contratto è stato concluso e, quindi, a norma dell'art. 1326 c.c., al luogo in cui il proponente ha avuto conoscenza dell'accettazione dell'altra parte …
In difetto di una chiara emergenza in ordine in cui il contratto è stato stipulato, deve, allora, ritenersi che, almeno ai fini della competenza ai sensi dell'art. 20 c.p.c., prima ipotesi, il luogo in cui è sorta l'obbligazione dedotta in giudizio (e cioè il diritto al compenso asseritamente maturato dal professionista che ha agito in giudizio) dev'essere identificato nel luogo in cui la prestazione professionale è stata eseguita».

[27] Così Sez. Un., n. 17989/2016.


ISSN 2036-7821

invece la somma deve essere ancora liquidata dalle parti o, in loro sostituzione, dal giudice, mediante *indagini e operazioni diverse dal semplice calcolo aritmetico*, trova applicazione il quarto comma dell'art. 1182»[28];

l'ammontare e la scadenza dell'obbligazione avente ad oggetto il pagamento di compensi professionali, di regola, possono essere determinati successivamente alla convenzione con la quale sia stato conferito l'incarico, *solo alla stregua dell'attività concretamente prestata dal professionista e secondo la tariffa professionale*; per cui, ne risulta un debito pecuniario "illiquido".

Se non che, il duplice enunciato d'esordio (che la liquidità va plausibilmente ancorata a dati oggettivi - invece che all'arbitrio del creditore indicante certa somma come oggetto della domanda giudiziale -, ed il delimitare il concetto di "criterio non discrezionale"), una volta traslato nello specifico ambito dei crediti per prestazioni professionali, per essere "giustificato" alla stregua dei principi di riferimento, impone un discorso articolato. Ad esito di tale discorso si confida di dimostrare come la valutazione di "liquidità" sia da condursi: *non a priori (esclusione di qualunque compenso, per prestazione professionale, non stabilito convenzionalmente), all'insegna della certezza, a tutela del cliente-debitore; bensì, all'insegna della prevedibilità, e secondo una ponderazione degli interessi in giuoco* cioè, alla stregua di un protocollo sensibile alle peculiarità del caso, come tale analogo a quello perorato con riferimento al profilo di trattazione (*forum contractus*) cui è stato riservato il par. succ.

Ciò implica: la considerazione della "liquidità" come "concetto-funzione" e non mero "concetto-sostanza"[29]; la considerazione del "combinato disposto" degli artt. 20 c.p.c. e 1182, comma 3, c.c. come rispondente non necessariamente ad un rigido ed invariabile schema "ipotetico-casuistico", bensì legato al modo di essere della "liquidità" che, come "concetto-funzione" (rapportato agli interessi coinvolti), assurge a "concetto-valvola" [30],

[28] Cass. civ., Sez. I, Ord. n. 1387/2024.

[29] Un'astrazione-selezione fondata sulla "sostanza", come tale, tralascia una pluralità di ulteriori punti di vista secondo i quali il medesimo oggetto può essere considerato: la sostituzione, all'originaria totalità, di una parte soltanto dei suoi elementi, non rende intellegibili le "determinazioni" (concetti inferiori) dell'astrazione medesima. Laddove i "concetti-funzione" non si limitano ad indicare (e consentire) un'operazione specifica dell'essere razionale: finalistica (di un'attività rispetto ad uno scopo), sostituendo all'idea di "oggetto", come limite estremo della conoscenza-comprensione, quella di suo tramite (di compagine di relazioni). Tali concetti, infatti, nel mondo della giuridicità: esplicitando i punti di vista che presiedono alla loro formazione, sostituendo gli elementi accidentali con variabili (correlate a costanti di una medesima funzione normativa fondamentale, articolata in distinte *sub-rationes*); consentono di disporre di un criterio di "verificabilità" delle relative determinazioni (E. CASSIRER, *Sostanza e funzione*, tr. it. Firenze, 1973).

[30] Quanto ai "concetti-valvola", si tratta di "formule problematiche" che integrano "clausole generali" (es., clausola *rebus sic stantibus*, fiducia, rischio, pericolo, necessità, caso fortuito, etc.): atte a regolare, nei rapporti giuridici, la responsabilità per il futuro; ogniqualvolta la soluzione di un tipo di problema dipenda dall'assunzione di una serie d'informazioni non schematizzabili, una volta per tutte, in un 'tipo di fatto' bensì, riconducibili ad una pluralità di variabili da verificare in concreto. Di tal guisa:

- si è al cospetto di 'criteri di prevalenza relativa', dai quali concretamente il sistema fa dipendere le proprie scelte; così atti ad autorizzare una relativa apertura di quest'ultimo a principi e valori direttamente mutuati dall'idea di giustizia o attinti alla coscienza sociale (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso …*, pp. 379-385);

- si scongiura il rischio d'incorrere in 'inversioni di metodo' cioè, nell'introduzione surrettizia di principi di "giudizi determinativi" avvalendosi di concetti, tradendo la loro vocazione di "meri" strumenti orientativi, d'impostazione dei problemi (la locuzione "inversione di metodo" è ripresa da PH. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*,


ISSN 2036-7821

in grado di atteggiare diversamente la valutazione (certezza/prevedibilità) ed il suo esito (obbligazioni *portables/quérables*), con quel che ne consegue in punto di Foro territorialmente competente. Di tal fatta, scongiurando il rischio che la strategia di 'complementarizzazione', della quale si è accennato in esordio (par. 1), risulti oltremisura 'ingessata' dal procedimento di 'confinazione'.

Innanzitutto, le affermazioni giurisprudenziali di ordine speciale (relative alle prestazioni professionali) andrebbero lette anche alla luce dell'approccio che l'ordinamento (in senso lato) assume riguardo alla tendenziale "imprevedibilità" dell'impegno che il patrocinio dell'avvocato comporta, aprendo ad una soluzione di tutela congeniale a quella prestazione[31]. Segnatamente, avuto riguardo al peculiare atteggiarsi del tariffario professionale, nell'integrare il dato normativo di fonte primaria relativo alle obbligazioni pecuniarie in genere, sul duplice piano: della "prevedibilità" dell'impegno prestazionale per l'avvocato; della "discrezionalità" dei criteri di calcolo.

In quest'ottica, alla luce dell'attuale tariffario, per effetto del nuovo Regolamento per la Determinazione dei Parametri di Liquidazione Compensi per la Professione forense (D.M. Giustizia n. 55/2014, vigente dal 3 aprile 2014), pare doversi convenire nel senso di una "virata" verso una considerazione in termini di "prevedibilità" della prestazione dell'avvocato, per due ordini di ragioni:

l'aver sostituito la strutturazione del tariffario per singole "voci" di prestazione, con riferimenti a più generali "fasi" della prestazione;

il differire dall''approccio' delle previgenti Tabelle, strutturate secondo "minimi" e "massimi"; per muovere da un importo 'canonico' (sia pur suscettivo di modulazioni al ribasso od al rialzo).

Quella considerazione di "prevedibilità" della prestazione dell'avvocato, peraltro, risulta accentuata in concreto, sul duplice presupposto che non vi siano: né dissenso delle parti in ordine al valore della controversia (eppertanto, circa lo "scaglione" tariffario di riferimento), né ragioni plausibili per ipotizzare in termini di (fattori di) maggiorazione o decurtazione dell'ammontare 'standard' della parcella (es. causa di particolare complessità, pluralità dei clienti, etc.). Con la conseguenza di escludere interferenze del Consiglio dell'Ordine, in quanto competente ai soli fini del controllo sulla rispondenza delle voci di parcella a quelle del tariffario[32].

---

Tübingen, 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*»).

Su queste basi (dell'"autopoiesi", in corrispondenza della quale la fattispecie – come tipo normativo di problema – è in grado di veicolare informazioni e principi regolativi) tendenzialmente possono affrontarsi disparate criticità comuni ai processi interpretativi-decisionali.

[31] R. SEVERINI, *Gli incarichi di patrocinio legale dopo la sentenza della Corte di Giustizia UE*, in *Azienditalia*, 2019, p. 1395.

[32] Cass., Sez. II, n. 932/1997. Sarebbe pertanto inconferente l'avverso richiamo a Cass. civ., n. 26895/2018, poiché muove da differenti presupposti: contestazione sullo 'scaglione applicabile'; mancate determinazione / 'determinabilità vincolata' del compenso all'atto dell'incarico.


ISSN 2036-7821

*Ergo*, ricorrendo tali presupposti, sembra potersi concludere che, onde valutare il credito professionale come "liquido": i "criteri non discrezionali" non è necessario che siano previsti espressamente, né all'atto dell'incarico; essendo sufficiente il tacito rinvio quando quei criteri siano così riscontrabili *ex lege*, secondo tariffario ufficiale.
A questa stregua, benché i "titoli'" (incarichi di patrocinio) non abbiano determinato l'ammontare del compenso né indicato espressamente i criteri determinativi, il credito può definirsi comunque "liquido" *ex art.* 1182 c.c., co. 3, stanti due dati:
per un verso, il D.M. Giustizia n. 55/2014 (attuativo della L. n. 247/2012 - nuova disciplina ordinamento professione forense -), integrante i "titoli", per via residuale e automatica (dunque *ex lege*, non convenzionalmente o giudizialmente): in astratto dalla sua entrata in vigore, in concreto nel tempo che va dalla formalizzazione della parcella da parte dell'avvocato, alla piena esigibilità del credito (esaurimento della prestazione); proprio perché il compenso non risultava determinato all'atto degli incarichi o di seguito, neppure in forma consensuale (art. 1);
per altro verso, la quantificazione "agli atti di causa", concretamente avanzata dall'avvocato, quando scevra da connotati discrezionali, giacché formulata mediante: fedele mutuazione dei parametri del Tariffario per "fasi" e rispettivi costi; calcolo aritmetico per le cifre complessive.
D'altronde, la L. n. 247/2012 puntualizza che i parametri del tariffario: si applicano "in caso di liquidazione giudiziale dei compensi" (art. 13, co. 6); "sono formulati in modo da favorire la trasparenza nella determinazione dei compensi dovuti … e l'unitarietà e la semplicità nella determinazione" dei medesimi (art. 13, co. 7). Perciò le disposizioni del D.M. n. 55/2014 sono espressione dell'"equo compenso" da riconoscere all'avvocato per patrocini dal carico prestazionale-economico tendenzialmente prevedibile[33].
In quest'ottica ed entro i termini nanti esposti, sembra conservare parte della plausibilità, quella Giurisprudenza la quale, difformemente a quanto statuito dalle Sezioni Unite della Cassazione, insiste nell'affermare che, «ai fini della determinazione della competenza territoriale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 20 c.p.c. e 1182 c.c., il "forum destinatae solutionis", previsto dal terzo comma di tale ultima disposizione, è applicabile in tutte le cause aventi ad oggetto una somma di denaro qualora, *facendo riferimento alla domanda formulata dall'attore, questi abbia richiesto il pagamento di una somma determinata*, non incidendo sulla individuazione della competenza territoriale la maggiore o minore complessità dell'indagine sull'ammontare effettivo del credito, la quale attiene esclusivamente alla successiva fase di merito»[34].

### *3.2. …per giungere ad una disamina degli interessi in giuoco e dei principi di riferimento.*

A tali conclusioni potrebbe obiettarsi che ostino due argomenti:

[33] Spunti si rinvengono in: S. INGEGNATTI, *Dall'equo compenso all'equo ribasso*, in *Urb. app.*, 2025, p. 307; A. RIPEPI, *Percorsi di giurisprudenza – Equo compenso e contratti pubblici: una relazione in divenire*, in *Giur. it.*, 2025, p. 431.
[34] Cass. civ., Sez. II, 12 dicembre 2019, n. 32692 (rv. 656299-01). Cfr. pure Trib. Bari, Sez. II, 26 gennaio 2022, n. 279.


ISSN 2036-7821

il principio di diritto del *favor debitoris*, inteso (come anticipato) sul duplice piano, sostanziale e processuale;

la duplice circostanza che: ai sensi dell'articolo 1219 del codice civile, comma 2, n. 3, è esclusa la necessità della costituzione in mora "quando è scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore", come appunto stabilito per le obbligazioni pecuniarie dall'articolo 1182, comma 3, cit. mentre andrebbe negato che la mora *ex re* possa verificarsi anche per le obbligazioni pecuniarie illiquide, dal momento che, se tra le obbligazioni pecuniarie "portabili" contemplate da tale disposizione rientrassero quelle illiquide, la mora – e con essa la responsabilità ai sensi dell'articolo 1224 del codice civile – scatterebbe automaticamente anche a carico del debitore la cui prestazione non sia in concreto possibile perché l'ammontare della sua prestazione è ancora incerto: il che, «*sarebbe ingiustificato, nonché contrario al sistema, il quale esclude la responsabilità del debitore la cui prestazione sia impossibile per causa a lui non imputabile (articolo 1218 c.c.)*».

Tali argomenti, tuttavia, non paiono insuperabili.

Così, procedendo per gradi, quanto al principio di diritto del *favor debitoris*, in senso strettamente sostanziale, va riconosciuto che:

la norma relativa al Foro facoltativo (ex art. 20 c.p.c.) non può applicarsi in caso di azioni relative a rapporti sussistenti tra consumatore e professionista, in quanto per questi casi vige la disposizione dettata dall'art. 33 comma 2° lett. u) del D.Lgs. 206/2005 (il quale dispone che tali azioni vanno proposte davanti al giudice del luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore, c.d. Foro del consumatore, definito speciale ed esclusivo)[35];

d'altro canto, ove un avvocato abbia presentato ricorso per ingiunzione, onde conseguire il pagamento delle competenze professionali da un proprio cliente, avvalendosi del foro speciale di cui all'art. 637, comma 3, c.p.c. (ma il discorso non cambierebbe se egli fosse legittimato a rivolgersi unicamente al medesimo ufficio giudiziario adito per il processo nel quale ha prestato la propria opera, ai sensi dell'art. 14, comma 2, del d.Lgs. n. 150 del 2011), la Giurisprudenza si è espressa nel senso che la sede del Foro competente sarebbe quella, se diversa, "di residenza o domicilio del consumatore"[36]. In altri termini, il rapporto tra il primo Foro speciale e quello della residenza o del domicilio del consumatore, previsto dall'art. 33, comma 2, lett. u), del D.Lgs. n. 206 del 2005, andrebbe risolto a favore del secondo[37].

Quanto viene spiegato con due ordini di ragioni: trattandosi di competenza esclusiva, che prevale su ogni altra, in virtù delle esigenze di tutela, anche sul terreno processuale, che sono alla base dello statuto del consumatore[38]; ma anche perché, trattandosi di due

[35] F. DI SABATO, *Responsabilità dell'avvocato: dal foro competente per il cliente-consumatore alla prova dell'inesatto adempimento*, in *Danno e resp.*, 2025, p. 377.

[36] Cass. civ., Sez. Un., 23 febbraio 2018, n. 4485.

[37] Cfr. pur Cass. civ., Sez. III, Ordinanza, 9 giugno 2011, n. 12685.

[38] Cass. civ., Sez. VI - 2, Ord., 2 novembre 2022, n. 32216. Cfr. pure: Cass. civ. Sez. VI-2, Ord., 15 marzo 2022, n. 8406; Cass. civ., Sez. VI-3, Ord., 12 marzo 2014, n. 5703.


ISSN 2036-7821

previsioni "speciali", la norma successiva ha una portata limitatrice di quella precedente[39].

Sennonché, pur prendendo atto di tale orientamento, non pare sia del tutto plausibile l'argomento che farebbe leva su di una sorta di pedissequa assimilazione della figura del cliente a quella del consumatore, sul presupposto che entrambi si fregino aprioristicamente della condizione di "parte debole" del rapporto.

Significativamente, la più autorevole di quelle statuizioni della Cassazione (in quanto pronunciata "a sezioni unite") s'incentra essenzialmente sulla ben distinta questione del rito applicabile alle controversie in discorso, in ordine alla quale per lungo tempo si sono registrati pronunciamenti discordi, al punto da portarla all'attenzione di quel massimo consesso che infatti vi ha dedicato una ponderosa riflessione preliminare, tradottasi nell'occuparsi dei diversi profili controversi, sì da occupare ben quarantadue delle quarantacinque pagine complessive in cui si articola quel pronunciamento. Ben altra è la dignità ed attenzione riservate alla questione del Foro praticabile: poco meno di una decina di righe 'a cavallo' delle pagg. quarantadue-quarantatre. Oltretutto, secondo un approccio non propriamente riconducibile a quello (che dovrebbe essere precipuo) delle pronunzie a Sezioni Unite: non assumendosi alcun onere di dar conto dei diversi orientamenti; né, tanto meno, prendendo posizione motivata sul relativo dibattito, ma limitandosi a considerare come dato incontestabilmente acquisito il criterio nanti menzionato.

Invero, trascorrendo verso una sorta di *pars construens* di quel discorso critico, ulteriori argomenti possono indurre a ben diverso opinamento rispetto a quello (pur d'indubbia autorevolezza) testé riportato: almeno, se inteso come di applicazione generalizzata (eppertanto, assoluta), indipendentemente dalle peculiarità della fattispecie concreta per cui si sia radicato uno specifico giudizio.

Per cominciare, la stessa Suprema Corte, in altra circostanza, si è espressa nel senso di escludere il prevalere del Foro speciale del cliente-consumatore, tenuto alla prestazione del corrispettivo all'avvocato, quando il primo sia una persona giuridica, oppure - nell'ipotesi in cui il cliente sia una persona fisica - non rivesta la qualità di consumatore[40].

Tale statuizione pare significativa per due ordini di ragioni: in primo luogo, giacché ligia al dato normativo di riferimento: dal momento che identifica il consumatore esclusivamente con 'la persona *fisica* che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta'[41]. La *ratio*, come noto, è quella di tutela di un soggetto mediamente esposto a pratica commerciale potenzialmente sleale (come da paragrafi 18 e 19 del Preambolo alla Direttiva 2005/29/CE). Ciò emerge inequivocabilmente sol che si abbia riguardo alla motivazione posta a corredo dalla Cassazione[42]. Salvo osservare che evidentemente tale

[39] Tribunale Roma, Sez. XI, 22 gennaio 2013, n. 1213.
[40] Cass. civ., Sez. III, Ord., 9 giugno 2011, n. 12685.
[41] Art. 3, D.Lgs. n. 206/2005 cit.
[42] Cass., Sez. VI-2, Ord. 28 Luglio 2021, n. 21647.


ISSN 2036-7821

ragione giustificativa non può valere ogniqualvolta le parti convenute siano non persone fisiche esposte alla condizione di 'parti deboli' - consumatori, bensì soggetti dotati di competenti articolazioni amministrative se non di veri e propri Uffici legali; potendo così esigersi dai medesimi ben altro approccio tecnico-giuridico al problema versato in causa. *A fortiori* quando si tratti di clienti che rivestono la qualifica di *Enti pubblici*.[43]. Non per caso, si rinviene un orientamento giurisprudenziale che confligge con la tesi per cui, in contenziosi consimili, le parti convenute rivestirebbero la qualità di "consumatori"[44].

Se non che, la menzionata giurisprudenza, divenuta minoritaria, pare significativa per un ulteriore ordine di ragioni: quando esclude il prevalere del Foro speciale del consumatore, altresì nell'ipotesi di "cliente - persona fisica" che non rivesta la qualità di consumatore. Ciò, infatti, risulta avallato dal constatare che ormai non rappresenta niente più che un assunto persino la considerazione aprioristica del "consumatore" come "parte debole"[45]. Sempre in un'ottica che rifugge da qualificazioni aprioristiche, per valorizzare invece il dato concreto: può valere al più solo in termini di presunzione che una persona giuridica sia meglio attrezzata di una persona fisica, onde tutelare le proprie ragioni; ma niente può escludere il contrario. Dunque, perciò solo, sarebbe più plausibile di propendere per una valutazione caso per caso piuttosto che per categorie.

Di là da tale argomento (che pare di per sé tranciante), correlativamente sarebbe poi semplicistico ed arbitrario accostare senz'altro la figura dell'avvocato a quella del professionista inteso come "qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto della Direttiva cit., agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisca in nome e per conto di un professionista"[46].

Sempre nel senso di escludere che il Foro del cliente-convenuto sia comunque inderogabile in controversie del tipo *de qua*, s'aggiunga che: a differenza dell'art. 66-*bis*, D.Lgs. n. 206/2005 cit. ('Foro competente' per le controversie civili di cui alle Sezioni I-IV del Capo dedicato ai 'diritti dei consumatori nei contratti'), ove si afferma «la competenza territoriale inderogabile» del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore; l'art. 33 cit. ('Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore'), mitigando l'approccio, si limita a presumere «vessatorie *fino a prova contraria*» eventuali clausole contrattuali aventi per effetto di determinare un Foro competente in corrispondenza di 'località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore'.

---

[43] Quando parte del rapporto obbligatorio sia una pubblica amministrazione, trovando applicazione l'art. 25 del c.p.c. se trattasi di amministrazione dello Stato istituzionalmente difesa dall'avvocatura dello Stato, mentre gli enti pubblici diversi dallo Stato possono essere convenuti, oltre che davanti al giudice del luogo individuato in base ai criteri di collegamento indicati dall'art. 20 c.p.c., ripresi dal suddetto art. 25 c.p.c., anche in base all'art. 19 del c.p.c.

[44] Cfr. Cass., Ord. 23 marzo 2015, n. 5810, ma anche Ord. 12 marzo 2014 n. 5703 e n. 12685/2011 ove è espressamente riportato che "il foro alternativo speciale di cui all'art. 637 c.p.c. opera solo nell'ipotesi in cui il cliente, tenuto alla prestazione del corrispettivo all'avvocato, sia una persona giuridica …".

[45] Per una trattazione esauriente di tale profilo evolutivo può rinviarsi a M. COTZA, *Sistema giuridico dei rimedi contro la concorrenza sleale, nell'ottica consumeristica, tra dogmi e principio di "autoresponsabilità"*, Cagliari, 2023.

[46] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 7 aprile 2015, n. 5039; Cons. St., Sez. VI, 4 ottobre 2011, n. 5435.


ISSN 2036-7821

Infine (ma a rigore si tratta di argomento prioritario, in quanto attinente al piano procedurale), valga di osservare che:
«per giurisprudenza costante, in tema di competenza territoriale nelle cause relative a diritti di obbligazione, la disciplina dettata dall'art. 38 c.p.c. comporta che il convenuto sia tenuto ad eccepire l'incompetenza del giudice adito con riferimento a tutti i criteri concorrenti previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., con l'indicazione specifica del giudice ritenuto competente in relazione a ciascuno di essi, senza che, verificatasi la suddetta decadenza o risultata comunque inefficace l'eccezione, il giudice adito possa rilevare d'ufficio profili d'incompetenza non prospettati, restando la competenza del medesimo radicata in base al profilo non (o non efficacemente) contestato»[47];
corrispondentemente, l'incompetenza per territorio non può più essere rilevata nella prima udienza successiva al mutamento del rito[48].
Ma se ciò si spiega in termini di prevalenza del principio di economia processuale (quale declinazione di quello del "giusto processo"); tenuto conto che il criterio valoriale di riferimento è ormai quello per cui lo strumentario processuale non può che soggiacere a fronte delle istanze di tutela sostanziale; evidentemente, quell'attenuazione al rigore della disciplina sul Foro territorialmente competente nella circostanza può intendersi nel senso che non rientra fra le presunzioni assolute che la tutela del convenuto sia pregiudicata-menomata in caso di deroga a quella disciplina processuale relativa al Foro.
Evidentemente, per quanto testé esposto, il principio del *favor debitoris* che ispira la regola generale-residuale di cui all'articolo 1182, comma 4, c.c., cede nella misura in cui si dimostri: che il "cliente" non rivesta la qualità di consumatore; comunque, che ormai non rappresenta niente più che un assunto persino la considerazione aprioristica del "consumatore" come "parte debole".
Circa l'argomento strettamente processuale, della ragione giustificativa della disciplina del c.p.c. inerente al Foro generale, per cui, tra le due parti, attore e convenuto, il Legislatore (almeno in linea di principio) ha optato innanzitutto per il secondo, in considerazione della valutazione che vuole sia l'attore a turbare la quiete del convenuto, sicché quest'ultimo deve (per lo meno) godere del vantaggio di minori spostamenti territoriali. Anche stavolta, non mancano argomenti di segno opposto (o, comunque, degni di considerazione ai fini di un confronto col primo).

[47] Cass. civ., Sez. II, 24 ottobre 2018, n. 26985. Cfr. pure Cass. civ., Sez. II, Ord. 12 luglio 2024, n. 19224 («in tema di competenza per territorio derogabile, il convenuto, sia in senso formale che sostanziale (come nell'opposizione a decreto ingiuntivo), ha l'onere di contestare nella prima difesa utile l'incompetenza per territorio del giudice adito con riferimento a tutti i criteri concorrenti previsti dagli artt. 18, 19 e 20 cod. proc. civ., indicando specificamente quale sia il giudice competente. La mancata contestazione della competenza su uno di questi profili comporta la radicazione della competenza del giudice inizialmente adito»). Puntualizza Cass. civ., Sez. II, Ord. 5 marzo 2024, n. 5817 (rv. 670486-01): «in tema di competenza per territorio derogabile, nelle cause relative ai diritti di obbligazione, il principio in base al quale grava sulla parte che eccepisce l'incompetenza l'onere di contestare tutti i possibili criteri di collegamento previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c. subisce un'eccezione ove l'attore indichi espressamente di volere radicare la competenza territoriale in forza di un determinato criterio, in tal caso dovendo il convenuto contestare solo quel criterio, non potendosi addossare su di lui l'onere di di contestare criteri di collegamento esclusi dall'attore».
[48] Cass. civ., sez. VI, 18 maggio 2019, n. 13472.


ISSN 2036-7821

All'uopo, valga di muovere dalla specifica norma per cui, ai sensi dell'art. 637, co. 3, c.p.c., "gli avvocati ... possono altresì [foro alternativo rispetto a quelli di cui agli artt. 18, 19, 20 c.p.c.] proporre domanda di ingiunzione contro i propri clienti al giudice competente per valore del luogo ove ha sede il consiglio dell'ordine al quale sono iscritti" al momento in cui hanno promosso il ricorso per procedimento sommario di cognizione ai sensi dell'art. 702*bis* e ss. c.p.c.[49]. Indubbiamente va riconosciuto che si tratta di un'apertura a Foro speciale giustificata per via del tipo di procedimento: sommario dato che la quantificazione è stata previamente "vidimata" dal Consiglio dell'Ordine[50]. Ciò

[49] Cass., Ord. n. 5810/2015 cit.

[50] In tema di prestazioni professionali di riferimento e riti esperibili, incidentalmente valga di rimettersi al seguente quadro di connessioni.

La Suprema Corte: in ordine ai riti che l'avvocato deve osservare nell'intentare causa per il recupero di crediti professionali, si era espressa in modo netto, pur entro un ventaglio di soluzioni alternative; con riguardo a vicende giudiziali pendenti anteriormente alla più recente riforma del processo civile (c.d. Cartabia), sì da non porre significativi problemi d'interpretazione-applicazione in via transitoria.

A quest'ultimo riguardo, valga di rinviare al D.Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197) che, fra l'altro ha abrogato gli artt. 702 bis, 702 ter, 702 quater, relativi al 'procedimento sommario di cognizione'. Termine di riferimento, quanto alla "Disciplina transitoria" di tale Decreto, è innanzitutto l'art. 35, come sostituito dall'art. 1, comma 380, lett. a), L. 29 Dicembre 2022, n. 197, per cui le relative disposizioni di riforma: «salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti *instaurati* successivamente a tale data. Ai procedimenti *pendenti* alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti» (ivi, comma 1). Salvo constatare che l'art. 7 (anch'esso rubricato "Disposizioni transitorie") del D.Lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149), al comma 1, prevede che «ove non diversamente previsto, le disposizioni del presente decreto si applicano ai procedimenti *introdotti* successivamente al 28 febbraio 2023». Per una disamina delle 'sfumature' implicate da quella incostanza terminologica, ed una proposta di soluzione alla luce del principio inviolabile del 'giusto processo', può rinviarsi a P. COTZA, *Riassunzione, per declaratoria d'incompetenza territoriale, di giudizio civile e "riforma Cartabia"*, in *Ratio Iuris* (www.ratioiuris.it), Luglio 2025, par. 2.

Tornando così al *decisum* della Corte di Cassazione: per un verso, quando si tratti di prestazioni professionali rese in ambito giudiziale in procedimenti civili, «a seguito dell'introduzione del D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 14, la controversia di cui alla L. n. 794 del 1942, art. 28, come sostituito dal citato D.Lgs., può essere introdotta o con un ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., che dà luogo ad un procedimento sommario "speciale", disciplinato dal combinato disposto dell'art. 14 e degli artt. 3 e 4 del citato D.Lgs. e dunque dalle norme degli artt. 702 bis c.p.c. e segg., salve le deroghe previste dalle dette disposizioni del D.Lgs.; o con il procedimento per decreto ingiuntivo ai sensi degli artt. 633 c.p.c. e segg., l'opposizione avverso il quale si propone con ricorso ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c. e segg., ed è disciplinata come sopra, ferma restando l'applicazione delle norme speciali che dopo l'opposizione esprimono la permanenza della tutela privilegiata del creditore e segnatamente degli artt. 648, 649 e 653 c.p.c. (quest'ultimo da applicarsi in combinato disposto dell'art. 14, u.c. e con il penultimo comma dell'art. 702 ter c.p.c.). Resta, invece, esclusa la possibilità di introdurre l'azione sia con il rito di cognizione ordinaria e sia con quello del procedimento sommario ordinario codicistico, di cui agli artt. 702 bis c.p.c. e seguenti» (così Cass. civ., Sez. II, Ord. 17 ottobre 2023, n. 28776). In dottrina, *ex multis*: F. TEDIOLI, *Compensi professionali dell'avvocato: forma e tempestività dell'opposizione a decreto ingiuntivo*, in *Studium Iuris*, vol. 10, 2020, p. 1182; M. TERESI, *L'obbligatorietà del rito per (l'accertamento e) la liquidazione delle competenze dell'avvocato*, in *Nuove Leggi civ. comm.* 2018, p. 1508; G. PARISI, *Liquidazione del compenso degli avvocati e ambito applicativo del procedimento sommario "speciale"*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1666; E. ITALIA, *Avvocato - «Tutela del compenso dell'avvocato: l'esclusività del sommario "adattato"»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 969; R. TISCINI, *Liquidazione del compenso degli avvocati e "semplificazione dei riti (art. 14 d.lgs. n. 150)*, in Riv. dir. proc., 2017, p. 512; G. PARISI, *Liquidazione del compenso professionale – Liquidazione del compenso degli avvocati e procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2017, p. 367; M. BARAFANI, *Procedimento sommario di cognizione – La liquidazione degli onorari degli avvocati dopo il D.Lgs. n. 150/2011*, in *Giur. it.*, 2016, p. 880.

Segnatamente, «la controversia di cui all'art. 28 della L. n. 794 del 1942, introdotta sia ai sensi dell'art. 702 bis c.p.c., sia in via monitoria, avente ad oggetto la domanda di condanna del cliente al pagamento delle spettanze giudiziali dell'avvocato, resta soggetta al rito di cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 150 del 2011 anche quando il cliente sollevi


ISSN 2036-7821

contestazioni relative all'esistenza del rapporto o, in genere, all'"an debeatur". Soltanto qualora il convenuto ampli l'oggetto del giudizio con la proposizione di una domanda (riconvenzionale, di compensazione o di accertamento pregiudiziale) non esorbitante dalla competenza del giudice adito ai sensi dell'art. 14 D.Lgs. cit., la trattazione di quest'ultima dovrà avvenire, ove si presti ad un'istruttoria sommaria, con il rito sommario (congiuntamente a quella proposta ex art. 14 dal professionista) e, in caso contrario, con il rito ordinario a cognizione piena (ed eventualmente con un rito speciale a cognizione piena), previa separazione delle domande. Qualora la domanda introdotta dal cliente non appartenga, invece, alla competenza del giudice adito, troveranno applicazione gli artt. 34, 35 e 36 c.p.c., che eventualmente possono comportare lo spostamento della competenza sulla domanda, ai sensi dell'art. 14» (Cass. civ., Sez. II, 24 aprile 2023, n. 10864 - rv. 667688-01).

Diversamente (pur alle medesime condizioni di regime transitorio), nel giudizio per il conseguimento di compensi per prestazioni professionali rese in ambito stragiudiziale in procedimenti civili nonché, in qualunque ambito in materia diversa, segn. penale o amministrativa, «è applicabile non il rito speciale della liquidazione dei compensi di avvocato, ma il rito ordinario di cognizione ovvero, in alternativa, il procedimento sommario di cognizione ex art. 702-bis c.p.c. innanzi al tribunale in composizione monocratica, non rientrando la controversia nell'ambito previsionale dell'art. 14 del D.Lgs. n. 150 del 2011, che contempla - in virtù del richiamo all'art. 28 della L. n. 794 del 1942 - il procedimento sommario di cognizione per i soli giudizi concernenti la liquidazione di compensi per prestazioni giudiziali rese in materia civile» (Cass. civ., Sez. II, Ord. 12 luglio 2024, n. 19228 - rv. 671724-01). S'intende (pur sempre) fatto salvo il procedimento per decreto ingiuntivo ai sensi degli artt. 633 c.p.c. e segg.

Qualora il professionista intenda conseguire il pagamento dei suoi compensi professionali, mediante procedimento sommario per ingiunzione, dispone delle seguenti alternative nell'adire in via monitoria l'autorità giudiziaria:

quella "che sarebbe competente per la domanda proposta in via ordinaria" (*ex art.* 637, co. 1, c.p.c.); peraltro, dal momento che, nel procedimento d'ingiunzione, l'art. 637 c.p.c., nel disciplinare la competenza, fa esplicito riferimento alle regole previste per le domande proposte in via ordinaria, tale disposizione si deve intendere nel senso che richiami implicitamente tutte le norme vigenti al riguardo e, quindi, anche quella dell'art. 20 c.p.c., che, per le cause relative ai diritti di obbligazione, stabilisce il foro facoltativo del luogo ove è sorta o deve eseguirsi l'obbligazione dedotta in giudizio (così Tribunale Milano, Sez. V, 22 giugno 2012, n. 7596);

altrimenti, quella "che ha deciso la causa alla quale il credito si riferisce", quando si tratti di "somma liquida di denaro" per crediti riguardanti "prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese" (*ex art.* 637, co. 2 c.p.c. in 'combinato disposto' con l'art. 633, n. 2, c.p.c.);

infine, quella del luogo ove ha sede il consiglio dell'ordine al cui albo è iscritto (*ex art.* 637, co. 3 c.p.c.); tale prospettazione è ribadita da Cass. civ., Sez. VI-2, Ord. 16 settembre 2016, n. 18264.

Esclusa la possibilità, in caso di credito professionale per prestazione di patrocinio resa nanti il giudice amministrativo, di rivolgersi a quest'ultimo, dal momento che è sprovvisto di sindacato su diritti soggettivi e l'ordinamento non lo ha dotato (in materia di recupero di quei crediti) di una giurisdizione esclusiva (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 22 maggio 2024, n. 1116: «è del giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie intercorrenti fra soggetti privati e soggetti pubblici concernenti la liquidazione di crediti pecuniari derivanti dall'esercizio di contratti d'opera professionale, atteso che dette controversie, pur facendo riferimento a lamentate inadempienze di soggetti pubblici, coinvolgono esclusivamente posizioni di diritto soggettivo collegate a rapporti di tipo paritetico, senza la possibilità di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'Amministrazione, e ciò a prescindere dall'adozione di atti amministrativi»).

Quanto all'ipotesi in cui l'avvocato si risolva nel senso di adire (sempre in via monitoria) l'autorità giudiziaria del luogo ove ha sede il consiglio dell'ordine al cui albo è iscritto, è stato puntualizzato che: in tema di domanda di ingiunzione dell'avvocato contro il cliente, il criterio speciale di competenza stabilito dall'art. 637, terzo comma, cod. proc. civ. non è stato abrogato dall'art. 14 del D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150; sicché, l'avvocato può ancora adire il giudice del luogo in cui ha sede il consiglio dell'ordine nel cui albo egli è iscritto al momento della proposizione del ricorso; nel qual caso tale giudice è anche competente a decidere sull'opposizione, ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ. (Cass. civ., Sez. VI-2, Ordinanza, 23 marzo 2015, n. 5810).

Il quadro delle puntualizzazioni relative al procedimento per ingiunzione va così completato:

trattandosi di un'ipotesi di foro speciale, l'art. 637, comma terzo, c.p.c. può trovare applicazione solo in caso di domanda monitoria avente ad oggetto l'onorario per prestazioni professionali rese dall'avvocato: direttamente al cliente rappresentato e difeso in giudizio (Cass. civ., Sez. VI - 3, Ordinanza, 11 gennaio 2022, n. 567); o comunque, in favore del proprio cliente, nell'ambito di un'attività prettamente difensiva, foss'anche stragiudiziale (Corte d'Appello Catania, Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 2288);

anche quella disposizione deve "leggersi" nel senso che, ai fini dell'ingiunzione di pagamento per competenze professionali, il difensore è tenuto ad offrire o l'accordo sul compenso concluso con il cliente o, in assenza, la parcella


ISSN 2036-7821

premesso:
se è vero che la ragione giustificativa della disciplina del c.p.c. inerente al Foro generale è (fra l'altro) quella (condivisibile in linea di massima) per cui, tra i due soggetti, attore e convenuto, il Legislatore (almeno in linea di principio) ha optato innanzitutto per il secondo, in considerazione della valutazione per cui è l'attore a turbare la quiete del convenuto, sicché quest'ultimo deve (per lo meno) godere del vantaggio di minori spostamenti territoriali;
è del tutto evidente, peraltro, che l'addentellato normativo "speciale" nanti menzionato sta a significare che è ragionevole ammettere un rito a cognizione sommaria (per l'appunto, ai sensi del "combinato disposto" dell'art. 637, co. 3, c.p.c. nonché dell'abrogato art. 702*bis* e ss. c.p.c.) ogniqualvolta l'attore si sia peritato di acquisire, in ordine alla parcella, il previo parere del Consiglio dell'Ordine al quale l'avvocato è iscritto: proprio perché, di tal fatta tendenzialmente si esclude la possibilità di valutazioni discrezionali in capo al Giudice in ordine al *quantum debeatur*; salvo un ampliamento del *thema decidendum* (come accennato in nota) tale da imporre un mutamento del rito in favore di quello a cognizione piena.
Allo stesso modo, si deve concludere che:
- quando non si riscontrino previe divergenze sul valore (e l'importanza) della controversia (indeterminato-rilevante); profilo sul quale peraltro non potrebbe interferire il Consiglio dell'Ordine forense, in quanto competente ai soli fini del controllo sulla

---

opinata dal proprio consiglio dell'ordine (Tribunale Milano, Sez. IX, Decreto 13 gennaio 2016); fermo restando che il parere di congruità di quest'ultimo organo professionale rileva ai soli fini della formazione della prova scritta per emanare il decreto ingiuntivo, non in caso di opposizione per cui vigono le comuni regole del giudizio ordinario; in tal senso: Cass. civ., Sez. II, Ord. 8 aprile 2024, n. 9314 («nei giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di un credito per prestazioni professionali, incombe sul professionista la prova dell'avvenuto conferimento dell'incarico, dell'effettivo espletamento dello stesso nonché dell'entità delle prestazioni svolte. Infatti la parcella, anche se corredata dal parere del competente Consiglio dell'ordine di appartenenza del professionista, costituisce una mera dichiarazione unilaterale del professionista, sufficiente per la concessione del decreto ingiuntivo, mentre per l'accertamento del credito il professionista ha l'onere di provare i fatti posti a fondamento della domanda e, in caso di contestazione, di fornire la prova delle prestazioni eseguite»); Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2021, n. 929 («in materia di recupero crediti per le prestazioni professionali dell'avvocato il parere di congruità del compenso rilasciato dal Consiglio dell'ordine degli Avvocati rileva soltanto per la formazione della prova scritta necessaria per l'emanazione del decreto ingiuntivo con la conseguenza che la proposizione del giudizio di opposizione apre una fase ordinaria a cognizione piena nella quale lo stesso parere di congruità non riveste alcun valore, essendo il giudizio di accertamento governato dalle comuni regole del giudizio ordinario, né inverte l'onere probatorio che incombe sul professionista creditore, sia quanto alle prestazioni effettivamente eseguite, sia quanto agli importi richiesti»); T.A.R. Veneto, Venezia, Sez. III, 10 gennaio 2022, n. 74 («la parcella corredata dal parere espresso dal competente Consiglio dell'Ordine d'appartenenza del professionista ha, per il combinato disposto dell'art. 633 c.p.c, comma 1, n. 2, e dell'art. 636 c.p.c., comma 1, valore di prova privilegiata - al pari di quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 633 c.p.c., comma 1, n. 1, e artt. 634 e 635 c.p.c., per i documenti in questi ultimi considerati - e carattere vincolante per il giudice esclusivamente ai fini della pronunzia dell'ingiunzione, e come tali valore e carattere non abbia, per contro, costituendo semplice dichiarazione unilaterale del professionista (sulla quale l'organo associativo si limita ad esprimere un parere di congruità, senza effettuare controllo alcuno di effettività e di consistenza quanto alla prestazione), nel successivo giudizio in contraddittorio, introdotto dall'ingiunto con l'opposizione ex art. 645 c.p.c., nel quale, attesane la natura di ordinario giudizio di cognizione, il creditore in favore del quale l'ingiunzione è stata emessa assume la veste sostanziale di attore e su di lui incombono i relativi oneri probatori ex art. 2697 c.c., ove vi sia stata contestazione da parte dell'opponente in ordine all'effettività e alla consistenza delle prestazioni eseguite ovvero all'applicazione della tariffa pertinente ed alla rispondenza ad essa delle somme richieste, circostanze la cui valutazione è, poi, rimessa al libero apprezzamento del giudice»).


ISSN 2036-7821

rispondenza delle voci indicate in parcella a quelle previste in tariffa[51];
stanti le condizioni "praticate" dal professionista, per cui la determinazione del *quantum debeatur* è pressoché automatica, non richiedendo valutazioni discrezionali né tantomeno legate a prassi del Foro che potrebbero rendere rilevante la previa acquisizione di un sindacato da parte dei competenti Organi dell'Ordine professionale;
- escluse ragioni che giustifichino il discostarsi dal parametro 'medio';
- occorrerebbe riconoscere (per lo meno) pari dignità al criterio residuale alternativo (Foro in cui ha sede il professionista).
A tal punto, pare potersi giustificare quest'ultimo criterio anche sul piano della "complementarizzazione" dei principi:
- in termini di prevalenza per "confinazione" - in ambito specifico -[52];
- sì da giustificare un regime, articolato ed all'occorrenza derogatorio, riguardo al profilo di mora.
Segnatamente, si potrebbe concludere che la "liquidità-prevedibilità" del credito (almeno nei termini entro i quali è stata configurata - con esclusione di fattori di maggiorazione o comunque di valutazione discrezionale del compenso, pur secondo tariffa -), una volta esaurita la prestazione professionale, quanto all'ammontare del primo, potrebbe rappresentare un valido surrogato della "certezza" e consentire (ai sensi dell'articolo 1219, comma 2, n. 3, c.c.) di escludere la necessità della costituzione in mora "quando è

[51] Cass., Sez. II, 30 gennaio 1997, n. 932.

[52] Come anticipato in esordio, l'ordinamento consta di una molteplicità di *rationes* (i principi) in grado di ridurre la complessità del contesto di riferimento mediante la predisposizione di soluzioni (ciascuna delle quali potenzialmente incondizionata) ai problemi di quest'ultimo. La co-esistenza di quella molteplicità, entro il medesimo ordinamento, esige meccanismi di "confinazione" (una differenziazione, dell'ambito problematico corrispondente a ciascun principio, in sotto-ambiti problematici, distinti, cui riferire principi diversi) e/o "gerarchizzazione" (ulteriori differenziazioni funzionali, per effetto delle quali si stabilisce quando – entro il medesimo ambito problematico, o i sotto-ambiti nei quali il primo è stato scomposto – un principio "vale" o deve arretrare dinnanzi ad altro). «Confinazione e gerarchizzazione avvengono, peraltro, secondo il "senso" del sistema, sono esito del suo processo di differenziazione funzionale, che si esplica sul piano longitudinale e verticale. Sicché un ordinamento costituisce un sistema di principi (= rationes) costruito secondo un "senso", è la sistemazione dei principi secondo una programmazione.

A questa stregua, ogni norma di un ordinamento è espressione di un principio. Ma nella norma il principio, di per sé incondizionato, si presenta, invece, come condizionato» (M. BARCELLONA, *Diritto, sistema, senso*, Torino, 1996, p. 324).

Lo strumento organizzativo della complementarizzazione «è costituito, in ogni caso, dalla fattispecie, e cioè dalla determinazione delle condizioni di applicazione di un principio regolativo, la quale vale, al tempo stesso, a determinarne l'ambito di applicazione. Le relazioni di competenza, specializzazione, gerarchizzazione, ecc., secondo le quali si organizza la complementarità di principi altrimenti concorrenti/antinomici, sono istituite determinando ambiti distinti per ciascuno di essi, ossia riconducendo ciascuno di essi a fattispecie diverse e tra loro alternative.

La fattispecie, perciò, è, ad un tempo, la tecnica specifica di organizzazione del sistema giuridico ed il criterio di smistamento delle complessità ambientali verso principi regolativi distinti, e cioè il medium tra sistema e [contesto]» (*ivi*, p. 175).

«Le complessità marginali, pretermesse o sopravvenute provenienti dal [contesto], proprio in quanto non incontrano fattispecie atte a selezionarle adeguatamente, trovano difficoltà ad essere smistate verso i principi che potrebbero congruamente regolarle. Esse, perciò, producono quella che si potrebbe chiamare una crisi organizzativa, la quale richiede, per essere superata, la produzione di ulteriore organizzazione. E poiché il sistema giuridico si dà organizzazione attraverso la tecnica della fattispecie, il superamento della crisi organizzativa consiste, essenzialmente, in rideterminazioni delle fattispecie, tali da riassorbire il "caso organizzazionale", per via del quale la crisi si è manifestata. Ma, rideterminando le fattispecie, si riassettano, al tempo stesso, le complementarizzazioni dei principi regolativi già istituite, nelle quali consiste il sistema giuridico» (*ivi*, pp. 175-176).


ISSN 2036-7821

scaduto il termine, se la prestazione deve essere eseguita al domicilio del creditore", come appunto stabilito per le obbligazioni pecuniarie dall'articolo 1182, comma 3, cit. A maggior ragione quando, come nel caso di crediti vantati dall'avvocato che abbia condotto attività di patrocinio nei confronti di pubbliche amministrazioni, la disciplina di contabilità di questi ultimi (a partire dall'integrare, la differenza fra quanto provvisoriamente impegnato dalla P.A. e quanto in ultimo preteso dal libero professionista, un "debito fuori bilancio", tale da dover essere riconosciuto dal Consiglio Comunale ai sensi dell'art. 194 del Testo Unico degli Enti Locali) consenta di escludere che, per il cliente-debitore, si venga ad integrare un "sovraccarico" di responsabilità (ai sensi dell'articolo 1224 c.c.) incompatibile col sistema (ai sensi dell'art. 1218 c.c.)[53].

Ciò, stante l'esigenza (meritevole di considerazione) di "agevolare l'avvocato per consentirgli di concentrare le cause, nei confronti dei clienti, nel luogo in cui ha stabilito l'organizzazione della propria attività professionale, ossia la sede principale dei propri affari ed interessi"[54].

Al riguardo, valga quanto affermato dalla Corte costituzionale[55]; quest'ultima, infatti:

- per un verso, ha salvato dalla declaratoria d'incostituzionalità la previsione codicistica di una competenza territoriale facoltativa e concorrente a beneficio degli avvocati circa la scelta del Foro competente per il recupero dei crediti professionali; così confermando appieno quanto opinato in epoca risalente[56]; anzi ampliando-aggiornando il novero degli argomenti;

in particolare, osservando che «per costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore dispone di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali, e quindi anche nella determinazione dei criteri attributivi della competenza, con il solo limite della manifesta irragionevolezza delle scelte compiute… Nel caso in esame, la suddetta finalità è senza dubbio idonea a giustificare il fondamento della norma e perciò esclude

[53] Ciò si evince anche da Cass. civ., Sez. II, Ord. 6 dicembre 2022, n. 35835: «la delibera dell'ente territoriale che autorizza il proprio rappresentante a stare in giudizio non necessita dell'indicazione della spesa prevista e dei mezzi per farvi fronte, in quanto la nullità disposta dalla legge per la mancata previsione di tali elementi non riguarda i provvedimenti relativi alla partecipazione a controversie giudiziarie, sia per l'incerta incidenza del relativo onere economico, condizionato alla soccombenza, sia per il preventivo inserimento nel bilancio dell'ente di una voce generale inerente alle spese di lite (Cass. Sez. 2 - Ordinanza n. 21007 del 06/08/2019 - Rv. 655190 - 02) Come osservato, infatti, in altro precedente di questa Corte (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 1830 del 2018) "Quanto ai richiamati principi di contabilità pubblica, "è evidente che la nullità prevista per la mancata previsione della spesa e della sua copertura non concerne anche le deliberazioni relative alla partecipazione degli Enti a controversie giudiziarie, sia perchè è incerta l'incidenza del relativo onere economico, condizionato alla soccombenza, e sia perchè, nel bilancio dell'Ente, è di norma presente una voce generale nella quale possono essere inserite le prevedibili spese di lite" (Cass., Sez. 2, Sentenza n. 13963 del 16/06/2006, in motivazione; Cass., Sez. 1, Sentenza n. 8646 del 12/02/1993, in motivazione); inoltre, "il riferimento alle vigenti tariffe professionali, la cui applicabilità, in assenza di uno specifico accordo tra le parti, è di per sè sufficiente ad escludere l'incertezza in ordine alla controprestazione dovuta dalla Amministrazione, quantificabile soltanto in via approssimativa al momento della stipulazione del contratto, in quanto correlata al compimento degli atti difensivi resi necessari dall'evoluzione del giudizio, e proprio per tale motivo idonea a giustificare la previsione della copertura finanziaria mediante generica imputazione al capitolo di bilancio riguardante le spese processuali" (Cass., Sez. 1, Sentenza n. 24859 del 09/12/2015, in motivazione)"».

[54] Cass., ord. n. 5810/2015 cit.

[55] Corte cost., 10 febbraio 2010, n. 50.

[56] Corte cost., n. 137/1975.


ISSN 2036-7821

che essa violi il principio di ragionevolezza»;
- per altro verso e correlativamente, poiché la giustificazione della facoltà conferita al professionista (peraltro sul presupposto che il luogo di riferimento è identificabile oggettivamente) è quella di «agevolare il professionista, che sarebbe invece costretto a seguire le cause relative al recupero dei crediti professionali in luogo diverso (o addirittura in luoghi diversi) da quello in cui egli avesse attualmente stabilito l'organizzazione della propria attività professionale»; non è ravvisabile alcuna irragionevolezza(-disuguaglianza) né rispetto alle altre categorie professionali che non possono avvalersi della medesima norma, dato che «ogni professione presenta caratteri peculiari idonei a giustificarne una disciplina giuridica differenziata»[57], né rispetto al rapporto fra l'avvocato ed il cliente.
Semmai, avuto riguardo all'ipotesi di credito professionale vantato da un avvocato che operi pressoché esclusivamente nel settore amministrativistico, finendo con l'adire un Tribunale amministrativo, la cui competenza territoriale può coincidere persino con la circoscrizione di un'intera Regione: la circostanza che l'avvocato assista clienti provenienti da località disparate; specie quando la sede del T.A.R. risulti fortemente decentrata rispetto a quella circoscrizione; a maggior ragione vale l'argomento per cui è giustificata la scelta di rivolgersi al Foro territoriale di recupero dei crediti professionali in corrispondenza del quale quel "legale" ha stabilito l'organizzazione della propria attività professionale (sede principale dei propri affari e interessi - domicilio professionale -).
Tanto più che, «nelle controversie aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro da parte degli Enti pubblici, le norme di contabilità che fissano il luogo di adempimento delle obbligazioni in quello della sede di tesoreria dell'Ente, valgono ad individuare il *forum destinatae solutionis*, eventualmente in deroga all'art. 1182 c.c., ma non rendono detto foro né esclusivo, né inderogabile, sicché la competenza per territorio può ben radicarsi sulla base di uno dei fori alternativi previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.»[58]. Dunque, per via della coincidenza col Foro del luogo dove l'obbligazione è sorta o deve eseguirsi (secondo quanto esposto al par. 2.3.).

[57] Con rinvio a Corte cost., n. 137/1975 cit.
[58] Corte App. Messina, Sez. I, 20 gennaio 2023, n. 40; Trib. Alessandria, Sez. I, 6 luglio 2021, n. 539. Pronunzie in linea con Cass. civ., Sez. VI, 7 maggio 2012, n. 6882: «il principio secondo cui, nelle cause relative a rapporti di obbligazione aventi ad oggetto somme di denaro dovute da pubbliche amministrazioni, anche diverse da quelle dello Stato ed anche a titolo di interessi per ritardato pagamento, la competenza territoriale secondo il criterio del "forum destinatae solutionis" spetta all'autorità giudiziaria del luogo in cui hanno sede gli uffici di tesoreria che, secondo le norme della contabilità pubblica, devono provvedere al relativo pagamento a seguito di mandato, continua a trovare applicazione nei confronti degli enti locali anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 142 del 1990 e del d.l.vo n. 77 del 1995, in quanto pure secondo la nuova normativa al pagamento delle spese deve provvedere il tesoriere dell'ente, in base al mandato di pagamento; inoltre, pur non venendosi così a configurare un foro esclusivo o inderogabile, tale principio si applica anche a prescindere da specifica pattuizione delle parti, ove nel contratto non sia previsto nulla in contrario».


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'anomalia dell'offerta in bilico tra "serietà" e "realizzabilità" quali criteri alternativi di verifica

di **Dario Capotorto**

(Professore Associato Abilitato di Diritto Amministrativo - Docente e Ricercatore (RTT) alla Sapienza Università di Roma)

## Sommario

1. Genesi dell'istituto e modelli nell'evoluzione normativa – 2. I metodi di individuazione delle offerte "sospette" – 2.1. La verifica di equivalenza delle tutele e la verifica di congruità dei costi della manodopera – 2.2. La verifica di attendibilità degli impegni sociali – 3. Il contraddittorio – 4. Le implicazioni sul piano teleologico del nuovo quadro normativo: dal controllo di serietà alla verifica di realizzabilità e sostenibilità – 4.1. Il limite di comprimibilità degli utili di impresa – 5. La motivazione del provvedimento conclusivo del sub-procedimento – 6. I confini del sindacato giurisdizionale tra tradizione e innovazione.

## Abstract

The clearest description of the distortions produced by the mechanisms for awarding contracts based on the greater competitiveness of the offered price can be found in an epistle dating back to 17 July 1693, written by the architect Marquis of Vauban and addressed to the then French Minister of War, where he denounced how public works were frequently completed with abnormal delays or even left unfinished and identified the cause of these worrying dysfunctions in the «confusion caused by the frequent reductions which are made.

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


ISSN 2036-7821

***1. Genesi dell'istituto e modelli nell'evoluzione normativa.***

La descrizione più limpida delle distorsioni prodotte dai meccanismi di aggiudicazione delle commesse fondati sulla maggiore competitività del prezzo offerto si ritrova in un'epistola, risalente al 17 luglio 1693, scritta dall'architetto Marchese di Vauban e indirizzata all'allora Ministro della guerra francese, ove si denunciava come le opere pubbliche fossero frequentemente ultimate con ritardi abnormi o addirittura lasciate incompiute e si individuava la causa di queste preoccupanti disfunzioni nella «confusione causata dai frequenti ribassi che si apportano»[1].

Il Marchese precisava i termini del problema e spiegava: «poiché va certo che tutte le rotture di contratti, così come i mancamenti di parola ed il ripetersi degli appalti ad altro non servono che ad attirarvi, quali Impresari, tutti i miserabili che non sanno dove batter del capo ed i bricconi e gli ignoranti, facendo al tempo medesimo fuggire da Voi quanti hanno i mezzi e la capacità per condurre un'impresa. E dirò, inoltre, che tali ribassi ritardano e rincarano considerevolmente i lavori, i quali ognora più scadenti diverranno. E dirò pure che le economie realizzate con tali ribassi e sconti cotanto accanitamente ricercati, saranno immaginarie, giacché similmente avviene per un Impresario che perde, quanto per un individuo che s'annoia: s'attacca egli a tutto ciò che può, ed attaccarsi a tutto ciò, che si può, in materia di costruzioni, significa non pagare i mercanti che fornirono i materiali, compensare malamente i propri operai, imbrogliare quanto più gente si può, avere la mano d'opera più scadente, come quella che a minor prezzo si dona, adoperare i materiali peggiori, trovare cavilli in ogni cosa e leggere la vita ora di questo ora di quello. Ecco dunque quanto basta, Eccellenza, perché vediate l'errore di questo Vostro sistema; abbandonatelo quindi in nome di Dio; ristabilite la fiducia, pagate il giusto prezzo dei lavori, non rifiutate un onesto compenso ad un imprenditore che compirà il suo dovere. Sarà sempre questo l'affare migliore che Voi possiate fare».

Individuata la causa di molte delle inefficienze generate dai criteri di valutazione comparativa concorrenziale, ci sono voluti circa tre secoli per delineare un primo tentativo di disciplina delle offerte anomale. È del 1971 la direttiva 71/305/CEE sul coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, con la quale si fissava il principio secondo cui, quando talune offerte presentano un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione richiesta, l'amministrazione aggiudicatrice può non aggiudicare la commessa, purché attivi un contraddittorio con l'offerente consentendogli di rendere giustificazioni al riguardo[2].

---

[1] Il testo integrale della lettera viene riportato in S. VINTI, *Le offerte anomale*, in *Manuale del diritto dei lavori pubblici*, a cura di Bargone, Stella Richter, Milano, 2001, 352, nt. 1.

[2] L'art. 29 della direttiva, inoltre, stabiliva che a tal fine l'amministrazione «chiede all'offerente di fornire le giustificazioni necessarie, segnalandogli eventualmente quelle ritenute inaccettabili. Se i documenti relativi all'appalto prevedono l'aggiudicazione al prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a motivare


ISSN 2036-7821

Per passare da questa embrionale disciplina a quella attualmente vigente, ci sono voluti oltre trenta interventi normativi (considerando quelli dettati a livello sia nazionale che comunitario), succedutisi con un ritmo incalzante dagli anni Settanta sino a oggi nella spasmodica ricerca di modelli efficaci per l'individuazione delle offerte inaffidabili e per il loro affinamento[3].

Ciò a riprova di quanto la materia sia tormentata e di quanto siano probabili ulteriori modifiche normative in futuro.

Senza addentrarsi nella disamina delle discipline previgenti, già ampiamente analizzate in dottrina[4], possono tracciarsi i lineamenti essenziali di alcuni modelli che hanno concorso a determinare l'attuale assetto normativo caratterizzato dalla compresenza di meccanismi differenziati in rapporto a diverse variabili, come il criterio di aggiudicazione utilizzato (che implica l'applicazione di diversi metodi di determinazione della soglia al raggiungimento della quale deve essere attivata la verifica di anomalia) e l'importo a base di gara.

La molteplicità dei sistemi attualmente in vigore risente di diversi fattori. Tra questi,

---

il rigetto delle offerte ritenute troppo basse presso il Comitato consultivo istituito con decisione del consiglio del 26 luglio 1971».

[3] Ordinando in senso cronologico l'impressionante mole di disposizioni normative intervenute si deve partire dalla l. n. 14/1973, per proseguire con la l. n. 584/1977 (che avrebbe dovuto recepire la direttiva 71/305/CEE), seguita da una serie di decreti legge (d.l. n. 206/1987, d.l. n. 302/1987, d.l. n. 393/1987), con cui il Governo reiterava la medesima disciplina, avallata dal Parlamento solo con la l. n. 478/1987. Gli interventi del legislatore continuarono sul finire degli anni Ottanta con la l. n. 67/1988 e con il d.l. n. 65/1989, convertito con l. n. 155/1989. A distanza di qualche mese fu introdotta, a livello europeo, una nuova disciplina della verifica di anomalia con l'art. 1, direttiva n. 89/449/CEE del 18 luglio 1989, seguita dal d.lgs. n. 406/1991 che all'art. 29, 5° co. recepiva le nuove indicazioni comunitarie. Successivamente intervenne la direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993 (art. 30) e subito dopo fu varata la l. n. 109/1994 (c.d. legge Merloni), più volte novellata proprio nelle parti concernenti i meccanismi di verifica di anomalia, prima con il d.l. n. 101/1995, convertito con l. n. 216/1995 (c.d. legge Merloni *bis*), poi con il d.l. n. 670/1996, con la l. n. 415/1998 (c.d. legge Merloni *ter*) e, infine, con la l. n. 166/2002. Anche il regolamento di cui al d.p.r. n. 554/1999 non mancò, a sua volta, di prevedere ulteriori disposizioni di attuazione sempre attinenti al meccanismo di verifica di anomalia. Alla disciplina dell'anomalia relativa ai contratti di lavori doveva aggiungersi quella parallela prevista per gli appalti di servizi (art. 25, d.lgs. n. 157/1995) e forniture (art. 19, d.lgs. n. 358/1992), nonché per gli ex settori speciali (art. 25, d.lgs. n. 158/1995). La normazione europea si è poi sviluppata prima con le direttive 2004/18/CE (art. 55) e 2004/17/CE (art. 57) che hanno unificato la disciplina di lavori, servizi e forniture, recepite dal d.lgs. n. 163/2006, e poi con le direttive 2014/23/UE, 104/24/UE e 2014/25/UE, recepite prima dal d.lgs. n. 50/2016 e poi dal d.lgs. n. 36/2023, così come modificato dal d.lgs. n. 209/2024, con disposizioni che hanno toccato anche i meccanismi di determinazione delle soglie di anomalia negli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

[4] Per un'approfondita ricostruzione dell'evoluzione normativa e dei principali problemi applicativi riscontrati dal 1971 al 2001, S. VINTI, *Le offerte anomale*, cit., 352; nonché R. VILLATA, *Le offerte anomale*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2004, 505. Per il periodo successivo, S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, VIII, 1, Torino, 2007, 356; C. LAMBERTI, *Offerte anomale fra vecchia e nuova disciplina*, *Urbanistica e app.*, 2007, 901, e R. DE NICTOLIS, *Le offerte anomale e i criteri di rilevazione della congruità dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, III, *Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, a cura di A. M. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, 2199. Un'analisi dell'evoluzione normativa nella disciplina negli appalti di servizi si trova in E. DE CARLO, *L'offerta anomala negli appalti pubblici di servizi. Evoluzione giurisprudenziale e normativa*, *Nuova rassegna*, 2006, 2107.


ISSN 2036-7821

un ruolo decisivo è stato indubbiamente giocato dalla resistenza del legislatore domestico ad abbandonare i vecchi sistemi automatici di esclusione delle offerte (più volte stigmatizzati dalla Corte di Giustizia[5]) che privavano la stazione appaltante di qualsiasi potere discrezionale, obbligandola a escludere tutte le offerte collocatesi al di sopra della soglia di anomalia, senza attivare alcun contraddittorio con il concorrente.

La permanenza di discipline diversificate a seconda dell'importo contrattuale, infatti, è il frutto di una parziale attività di adeguamento della normativa interna rispetto alle indicazioni europee, operata nei limiti dello stretto necessario, vale a dire con esclusivo riferimento agli appalti rilevanti nell'ambito del mercato comune europeo.

Ancora oggi, per gli appalti di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea[6], che non presentino un interesse transfrontaliero certo[7] e quando il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello del prezzo più basso è prevista la possibilità di procedere direttamente all'esclusione delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia[8], purché la stazione appaltante si sia premurata di indicare nel bando l'intenzione di procedere secondo questo sistema e

[5] C. Giust. CE, sez. VI, 27 novembre 2001, nn. C-285/99 e C-286/99, *Riv. trim. appalti*, 2003, 369, con nota di De Candia, *La "persuasione" e la "rettorica" comunitaria del legislatore statale italiano in tema di offerte anomale negli appalti pubblici di lavori, nella recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 27 novembre 2001, n. 285/99*; nonché *Urbanistica e app.*, 2002, 23, con nota di R. De Nictolis, *La Corte CE si pronuncia sul giusto procedimento in tema di offerte anomale*, ove si afferma che è indispensabile consentire all'offerente di presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni che ritenga utili.

[6] Così come determinate dall'art. 14 del d.lgs. n. 36/2023.

[7] La prescrizione normativa si è resa necessaria per adeguare la disciplina domestica alle indicazioni rese nella pronuncia della C. Giust. CE, sez. IV, 15 maggio 2008, nn. C-147/06 e C-148/06, *Giornale dir. amm.*, 2008, 1103, e *Urbanistica e app.*, 2008, 1123, ove si è chiarito che «le norme fondamentali del Trattato CE relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché il principio generale di non discriminazione, ostano a una normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia stabilita dall'art. 6, n. 1, lett. *a*), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, come modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 13 ottobre 1997, 97/52/CE, e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime. Ciò non si verificherebbe nel caso in cui una normativa nazionale o locale, o ancora l'amministrazione aggiudicatrice interessata, a motivo del numero eccessivamente elevato di offerte che potrebbe obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la sua capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare, fissasse una soglia ragionevole al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica».

[8] Determinata sulla base di uno dei metodi descritti nell'allegato II.2 del d.lgs. n. 36/23 prescelto al momento dell'indizione della procedura di gara oppure selezionato in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2. Per un'analitica descrizione dei meccanismi di determinazione delle soglie con delle preziose esemplificazioni cfr. L. Bertonazzi, *Esclusione automatica delle offerte anomale: disciplina sostanziale e qualche spunto processuale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1/2025, 243.


ISSN 2036-7821

sempreché le offerte ammesse siano pari o superiori a cinque[9].
Viceversa, per le commesse di importo economico più elevato le stazioni appaltanti vengono private di tale facoltà, con la conseguenza che la collocazione dell'offerta al di sopra di eventuali soglie di anomalia (fissate discrezionalmente dalla stazione appaltante) non determina alcuna automatica estromissione, implicando solo l'attivazione di un contraddittorio con l'impresa, all'esito del quale la committente dovrà assumere le proprie determinazioni tecnico-discrezionali in merito alla congruità o meno dell'offerta sottoposta a verifica.
Le modalità di espletamento del contraddittorio non sono sempre state omogenee.
In passato, le stazioni appaltanti potevano richiedere ai concorrenti (nel bando di gara o nella lettera di invito) di produrre, anche a pena di esclusione, le c.d. giustificazioni preventive (da allegarsi unitamente all'offerta) contenenti delucidazioni in merito alle singole voci di prezzo elaborate, da rendersi, quindi, prima e a prescindere dell'avvio del sub-procedimento di verifica di anomalia.
Tale forma di contraddittorio "anticipato" ha dato luogo a significativi problemi applicativi, sia con riguardo alle conseguenze derivanti dall'eventuale mancata allegazione di tali documenti, sia in rapporto alla necessità di garantire comunque l'espletamento di un contraddittorio successivo.
Questa variante procedimentale, che allontanava il sistema domestico dalla legislazione degli altri Stati membri, è stata poi espunta dall'ordinamento da un colpo di penna del legislatore, che se non ha trasformato in carta straccia intere biblioteche[10], ha sicuramente sgombrato il campo da diverse questioni spinose, che talora riaffiorano laddove le stazioni appaltanti impongano la presentazione di analisi di dettaglio ancor prima dell'attivazione del sub procedimento di verifica di anomalia[11].

## *2. I metodi di individuazione delle offerte "sospette".*

L'individuazione delle offerte da sottoporre a verifica di anomalia segue diversi binari.
Per gli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea le stazioni appaltanti dispongono di margini di manovra piuttosto limitati.
I metodi di determinazione della soglia di anomalia sono predeterminati per legge (nell'allegato II.2 del d.lg. n. 36/23) e le stazioni appaltanti possono scegliere di

[9] In questo senso dispone l'art. 54 del d.lgs. n. 36/2023.
[10] Secondo la felice formula di J. VON KIRCHMANN, *Della mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), trad. e pref. di Paolo Frezza, Pisa, 1942, dove è raccolta la celebre constatazione secondo cui sono sufficienti «tre parole di rettifica del legislatore e intere biblioteche diventano carta straccia».
[11] Cfr. TAR Veneto, sez. III, 3 giugno 2025, n. 879 che ha ritenuto illegittima la richiesta di produrre a pena di esclusione ulteriori elementi di dettaglio di scomposizione del costo della manodopera, per contrasto con il principio del risultato, in combinato disposto con il principio di celerità delle procedure di affidamento.


ISSN 2036-7821

applicare uno dei tre metodi ivi indicati o procedere con un sorteggio tra uno dei tre metodi in sede di valutazione delle offerte, qualora il metodo non sia stato previamente indicato negli atti di gara.

Per i contratti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea, invece, le amministrazioni godono di ampissimi margini di discrezionalità sia in relazione alla definizione dei parametri da indicare nella *lex specialis* per individuare le offerte da sottoporre a verifica, sia in relazione al potere di sottoporre a verifica qualsivoglia offerta che appaia, in base a elementi specifici, anormalmente bassa (cfr. art. 110 d.lgs. n. 36/23)[12].

Ad ogni modo, in presenza di offerte che superino le soglie di anomalia previste dalla *lex specialis* o dalla legislazione primaria (solo per gli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea) non sussiste una mera facoltà, bensì un obbligo di attivazione della verifica di anomalia, senza che permanga alcun potere discrezionale in capo alla stazione appaltante, in ordine all'*an* dell'avvio del sub-procedimento.

Tuttavia, anche quando non possano essere impiegati i metodi predeterminati per legge (perché *e.g.* vi è un numero troppo esiguo di concorrenti) o in assenza di offerte che si collochino al di sotto delle soglie prefissate nella *lex specialis*, permane la generale facoltà del committente di sottoporre a controllo qualsiasi offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa[13].

La stazione appaltante, dunque, viene chiamata a svolgere, già in sede di avvio del sub-procedimento, una valutazione tecnico discrezionale che richiede una pur stringata motivazione sugli indici da cui è sorto il sospetto di anomalia[14]; ciò anche

[12] Cfr. TAR Lazio, sez. II – *ter*, 9 luglio 2025, n. 13506, ove si assume che la Stazione Appaltante avrebbe il potere di sottoporre le offerte a verifica di anomalia anche qualora la commissione giudicatrice non abbia ritenuto prima facie sussistenti i presupposti specifici ex art. 110 d.lgs. n. 36/2023.

[13] Tanto si ricava dalla lettura dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/2023 per gli appalti di importo superiore alle soglie di rilevanza europea e dal richiamo contenuto nell'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 36/2023 per gli appalti di importo inferiore. Sui dubbi interpretativi legati alla previgente disciplina che non conteneva l'espresso riconoscimento di questo potere generale A. IANNOTTA, *Sulla valutazione dell'anomalia delle offerte al di fuori del controllo obbligatorio* ex lege, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2004, 449. Sempre durante la vigenza della normativa anteriore al codice dei contratti, Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1267, *Arch. giur. opere pubbl.*, 1999, 1228, che ha ammesso la possibilità di sottoporre a verifica di anomalia anche le offerte con ribassi contenuti nei limiti della soglia, precisando, però, che tale evenienza rivestiva carattere del tutto eccezionale e richiedeva una specifica e adeguata motivazione. Analogamente, Cons. Giust. Amm. Sic., 12 febbraio 2003, n. 52, *Cons. Stato*, 2003, I, 460. Anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici aveva riconosciuto tale facoltà con la determinazione 26 ottobre 1999.

[14] In termini, Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3143, ove si ricorda inoltre che «il sistema legislativo italiano – che ancora l'attivazione del procedimento di verifica di anomalia ad un calcolo matematico automatico, imponendo alle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica tutte le offerte che eguagliano o superano la soglia di anomalia – è legittimo solo a condizione che sia fatto salvo il potere delle stazioni appaltanti di sottoporre a verifica anche offerte che, pur collocandosi al di sotto della soglia di anomalia, appaiano ciò non di meno sospette». Analogamente, TAR Lazio Roma, sez. I *bis*, 15 gennaio 2009, n. 196, *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 727, che ha


ISSN 2036-7821

per garantire l'esperibilità di un controllo effettivo ed evitare che siffatte determinazioni si prestino a forme di abuso sottratte al vaglio giurisdizionale.
Va precisato che anche la decisione di non sottoporre l'offerta aggiudicataria a verifica di anomalia può essere oggetto di sindacato giurisdizionale.
Tanto è stato chiarito da C. Giust. UE, 15 settembre 2002, in C- 669/20, ove si è precisato che qualora un'amministrazione aggiudicatrice non abbia avviato una procedura di verifica in merito all'eventuale carattere anormalmente basso di un'offerta, in quanto ha ritenuto che nessuna delle offerte presentatele avesse un carattere siffatto, la sua valutazione può formare oggetto di un controllo giurisdizionale nell'ambito di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi (punto 48)[15].
Il nuovo codice dei contratti prevede poi ulteriori ipotesi di attivazione obbligatoria di forme di verifica dell'anomalia dell'offerta, sconosciute alla normativa previgente.
La prima è solo eventuale e deve essere attivata quando il concorrente indichi un costo della manodopera inferiore alle stime predisposte dalla Stazione Appaltante a base di gara.
La seconda deve essere espletata per verificare l'attendibilità degli impegni sociali assunti dall'aggiudicatario ai sensi degli artt. 102 e 57 del d.lgs. n. 36/23.
Le due fattispecie meritano un'analisi separata.

### *2.1. La verifica di equivalenza delle tutele e la verifica di congruità dei costi della manodopera*

L'obbligo di espletamento di un'autonoma verifica sulla congruità del costo del lavoro indicato in offerta dal concorrente non è più espressamente codificata nelle norme del nuovo codice dei contratti pubblici e richiede un inquadramento più ampio.
È bene rammentare che tale accertamento non dà luogo a un sub-procedimento di verifica di anomalia dell'intera offerta, ma mira esclusivamente a controllare il rispetto dei minimi salariali e la coerenza con il CCNL applicabile.
Come noto, infatti, il d.lgs. n. 36/23 ha introdotto principi e regole che rafforzano la tutela del lavoro innanzitutto sul piano salariale[16].
Le stazioni appaltanti sono tenute a individuare già negli atti indittivi della procedura (o nella determina a contrarre per gli affidamenti diretti) il contratto

---

reputato legittima la determinazione di sottoporre a verifica un'offerta collocatasi al di sotto della soglia di anomalia, in ragione della congruità della motivazione resa al riguardo dalla stazione appaltante.

[15] Per un'applicazione di questo principio cfr. TAR Catania, sez. III, 7 febbraio 2024, n. 478.

[16] Sul tema la letteratura è vastissima. Per una prima analisi alla luce delle previsioni del d.lgs. n. 36/2023 cfr. E. CARUSO, *Equo trattamento dei lavoratori nel nuovo codice dei contratti pubblici tra sostenibilità e risultato amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2023, 863; F. CAMPOLO, *La tutela dei lavoratori nel d.lgs. n. 36 del 2023*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2023, 425.


ISSN 2036-7821

collettivo nazionale e territoriale di riferimento per l'esecuzione delle prestazioni oggetto della commessa (scegliendolo tra quelli in vigore per il settore e la zona nella quale si eseguono le prestazioni, stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale)[17].

Grava ancora sulle stazioni appaltanti l'onere di stimare ed esplicitare i costi della manodopera a base d'asta, tenendo conto del CCNL individuato, del personale da impiegare, della produttività attesa e del monte ore di attività che si presume sarà necessaria per l'esecuzione della commessa.

Le imprese appaltatrici, a loro volta, sono tenute a dichiarare se applicheranno il contratto collettivo nazionale indicato dalla stazione appaltante o un contratto diverso. Nel secondo caso sorgerà l'obbligo di dichiarare in offerta che il CCNL impiegato dal concorrente sia in grado di offrire ai lavoratori le medesime tutele economiche e contrattuali previste dal CCNL indicato dalla stazione appaltante, pena l'esclusione dalla gara.

Tale dichiarazione dovrà essere acquisita già in gara per consentire l'espletamento della verifica di congruità dell'offerta tenendo conto di quanto dichiarato dal concorrente in merito alle caratteristiche del CCNL applicato.

Sarà poi la Stazione Appaltante a dover verificare l'effettiva equivalenza delle tutele usando i parametri indicati per legge e in sede regolatoria[18].

Ebbene, la necessità di attivare delle verifiche di anomalia in relazione alle offerte che presentino un costo della manodopera più basso di quello stimato dalla stazione appaltante nasce dalle soluzioni interpretative emerse in fase di applicazione del codice dei contratti pubblici per dare puntuale applicazione ad alcune regole puntuali.

In particolare, l'art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36/23 (da leggersi in combinato disposto con l'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/23)[19] ha introdotto un precetto che ha generato molteplici dubbi interpretativi.

La norma citata recita espressamente: «I costi della manodopera e della sicurezza sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso. Resta ferma la possibilità per

[17] Cfr. art. 11 del d.lgs. n. 36/23. In argomento, cfr. F. MARTINI, *Il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore negli appalti pubblici. Prospettive, criticità e contraddizioni delle nuove funzioni della legge di gara*, in *Dir. Amm.*, 2024, 1077.

[18] Secondo le indicazioni fornite dall'allegato I.01 del d.lgs. n. 36/2023. Cfr. in particolare artt. 3 (rubricato: Presunzione di equivalenza), 4 (Indicazione da parte dell'operatore economico di un diverso contratto collettivo nazionale di lavoro) e 5 (Verifica della dichiarazione di equivalenza). L'art. 5 prevede: "Per consentire alle stazioni appaltanti ed enti concedenti di verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'articolo 110, gli operatori economici trasmettono la dichiarazione di equivalenza di cui all'articolo 11, comma 4, in sede di presentazione dell'offerta. Prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione, la stazione appaltante o l'ente concedente verifica la dichiarazione di equivalenza presentata dall'operatore economico individuato".

[19] A norma del quale: "Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale."


ISSN 2036-7821

l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale».

I due enunciati sono tra loro contraddittori.

Lo scorporo dei costi della manodopera dall'importo assoggettato a ribasso indurrebbe a ritenere che non siano ammissibili riduzioni del costo del lavoro, così come avviene per gli oneri della sicurezza indicati a base d'asta dalla stazione appaltante. L'inciso successivo, invece, apre le porte a un ribasso sul costo del lavoro, purché lo stesso sia giustificato dall'individuazione di soluzioni organizzative più efficienti e giammai da forme di dumping salariale.

Come sciogliere l'antinomia?

L'ANAC[20] e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti[21] hanno offerto una prima lettura alle previsioni che può essere sinteticamente riassunta in questi termini:

a) l'offerta economica, ai fini della sua valutazione, non può essere costituita solo dal ribasso operato sull'importo al netto del costo della manodopera;

b) il costo della manodopera deve considerarsi un importo che si aggiunge all'importo dell'offerta economica e soggetto solo alla valutazione di congruità dell'offerta medesima.

---

[20] Cfr. ANAC, delibera del 15 novembre 2023 n. 528, ove si legge: «Considerato che l'interpretazione del dettato normativo sposata dall'Autorità consente un adeguato bilanciamento tra la tutela rafforzata della manodopera – che costituisce la ratio della previsione dello scorporo dei costi della manodopera, evincibile dal criterio contenuto nella lett. t) dell'art. 1, comma 1, della legge delega (L. n. 78/2022) – con la libertà di iniziativa economica e d'impresa, costituzionalmente garantita, la quale, nel suo concreto dispiegarsi, non può che comportare la facoltà dell'operatore economico di dimostrare che la più efficiente organizzazione aziendale impatta sui costi della manodopera, diminuendone l'importo rispetto a quello stimato dalla Stazione appaltante negli atti di gara. Tra l'altro, solo seguendo tale impostazione, si spiega anche l'obbligo del concorrente di indicare i propri costi della manodopera, a pena di esclusione dalla gara (art. 108, comma 9, d.lgs. 36/2023), previsione che sarebbe evidentemente superflua se i costi della manodopera non fossero ribassabili, e il successivo art. 110, comma 1, che include i costi della manodopera dichiarati dal concorrente tra gli elementi specifici in presenza dei quali la Stazione appaltante avvia il procedimento di verifica dell'anomalia; (…) ritenuto, pertanto, che l'art. 41, comma 14, del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce che i costi della manodopera sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso, deve essere letto ed interpretato come volto a sancire l'obbligo della Stazione appaltante di quantificare ed indicare separatamente, negli atti di gara, i costi della manodopera che, tuttavia, continuano a far parte dell'importo a base di gara, su cui applicare il ribasso offerto dall'operatore per definire l'importo contrattuale».

[21] Cfr. MIT parere n. 2154 del 19 luglio 2023 e successivamente con parere n. 2505 del 17 aprile 2024. In quest'ultimo parere si formula anche un'esemplificazione "Es: importo a base di gara euro 100, di cui manodopera 30 (nel presente esempio si prescinde da IVA e costi/oneri sicurezza, riferendosi solo ai costi della manodopera a fini esemplificativi). Il concorrente dovrà formulare un "ribasso complessivo" a norma dell'art. 41, c. 14 del Codice dei contratti pubblici, ma a sua volta, dovrà indicare, come proprio costo, i costi della manodopera. Es: ribasso del 10% (quindi richiesti euro 90), di cui manodopera 20. La stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, dovrà confrontare i costi parametrici dalla stessa indicati (30) e i costi del concorrente (20). Ove i costi parametrici siano superiori a quelli indicati dal concorrente (come nell'esempio qui fornito), lo stesso concorrete dovrà essere chiamato a giustificare gli stessi. Se i giustificativi saranno accolti, vi sarà aggiudicazione. In sede di esecuzione si pagherà quanto offerto dal concorrente (90 euro di cui 20 manodopera)".


ISSN 2036-7821

La giurisprudenza amministrativa si è orientata in senso analogo[22] valorizzando innanzitutto il combinato disposto degli artt. 41, comma 14 (appena citato), 108, comma 9 (che prescrive al concorrente di indicare nell'offerta economica i costi del lavoro, a pena di esclusione) e 110, comma 1 (in tema di verifica di anomalia dell'offerta) del d.lgs. n. 36/23. Si è notato al riguardo che se il legislatore avesse voluto considerare i costi della manodopera fissi e invariabili, non avrebbe avuto senso richiedere ai concorrenti di indicarne la misura nell'offerta economica, né avrebbe avuto senso includere i costi della manodopera tra gli elementi che possono concorrere a determinare l'anomalia dell'offerta[23]. Analogamente si è notato che interpretare l'espressione "sono scorporati dall'importo assoggettato al ribasso" nel senso di ritenerli fissi ed invariabili si porrebbe in contrasto con l'ultimo capoverso della disposizione che prevede che "resta ferma la possibilità per l'operatore economico di dimostrare che il ribasso complessivo dell'importo deriva da una più efficiente organizzazione aziendale"; se di ribasso complessivo si discorre, non può che riferirsi ad una diminuzione da applicarsi al prezzo complessivo proposto, ricomprendente al suo interno anche i costi della manodopera[24].

Si è anche evidenziato come la tesi contraria imporrebbe un'eccessiva compressione della libertà d'impresa, soprattutto nei contratti ad alta intensità di manodopera, laddove l'operatore economico potrebbe dimostrare che il ribasso è correlato a scelte strategiche aziendali più efficienti, così privilegiando un punto di equilibrio tra tutela della libertà di iniziativa economica privata e la responsabilizzazione degli operatori economici, di modo che questi – nel proporre il "ribasso complessivo" – siano indotti a una valutazione di tali costi compatibile con l'effettivo prezzo del lavoro[25].

Chiarito quanto sopra in merito alla ribassabilità del costo del lavoro può ora passarsi alla disamina delle verifiche che devono essere condotte nel vigente quadro regolatorio, anch'esse frutto di un percorso interpretativo tutt'altro che univoco.

Secondo un primo orientamento, in forza del combinato disposto dell'art. 108, co. 9 e dell'art. 110, co. 5, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, le amministrazioni sarebbero sempre tenute a verificare che il costo del personale obbligatoriamente indicato dal concorrente nella propria offerta a pena di esclusione[26] non sia inferiore ai minimi

[22] I primi contributi della giurisprudenza, nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, hanno ammesso il ribasso sui costi dalla manodopera indicati dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara cfr. Cons. Stato, sez. V, sent. nn. 9254 e 9255 del 19 novembre 2024.

[23] In questi termini cfr. TAR Toscana, sez. IV, 29 gennaio 2024, n. 120.

[24] In questi termini, più di recente, cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I-*quater*, 30 aprile 2025, n. 8390.

[25] Cfr. TAR Lazio, 8390/2025, cit. Nello stesso senso anche Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2025, n. 3611; TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 10 aprile 2025, n. 146; TAR Puglia Bari, Sez. II, 15 marzo 2025, n. 353; TAR Campania, Napoli, sez. III, 18 febbraio 2025, n. 1393. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2025, n. 5712.

[26] Sulle modalità di determinazione del costo del lavoro da indicare all'interno dell'offerta si vedano le precisazioni fornite da TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 dicembre 2023, n. 18510, ove si distingue tra costi indiretti e costi diretti, comprensivi di tutti i dipendenti impiegati per l'esecuzione della specifica commessa. Nella sentenza si assume che "L'obbligatoria indicazione dei costi della manodopera in offerta – e la correlativa verifica della


ISSN 2036-7821

salariali, pena la compromissione del diritto dei lavoratori a una retribuzione minima, ai sensi dell'art. 36 della Costituzione[27].

Un secondo orientamento, più recente, esclude che sussista un onere istruttorio in caso di concordanza dell'offerta con quanto previsto in sede di gara e in assenza di dubbi sulla congruità dei costi dichiarati dall'operatore[28]; ciò in forza della nuova formulazione dell'articolo 108, co. 9 d.lgs. n. 36/23 che non reca più la necessità generalizzata di procedere d'ufficio alla verifica della congruità dei costi della manodopera.

Anche il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti si è espresso in termini analoghi opinando che il generale obbligo di verifica di congruità del costo della manodopera non opererebbe qualora l'operatore primo in graduatoria abbia indicato il medesimo CCNL previsto dalla Stazione appaltante nei documenti di gara ed abbia indicato il medesimo importo indicato dalla Stazione appaltante come costi della manodopera, salvo il caso in cui l'operatore economico nella propria offerta tecnica abbia indicato varianti o migliorie che richiedano impiego aggiuntivo di manodopera[29].

In sintesi, secondo questo secondo orientamento (che appare sicuramente più in linea con le esigenze di economia procedimentale), la verifica di congruità del costo del lavoro si renderebbe necessaria e imprescindibile quando il concorrente pratichi un ribasso sul costo stimato dalla stazione appaltante o quando, pur non praticando un ribasso sul costo della manodopera predefinito dal committente, abbia offerto migliorie o varianti che implichino un maggior impiego di manodopera rispetto alle stime a base d'asta.

Nelle altre ipotesi, invece, l'attivazione della verifica sulla congruità del costo del lavoro sarebbe invece facoltativa e rimessa ad apprezzamenti tecnico discrezionali della stazione appaltante.

### *2.2. La verifica di attendibilità degli impegni sociali.*

---

loro congruità imposta alla Stazione appaltante – si impone solo per i dipendenti impiegati stabilmente nella commessa, in quanto voce di costo che può essere variamente articolata nella formulazione dell'offerta per la specifica commessa; non è così, invece, per le figure professionali impiegate in via indiretta, che operano solo occasionalmente, ovvero in modo trasversale a vari contratti, il cui costo non si presta ad essere rimodulato in relazione all'offerta da presentare per il singolo appalto".

[27] Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. V, 7 novembre 2023, n. 6128. Nello stesso senso, ancor più di recente, cfr. TAR Piemonte, sez. I, 27 febbraio 2025, n. 449. Per l'indirizzo giurisprudenziale analogo formatosi sotto la vigenza del d.lgs. n. 50/2016 cfr., *ex multis*, TAR Lazio, Roma, sez. III, 11 novembre 2022, n. 14776; TAR Campania, Salerno, sez. II, 21 dicembre 2020, n. 1994; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 1° giugno 2020, n. 978; TAR Puglia, Lecce, sez. III, 16 marzo 2020, n. 329; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 26 marzo 2018, n. 608.

[28] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2025, n. 2316; TAR Campania, Salerno, sez. II, 28 aprile 2025, n. 793; TAR Campania, Salerno, sez. I, 8 aprile 2024, n.776; TAR Toscana, sez. II, 23 aprile 2024, n. 493; TAR Toscana, sez. I, 1.02.2024, n. 133.

[29] Cfr. MIT, parere del 6 dicembre 2024, n. 2993.


ISSN 2036-7821

Si collega strettamente alla verifica di anomalia una nuova attività di analisi imposta dal d.lgs. n. 36/2023 in relazione agli impegni sociali che gli operatori economici sono chiamati ad assumere in forza del combinato disposto degli artt. 57 (in materia di clausole sociali)[30] e 102 del codice dei contratti pubblici.

Quest'ultima previsione impone alle stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici di assumere una serie di impegni, tenendo conto della prestazione oggetto del contratto, finalizzati a:

"a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

b) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate".

La norma si inserisce a pieno titolo, ed è forse una delle manifestazioni più avanzate, nel progressivo processo che altrove abbiamo definito di arricchimento assiologico

[30] Per un'analisi aggiornata delle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 36/23 in materia di clausole sociali cfr. F. LAMBERTI, *L'esigibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici: profili problematici tra elasticità dell'applicazione ed effettività delle tutele*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2025, 99. Sul tema cfr. ancora E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, "a cura di" M.T. CARINCI- C. CESTER - M. G. MATTAROLO - F. SCARPELLI, *Tutela e sicurezza nel lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011, 307; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, 133 ss. Sul tema delle clausole sociali si segnalano, tra i contributi più recenti, F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020; M. COZZIO, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1455; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2019, 136; M. GIACONI, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, 605; I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2018, 571; M. FORLIVESI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686; L. RATTI, *Le clausole di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, 469; S. VARVA, *Le clausole sociali*, "a cura di" M.T. CARINCI - C. CESTER - M. MATTAROLO - F. SCARPELLI, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011, 321; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT*, 2014, 196; per un interessante accostamento tra la disciplina domestica e la normativa francese cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, cit. Per un'analisi delle distorsioni prodotte dalla ("cattiva") regolazione in tema di clausole sociali di stabilità occupazionale sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*", in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2021, 47.


ISSN 2036-7821

della contrattualistica pubblica[31].

Lo Stato, nella sua veste di imponente consumatore, abbandona l'approccio liberale, mirato a conseguire il proprio benessere individuale (in termini di miglior rapporto qualità/prezzo del bene che acquista o dei lavori o servizi di cui si approvvigiona) per seguire il paradigma del consumatore progressista, che cerca di migliorare il mondo orientando eticamente le proprie scelte di acquisto, anche a discapito dell'economia domestica.

In Europa le politiche afferenti al *socially responsible public procurement* (SRPP) sono state già ampiamente sperimentate, pur con metodi e obiettivi divergenti[32].

In Italia, le esperienze più consolidate hanno riguardato le clausole di stabilità occupazionale, mentre un ampiamento degli orizzonti di tutela verso la promozione delle pari opportunità si è registrata con l'introduzione della normativa speciale che ha accompagnato il Piano nazionale di ripresa e resilienza[33].

Il Legislatore del nuovo codice, forse anche in ragione della deludente applicazione delle nuove clausole sociali negli appalti PNRR[34], ha rafforzato il sistema dei

[31] Per una più ampia descrizione della citata tendenza sia consentito rinviare a cfr. D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, 161; F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento,* in "a cura di" M. CAFAGNO – F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia, Firenze, 2017*. Sulle disfunzioni correlate cfr. S. VINTI, *Il naufragio della presunzione di innocenza*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2021, 26. L'A. in particolare auspica un processo inverso e nota che "liberare la disciplina dei pubblici affidamenti dall'esigenza di perseguire obiettivi ad essa collaterali, se non addirittura estranei, non solo comporterebbe vantaggi funzionali rispetto agli obiettivi primari che la disciplina di settore deve assicurare, ma risponderebbe ad una esigenza logico sistematica".

[32] Sul tema del *sustainable and socially responsible public procurement* è d'obbligo il richiamo allo studio di R. CARANTA - M. TRYBUS "a cura di", *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, 2010, ove vengono esaminate e attentamente comparate le esperienze della Danimarca, Francia, Germania, Polonia, Romania Spagna e Regno Unito, oltre all'Italia. Lo studio evidenzia un forte grado di eterogeneità nelle politiche di attuazione delle previgenti Dir. UE 2004/18 e Dir. UE 2004/17 e individua due modelli agli antipodi. Il Regno Unito, da un lato, sembra fortemente guidato dalla necessità di garantire in ogni caso il *value for money* e ammette la rilevanza delle considerazioni sociali (e ambientali) solo ove armoniche col primo e con le esigenze di tutela della concorrenza. Sul versante opposto si pone la Spagna per la forte predominanza dei criteri di sostenibilità sociale (ed ambientale) sugli altri valori in gioco nella contrattualistica pubblica. In questo senso cfr. M.E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in *op. ult. cit.*, 319; A. F. ZUMBINI, *Gli equilibri di genere nella normativa europea*, "a cura di" F. ASTONE – F. MANGANARO– R. ROLLI– F. SAITTA, *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., 137. Tra gli studi più ampi sull'uso strategico degli Appalti pubblici si segnalano: OECD (2019*), Reforming Public Procurement: Progress in Implementing the 2015 OECD Recommendation, OECD Public Governance Reviews*, OECD Publishing, Paris, *www.doi.org/10.1787/1de41738-en*; PWC, *Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies*", Final report, 2015, DG GROW, *www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1*.

[33] Sul tema sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *Nuove autonomie*, 3, 2021, 799. Sempre sull'argomento cfr. F. PANTANO, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2022, 169. In generale, sull'impatto del PNRR sul settore dei contratti pubblici, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Diritto amministrativo*, 2022, 667.

[34] Secondo le informazioni diramate dall'ANAC, infatti, quasi il 70% degli appalti del Pnrr e del Pnc (Piano nazionale complementare) ha operato in deroga alle clausole che obbligavano le imprese a occupare almeno il 30% di giovani under 36 e donne, disapplicando le previsioni speciali dettate in materia. Cfr. comunicato del 9


ISSN 2036-7821

controlli.
Si è innanzitutto previsto che (art. 102, comma 2, d.lgs. n. 36/2023) l'operatore indichi nell'offerta le modalità con le quali intende adempiere agli impegni sociali sopra enucleati.
A fronte della formalizzazione di tali impegni si è poi previsto che la stazione appaltante verifichi l'attendibilità degli stessi con qualsiasi adeguato mezzo, potendo impiegare le modalità di cui all'articolo 110 del d.lgs. n. 36/2023, ovverosia il procedimento previsto per l'espletamento della verifica di anomalia.
Tale verifica di attendibilità degli impegni sociali deve essere svolta nei confronti dell'impresa aggiudicataria e deve tener conto sia degli standard imposti dalla *lex specialis*, sia delle modalità concrete che l'impresa deve aver delineato nella propria offerta tecnica.

### *3. Il contraddittorio.*

Al di fuori delle ipotesi di esclusione automatica, la collocazione dell'offerta in corrispondenza della soglia di anomalia o l'emersione di profili di incongruità rilevati dalla stazione appaltante nell'esercizio della propria facoltà generale, nonché le ulteriori ipotesi previamente descritte impongono l'avvio di un sub-procedimento volto a valutare l'effettiva congruità dell'offerta sulla scorta di un'analisi puntuale delle singole voci di prezzo o degli altri elementi di valutazione che si rende necessario analizzare in relazione al caso concreto.
Il procedimento è condotto dal Responsabile Unico del Progetto (RUP), eventualmente con l'ausilio della commissione giudicatrice o della struttura di supporto (ex artt. 93, comma 1 e 15, comma 6, del D.lgs. n. 36/23).
Già dal 2009 (a seguito delle modifiche apportate dalla l. n. 102/2009 agli artt. 86 e 87, d.lg. n. 163/2006) non è più espressamente previsto che le stazioni appaltanti possano chiedere ai concorrenti la produzione – in un momento anteriore all'attivazione della verifica di anomalia e segnatamente unitamente all'offerta – delle c.d. «giustificazioni preventive»[35] con cui rendere chiarimenti in merito alle modalità di determinazione

giugno 2023 reperibile on line: https://www.anticorruzione.it/-/pnrr-il-70-degli-appalti-derogano-alle-quota-rosa-e-giovanili.

[35] Sulle conseguenze in caso di mancata produzione delle giustificazioni preventive il quadro giurisprudenziale all'epoca della vigenza delle norme che disciplinavano l'incombente è sempre stato ondivago. Riteneva necessario estromettere dalla gara l'impresa che non avesse adempiuto all'onere (previsto a pena di esclusione dalla *lex specialis*) di corredare l'offerta, fin dalla sua presentazione, delle giustificazioni circa i suoi elementi costitutivi, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6006. Nella pronuncia si assume che in tali ipotesi non si discuterebbe dell'anomalia, ma dell'adempimento di un ragionevole obbligo volto a comprovare che l'offerta presentata sia meditata e consapevolmente assunta, «sicché non si vede per quale ragione, una volta violato tale obbligo, la sanzione non debba essere quella dell'esclusione». Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2009, n. 1348; Cons. Giust. Amm. Sic., 18 maggio 2005, n. 349. *Contra* Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, ove si afferma che le clausole del bando che richiedono la presentazione di giustificazioni già a corredo dell'offerta, rispondono ad esigenze pratiche di accelerazione e semplificazione del procedimento e, pertanto, «non possono mai essere


ISSN 2036-7821

delle voci di prezzo che hanno concorso a formare l'importo complessivo a base d'asta.

Nel vecchio quadro normativo (ante 2009), la prima operazione cui la committente provvedeva per comprendere come il concorrente avesse elaborato la propria proposta negoziale sotto il profilo economico consisteva, appunto, nell'apertura della "busta dei giustificativi": se i chiarimenti venivano reputati sufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta il sub-procedimento di verifica poteva chiudersi immediatamente, mentre, nel caso opposto (laddove fossero residuati dei dubbi), veniva attivato il c.d. contraddittorio successivo invitando l'offerente a rendere giustificazioni sulle voci di prezzo apparentemente sottostimate.

L'attuale quadro normativo sembrerebbe ostacolare l'esperibilità di questo «contraddittorio anticipato», atteso che l'utilizzo di clausole (inerite nei bandi o nelle lettere d'invito) richiedenti giustificazioni preventive o analisi dei prezzi, sebbene non espressamente vietato dal legislatore, sarebbe privo di copertura normativa con conseguente nullità quantomeno delle clausole che dovessero sancire l'esclusione del concorrente che non produca i giustificativi preventivi, in omaggio al principio di tassatività delle ipotesi di esclusione sancito dall'art. 10 del d.lgs. n. 36/23[36].

Si determinerebbe, infatti, un appesantimento degli oneri di partecipazione privo di copertura normativa che porrebbe problemi di armonizzazione non solo con il generale divieto di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, 2° co., l. n. 241/1990[37], ma anche con le regole sancite dall'art. 110, co.2, d.lgs. n. 36/2026, ove è

---

intese, pena la loro illegittimità, come prescrizione di un requisito o adempimento a pena di esclusione». Analogamente escludevano la possibilità di disporre l'esclusione per la mancata produzione delle giustificazioni preventive, quantomeno in assenza di chiare clausole della *lex specialis* che prevedano la predetta sanzione, Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2009, n. 2348; Cons. Stato, sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4842; Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2009, n. 826; TAR Abruzzo Pescara, sez. I, 6 marzo 2009, n. 147, *Foro amm. T.a.r.*, 2009, 810; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6772; Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072; Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2003, n. 7615; TAR Puglia Lecce, sez. III, 24 settembre 2009, n. 2186; nonché, Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, ove si ribadisce la tesi secondo cui le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva di verifica dell'anomalia e se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta. Nella pronuncia la *ratio* della prescrizione (ormai abrogata), contenuta nell'art. 87, d.lgs. n. 163/2006, viene individuata oltre che nella necessità di accelerare il procedimento anche nel consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte.

[36] Sul tema con una motivazione in parte diversa cfr. TAR Veneto, n. 879/2025, cit., che ha ritenuto invalida la richiesta di produrre a pena di esclusione ulteriori elementi di dettaglio di scomposizione del costo della manodopera, per contrasto con il principio del risultato, in combinato disposto con il principio di celerità delle procedure di affidamento. In precedenza, sempre nel senso dell'illegittimità di clausole che a pena di esclusione richiedevano la produzione di giustificazioni preventive, cfr. Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, parere 19 novembre 2009, n. 136, *www.avcp.it*.

[37] Applicabile a tutte le procedure di evidenza pubblica bandite anche da soggetti diversi dalle amministrazioni pubbliche, in forza del richiamo contenuto nell'art. 2, 3° co., d.lgs. n. 163/2006 a norma del quale «per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni».


ISSN 2036-7821

previsto che in presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltante richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando un termine non superiore a quindici giorni.
La facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere documenti ulteriori rispetto a quelli previsti dalla disciplina di settore sembra subordinata all'esistenza di specifiche ragioni che rendano gli stessi necessari o utili, così da assicurare il rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta.
È anche vero, però, che questa modalità di conduzione del sub-procedimento se, da un lato, alleggerisce gli oneri partecipativi, dall'altro, rischia di dilatare i tempi della procedura, atteso che le giustificazioni preventive consentivano alla stazione appaltante di disporre già al momento dell'apertura dell'offerta dei più importanti elementi conoscitivi per apprezzarne la strutturazione. Il che in molti casi permetteva di accertare immediatamente la congruità della proposta, evitando l'espletamento di ulteriori attività istruttorie.
Ad ogni modo, affinché il contraddittorio venga condotto correttamente è necessario garantire che lo stesso sia improntato a uno spirito collaborativo, che si esprime innanzitutto attraverso la diretta esplicitazione, sin dai primi momenti di confronto, dei «punti precisi che hanno suscitato perplessità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice»[38], al fine di evitare che la procedura si esaurisca in una dialettica meramente apparente.
La necessità di impiegare un metodo che si potrebbe definire maieutico è funzionale alla principale finalità cui è preordinato il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, teso a far prevalere l'interesse all'accertamento della reale possibilità

[38] In termini C. Giust. CE, sez. VI, 27 novembre 2001, nn. C-285/99 e C-286/99, cit., pt. 53. Analogamente Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009 n. 1417, cit., che ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione per anomalia fondato su aspetti sui quali non vi è stata, nel corso del sub-procedimento di verifica, specifica e puntuale contestazione, non essendo stato consentito all'impresa interessata di approntare in modo pertinente le proprie giustificazioni. In senso conforme, Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2019, n. 1969; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2006, 608; Cons. Stato, sez. IV, 21 gennaio 2003, n. 232, *Giust. amm.*, 2003, 145; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4694, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2007, 1260; TAR Lazio Roma, sez. III, 16 luglio 2004, n. 7002, ove si segnala come talvolta possa accadere che «l'amministrazione aggiudicatrice si trovi in difficoltà ad individuare specificatamente con la prima richiesta di chiarimenti i punti precisi controversi – ben potendo chiedere in tal caso delucidazioni più ampie su tutti gli elementi costitutivi dell'offerta – ma è chiaro che una volta ottenuti i dati di massima sulla base dei quali è stata predisposta l'offerta, qualora manifesti ulteriori dubbi sulla sua attendibilità, deve procedere all'effettivo contraddittorio […] deve quindi procedere ad individuare specificatamente quali siano i punti precisi che hanno suscitato perplessità, chiedendo delucidazioni al riguardo». Analogamente, più di recente, cfr. TAR Lazio, sez. II-ter, 9 luglio 2025, n. 13506 occupatasi di un caso in cui la stazione appaltante ha convocato il concorrente per l'espletamento di un'audizione orale, senza precisare quali fossero i profili che avrebbero necessitato di essere chiariti e ha poi disposto l'esclusione del concorrente, sia in ragione della mancata comparizione dello stesso alla data fissata per il contraddittorio orale, sia in ragione di profili di incongruità mai sollevati per iscritto dalla Stazione appaltante. Nella pronuncia si annulla la determinazione di esclusione del concorrente e si dispone la riedizione del contraddittorio, ricordando la centralità di un confronto pieno ed effettivo nell'espletamento del giudizio di anomalia.


ISSN 2036-7821

dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte, nel pieno rispetto dei diritti dei lavoratori e della normativa a tutela dei molteplici interessi orizzontali che si intersecano con l'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

In questa prospettiva, ben si comprendono le ragioni per le quali si ammette che l'amministrazione possa reiterare le proprie richieste e invitare a produrre ulteriori precisazioni e nuova documentazione di supporto in relazione ai chiarimenti ricevuti[39], senza soggiacere a quelle limitazioni di tipo formalistico che caratterizzano le procedure di affidamento dei contratti pubblici e, più in generale, i procedimenti di valutazione comparativa concorrenziale[40].

Esaminate sinteticamente struttura e tempistiche del sub-procedimento si può passare all'analisi dei possibili contenuti del confronto tra stazione appaltante e impresa sottoposta a verifica.

Nell'art. 110, comma 3, d.lgs. n. 36/23 si trova un'elencazione della tipologia di giustificazioni che possono legittimamente essere fornite dal concorrente[41].

Il principio generale accolto dal nostro ordinamento – dopo alcune resistenze iniziali superate grazie all'intervento della Corte di Lussemburgo[42] – è che i concorrenti

[39] Nel senso che la verifica di anomalia si possa sempre svolgere in più riprese, Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, cit. Analogamente, cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 20 aprile 2023, n.632: «Deve reputarsi sempre consentito alla stazione appaltante, che non abbia maturato un completo e definitivo convincimento dalle prime giustificazioni fornite dal concorrente sottoposto a verifica di anomalia, richiedere ad esso ulteriori spiegazioni o chiarimenti. In altri termini, fino a quando la stazione appaltante non ritenga di poter esprimere un giudizio definitivo di anomalia dell'offerta, essa ha la piena facoltà di richiedere al concorrente ulteriori spiegazioni o chiarimenti. Il legittimo svolgimento del procedimento di verifica presuppone, così, l'effettività del contraddittorio con il concorrente soggetto a verifica, che ben può articolarsi in più fasi successive alla prima richiesta di chiarimenti».

[40] Per l'enucleazione di questa categoria giuridica e per la ricostruzione dei principi comuni ai vari modelli ivi inclusi, si rinvia alle riflessioni, sempre attuali, di S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: **la diversificazione delle regole e la tenuta dei principi***, Padova, 2002, spec. 145 ss.

[41] Nella disposizione citata vengono individuate le seguenti voci da cui è possibile enucleare ragioni di minor costo: 1) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione; 2) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori; 4) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

[42] Sempre C. Giust. CE, sez. VI, 27 novembre 2001, nn. C-285/99 e C-286/99, cit., ove fu stigmatizzato il sistema previsto dall'art. 21, co. 1°-*bis*, l. n. 109/1994 che in senso diametralmente opposto indicava un elenco tassativo delle giustificazioni ammissibili, escludendo la possibilità di avvalersi di giustificazioni diverse. Nella pronuncia si chiarisce che l'art. 30, n. 4, direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE «si oppone anche alla normativa ed alla prassi amministrativa di uno Stato membro che impongono all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solamente le giustificazioni fondate sull'economicità del procedimento di costruzione o delle soluzioni tecniche adottate o sulle condizioni particolarmente favorevoli di cui gode l'offerente, con esclusione di giustificazioni relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali». Dopo la pronuncia, il legislatore italiano intervenne a modificare la disposizione con la l. n. 166/2002 ed eliminò la preclusione relativa alla presentazione di giustificazioni relative a elementi con valori minimi predeterminati. Per una dettagliata ricostruzione di queste vicende, R. DE NICTOLIS, *Le offerte*


ISSN 2036-7821

possono addurre qualsiasi circostanza che permetta loro di ridurre i costi, senza soggiacere a limitazioni di sorta[43].

Le uniche deroghe a questo principio sono stabilite nel citato art. 110, comma 4, d.lgs. n. 36/2026 con riferimento ai trattamenti salariali minimi inderogabili (fissati dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge)[44] e in relazione ai costi di sicurezza di cui alla normativa vigente.

Al riguardo, la norma richiamata sancisce che al concorrente non è consentito invocare l'esistenza di specifiche ragioni che gli consentano di "abbattere" i costi relativi agli oneri per la sicurezza o quelli relativi ai trattamenti salariali inderogabili, con la doverosa precisazione, rispetto a questi ultimi, che ciò non impedisce di addurre l'esistenza di specifiche economie comunque afferenti al costo del lavoro, ma estranee ai trattamenti salariali minimi, come quelle relativi a oneri accessori (quali quelli assicurativi, sindacali o per assunzioni obbligatorie, ecc.) e in relazione alle quali i dati ufficiali di rilevamento indicano valori medi e non già minimi inderogabili[45]. Ciò con l'ulteriore conseguenza che eventuali scostamenti dai costi del lavoro – indicati periodicamente dalle apposite tabelle del Ministro del lavoro[46] o da quelle enucleate su base provinciale dalle associazioni di categoria – non potranno

---

*anomale*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. Garofoli e A.M. Sandulli, Milano, 2005, 782.

[43] Ribadisce che i concorrenti possono allegare la sussistenza di qualunque circostanza che permetta la riduzione dei costi, TAR Lombardia Brescia, sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1440, che nella specie ritiene ammissibili giustificazioni relative a benefici contributivi e fiscali di cui goda l'impresa. Analogamente, TAR Lazio Roma, sez. III, 14 febbraio 2008, n. 1370; TAR Puglia Bari, sez. I, 19 aprile 2006, n. 1365.

[44] Considerando quindi anche le indicazioni provenienti dalla contrattazione collettiva.

[45] Tra le tante Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908, in *Urbanistica e app.*, 2000, 1325; Cons. Stato, 11 ottobre 2002, n. 5497, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 2442; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 15 ottobre 2003, n. 8421; TAR Lombardia Milano, sez. III, 18 gennaio 2006, n. 105, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 2006, 482. In dottrina, cfr. R. De Nictolis, *Le offerte anomale*, in *Il nuovo diritto*, cit., 803.

[46] Delle quali, ai sensi dell'art. 110, co. 5, d.lgs. n. 36/2023, le stazioni appaltanti devono tener conto sia in sede di valutazione di anomalia dell'offerta, sia (e ancor prima) nella predisposizione della gara (ex art. 41, co.13, d.lgs. n. 36/2023). Tali tabelle devono tener conto dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, considerando i diversi settori merceologici e le diverse aree territoriali. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata il costo della manodopera indicato dagli operatori economici può discostarsi dai valori indicati nelle tabelle ministeriali, a condizione che il concorrente dimostri, in sede di giustificazione, in modo dettagliato e rigoroso le ragioni che legittimano lo scostamento. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2540. In argomento cfr. di recente TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 13 gennaio 2025, n. 39, ove si segnala come trattamento salariale minimo inderogabile, oneri della sicurezza, costo medio orario indicato nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13 e costo della manodopera siano concetti diversi nella sistematica del codice degli appalti, che non devono tra loro essere confusi. Nella sentenza si ricorda come la retribuzione minima sia soltanto uno dei fattori che concorre a determinare il costo complessivo della manodopera. Quest'ultimo, invece, è il riflesso anche di scelte aziendali (quanti lavoratori e con quale inquadramento destinare a determinate mansioni, per quanto tempo e con quale organizzazione; eventuale accesso ad agevolazioni pubbliche; ecc.), che eccedono la questione del rispetto del minimo salariale. Si precisa infine: "Un conto poi è il minimo salariale inderogabile stabilito dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge, altro è il costo medio orario individuato nelle apposite tabelle ministeriali (non espressamente qualificato come inderogabile dal legislatore)".


ISSN 2036-7821

portare a ritenere di per sé inammissibile la giustificazione enucleata, occorrendo una verifica specifica volta a verificare se le stessa si riferisca a valori medi oppure a trattamenti salariali inderogabili.
Sempre al fine di evitare che le imprese riducano le risorse destinate alla sicurezza (già garantita mediante l'indicazione nel bando di oneri non soggetti a ribasso d'asta) o comprimano eccessivamente i costi del lavoro è stabilito, ex art. 108, co. 9, d.lgs. n. 36/23, l'obbligo, a pena di esclusione, per i concorrenti di indicare specificatamente nell'offerta i costi afferenti a tali voci, che dovranno formare oggetto di specifica valutazione da parte dalla stazione appaltante al fine di controllarne la congruità rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture (obbligo non applicabile solo per le forniture senza posa in opera e per i servizi di natura intellettuale).
A ben vedere, si tratta delle uniche forme di "giustificazioni preventive", a pena di esclusione, ancora ammesse dall'ordinamento domestico, rispetto alle quali, tuttavia, non si ripropone il dilemma delle conseguenze derivanti dall'eventuale omissione in seno all'offerta delle predette informazioni, attesa l'espressa previsione normativa che ha sancito la necessità di estromissione del concorrente che non abbia separatamente indicato in offerta i costi della manodopera e/o gli onoeri per la sicurezza, senza possibilità di disporre forme di sanatoria o di soccorso istruttorio (espressamente escluso dall'art. 101 d.lgs. n. 36/2023 per integrare carenze dell'offerta economica).

### *4. Le implicazioni sul piano teleologico del nuovo quadro normativo: dal controllo di serietà alla verifica di realizzabilità.*

Secondo un indirizzo tralatizio il giudizio di anomalia è globale e sintetico e mira a un'analisi complessiva dell'offerta[47]. Sul piano metodologico, si sottolinea da tempo come il giudizio non possa sfociare in forme di valutazioni comparative con altre offerte, sul presupposto che lo stesso debba essere incentrato sugli elementi costitutivi dell'offerta scrutinata e sulla capacità dell'impresa – tenuto conto della specifica organizzazione aziendale – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo

[47] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 4 luglio 2015, n. 5822; nonché Cons. Stato, sez. III, 22 novembre 2024, n. 9419: «Nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta». Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2019, n. 7506; Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2019, n. 690; Id., 23 gennaio 2018, n. 430; Id., V, 20 dicembre 2018, n. 7178; Id. 30 ottobre 2017, n. 4978.


ISSN 2036-7821

proposto[48].

Ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 36/23, la stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE;

b) non rispetta gli obblighi in materia di subappalto;

c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche delle prestazioni;

d) il costo del personale non rispetta i minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle del Ministero del lavoro e delle politiche sociali;

e) l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato non compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art. 107 del TFUE.

Queste prime coordinate non sono però sufficienti a ordinare la materia, che resta caratterizzata da una casistica giurisprudenziale molto ricca, ma da indirizzi non sempre coerenti.

Alcune delle questioni interpretative più controverse si concentrano attorno alla definizione dell'ampiezza dei margini di manovra di cui dispone il concorrente per dimostrare l'affidabilità complessiva della propria proposta, allorché la stazione appaltante abbia individuato e segnalato nel corso del contraddittorio la presenza di voci di costo sottostimate.

L'unico nodo che sembrava destinato a sciogliersi grazie all'evoluzione normativa era quello relativo alla discussa necessità che le giustificazioni rese dal concorrente nel corso del contraddittorio instaurato a seguito dell'attivazione del sub-procedimento di verifica di anomalia fossero coerenti con quanto allegato dallo stesso nelle giustificazioni preventive[49], atteso che l'eliminazione delle seconde avrebbe risolto *ab ovo* ogni potenziale conflitto.

L'onere di indicare in offerta i costi della manodopera e gli oneri per la sicurezza già in offerta, ha però, determinato una reviviscenza del problema quantomeno con riferimento alle predette voci di costo[50].

---

[48] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2023, n. 1589; Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2018, n. 604.

[49] Per un'analisi delle principali posizioni giurisprudenziali affermatesi sulla questione si rinvia a A. MEZZOTERO, *Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, I, Roma, 2009, 788.

[50] Sull'argomento cfr. TAR Puglia, Bari, sez. II, 18 settembre 2024, n. 986, ove si legge: «invero, l'art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016 [ora art. 108, co. 9 d.lgs. n. 36/2023], pone a carico di ogni operatore economico l'onere di indicare espressamente nell'offerta economica "i propri costi della manodopera", anche al fine di consentire lo svolgimento del successivo subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta previsto dall'art. 97 [ora art. 110 d.lgs. n. 36/2023]. La norma prevede, infatti, che la stazione appaltante, "relativamente ai costi della manodopera", proceda, prima dell'aggiudicazione, a "verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97,


ISSN 2036-7821

Rimangono infatti nell'arena, apparentemente inalterate, le problematiche relative alla possibilità per il concorrente di correggere nel corso del contraddittorio le componenti in cui si articola il prezzo complessivo offerto: *in primis* costo della manodopera e oneri per la sicurezza[51].

---

comma 5, lettera d)" [ora articolo 110, co. 5, lett. d)], ossia che il costo del personale non sia inferiore, salvo idonee spiegazioni, ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriale, ai sensi dell'art. 23, comma 16 [ora art. 41, co. 13]. La norma non preclude che i costi della manodopera possano essere diversamente stimati, nel corso nella verifica dell'anomalia dell'offerta: ciò proprio alla luce della lettera e della ratio del subprocedimento di verifica dell'anomalia, preordinato a legittimare giustificazioni "sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte". Tali giustificazioni possono risolversi anche nell'indicazione di una diversa stima di un costo già indicato in precedenza, sempre che la modifica o lo diversa stima del costo non si risolvano in un espediente elusivo delle regole di gare poste a pena di esclusione (…), oppure nella violazione della par condicio e sempre che si giunga a un giudizio di attendibilità della dichiarazione resa e di congruità dell'offerta». In senso analogo, ma con alcune precisazioni, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2021, n. 487, ove si legge che "la riallocazione delle voci di costo in fase di giustificazioni deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori dell'offerta, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ma snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta. Orbene, in coerenza con tali indicazioni di principio, nel caso di specie il concorrente ha indicato nell'offerta economica costi della manodopera per euro 350.000 che, nella successiva fase delle giustificazioni, sono stati analiticamente quantificati e giustificati in euro 344.753,01. Tale ultimo importo, oltretutto in riduzione, è stato reputato dalla stazione appaltante congruo e coerente con i minimi salariali inderogabili». Sempre nella sentenza citata si assume che "La lieve modifica in diminuzione del costo non assume il rilievo di illegittimità, posto a fondamento della sentenza impugnata, in quanto entrambi gli importi (quello originario e quello variato) risultano coerenti con i "minimi salariali retributivi" indicati nelle apposite tabelle ministeriali di cui alle norme invocate. 2.1 In linea generale, va infatti ribadita l'ammissibilità della modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873 e 11 dicembre 2020, n.7943). 2.2 Al riguardo, tale ammissibilità incontra un duplice limite: il divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni; il limite della revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (in termini Consiglio di Stato, sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896) Inoltre, la riallocazione delle voci di costo in fase di giustificazioni deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori dell'offerta, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ma snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta. 2.3 In definitiva, relativamente alla fase di verifica dell'anomalia, va ribadito che sono modificabili le giustificazioni dei contenuti dell'offerta, essendo consentite in particolare anche compensazioni tra voci di costo sottostimate e sovrastimate, purché tuttavia l'offerta non sia sostanzialmente modificata o stravolta nei suoi elementi essenziali, fra i quali rientra anche la voce relativa al costo del lavoro per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto (cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2020, n. 4140)".

[51] Sempre sul tema della eventuale modificabilità del costo del lavoro indicato in offerta in sede di verifica di anomalia cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2025, n. 488, ove si assume una posizione più rigida rispetto agli orientamenti segnalati nella nota precedente. Nella citata sentenza si affrontano le censure con cui l'appellante ha contestato l'assunto, abbracciato dai giudici di prime cure, della assoluta e radicale immodificabilità, in sede di giustificativi, dei costi complessivi della manodopera indicati nell'offerta economica. La pronuncia si sofferma


ISSN 2036-7821

Gli *escamotage* con cui i concorrenti tentano di compensare le sottostime individuate dalla stazione appaltante sono, in effetti, molteplici.
Il "recupero" di risorse da destinare alla copertura dei costi sottostimati può avvenire attraverso la riduzione della quota di utile o quella di spese generali, mediante la segnalazione di errori "in eccesso" nella stima di altre voci di costo (che danno luogo a risparmi imprevisti), o, ancora, per mezzo dell'individuazione di sopravvenienze attive emerse dopo la data di presentazione dell'offerta (e quindi non note al momento dell'elaborazione della proposta negoziale), legate, ad esempio, alle oscillazioni nel tempo dei prezzi dei materiali e delle forniture.
D'altronde, che dal fattore tempo possano scaturire alterazioni nelle condizioni in cui opera l'impresa, incidendo in vario modo sull'andamento del mercato ne aveva piena contezza anche il legislatore della l. n. 415/1998, quando prescriveva all'uopo che le stazioni appaltanti dovessero prendere in considerazione le giustificazioni (preventive) sull'anomalia entro sessanta giorni dalla presentazione delle offerte, ponendo, però, dubbi amletici in merito alle conseguenze del mancato rispetto del termine[52].
L'individuazione della soluzione al problema dell'ammissibilità dei diversi strumenti impiegati per porre rimedio alle incongruenze dell'offerta può essere agevolata prospettando un ulteriore quesito, per certi versi estremo, che aiuta a cogliere il nucleo della *vexata quaestio* e che può esporsi in questi termini: il concorrente può avvantaggiarsi del caso fortuito beneficiando di eventi non previsti e magari imprevedibili, che hanno fatto sì che il prezzo proposto, originariamente anomalo (alla luce delle condizioni di mercato presenti al momento della formulazione dell'offerta) sia risultato *ex post* complessivamente congruo rispetto alle prestazioni da eseguire? In altri termini, il concorrente "temerario" che per un mero accidente si sia trovato ad aver proposto un prezzo, tutto considerato, capiente ha, o meno, diritto ad aggiudicarsi la commessa?

---

sulla circostanza che la riduzione dei costi del personale, pur mantenendo immutato il costo complessivo dell'offerta, avrebbe inciso sulla stessa in modo significativo. La motivazione della pronuncia prosegue in questi termini: "Correlativamente, la modifica del costo del lavoro operata [dall'appellante], quale elemento essenziale dell'offerta, non può considerarsi ammissibile né sul piano economico rispetto all'offerta complessivamente considerata, né sul piano strutturale dei costi della manodopera a causa di uno scostamento dai valori tabellari non adeguatamente giustificato, come emerso dalla riparametrazione dei predetti costi operati dal verificatore medesimo (e della quale viene dato motivatamente atto nella relativa relazione finale). In ragione di quanto precede, ancorché in presenza di un (ulteriormente ridotto) utile residuo, il Collegio condivide le conclusioni del verificatore nel ritenere complessivamente non congrua l'offerta dell'appellante, in quanto modificata in modo sostanziale in ragione degli scostamenti significativi ed ingiustificati rispetto al costo della manodopera".

[52] Secondo M. ZOPPOLATO, *I criteri di aggiudicazione*, in D. TASSAN MAZZOCCO, C. ANGELETTI, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni* ter*): commento alla legge 18 novembre 1998, n. 415*, Milano, 1999, 336, il mancato rispetto di quel termine determinava la necessità di ripetere la gara. *Contra* R. DE NICTOLIS, *Art. 21 – (Criteri di aggiudicazione – Commissioni giudicatrici)*, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di Caringella, 1999, 664, che qualificava quel termine come ordinatorio, ritenendo però che il responsabile del procedimento fosse passibile di sanzioni ove fosse emersa l'illegittimità del ritardo.


ISSN 2036-7821

E viceversa il concorrente diligente che abbia attentamente dimensionato un'offerta congrua merita di essere escluso qualora ci siano sopravvenienze che determinino un incremento dei costi imprevisto e imprevedibile che porta l'offerta in perdita?
In altri termini: l'offerta seria che sia divenuta incolpevolmente incapiente in ragione di sopravvenienze imprevedibili deve essere esclusa per anomalia?
La risposta a questi interrogativi è strettamente legata al modo in cui si ricostruisce l'istituto della verifica di anomalia sotto il profilo teleologico.
In questa prospettiva, sono due i concetti – frequentemente proposti, impropriamente, come elementi di un'endiadi – che si contendono il campo: quello di realizzabilità e quello di serietà.
Mentre il primo (realizzabilità) presuppone una disamina del rapporto tra le prestazioni oggetto della commessa e l'offerta nella loro dimensione "oggettiva", il secondo (serietà) sembra prendere più propriamente in considerazione il momento – per così dire – "soggettivo" della scelta imprenditoriale, spostando il fulcro dell'indagine sullo scrupolo con cui l'offerente ha meditato e costruito la propria proposta negoziale[53].
Il concetto di serietà è stato enucleato in via pretoria e di esso non v'è traccia nelle direttive europee, ma è stato espressamente recepito nell'art. 110, comma 1, del d.lgs. n. 36/2023, laddove si precisa che le stazioni appaltanti valutano la "congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta".
La scelta del legislatore di richiedere che l'affidabilità venga accertata non già con riferimento alle tante voci in cui si articola la proposta *singulatim*, bensì con riguardo all'offerta nella sua globalità ha consentito di "cristallizzare" in sede normativa gli approdi dell'orientamento interpretativo che ben prima dell'entrata in vigore del primo codice dei contratti già sottolineava come la valutazione dei singoli prezzi non potesse prescindere dall'analisi della loro incidenza sull'offerta complessiva[54]. La

[53] La giurisprudenza amministrativa, invero, attribuisce al concetto di serietà dell'offerta accezioni diverse. Talvolta si utilizza una nozione coincidente con quella appena esposta: in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451, ove si afferma che «nel giudizio di congruità, infatti, non si fa questione soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà e tale non può essere considerata quell'offerta con riferimento alla quale, in sede di giustificazioni, i registri una postuma trasmigrazione dei costi da una voce all'altra». In altre pronunce, invece, s'intende per seria «l'offerta non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali»: cfr., Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1018, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit.

[54] Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2000, n. 707, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2000, 493; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 432; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2002, 157, *Foro it.*, 2003, III, 507; Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2002, n. 702, *Appalti urbanistica edilizia*, 2003, 591; Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 990, *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 1279; Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2003, n. 4323, *Giust. amm.*, 2003, 950; Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3657, *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, 327; Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2006, n. 4969, *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 2209; TAR Lazio, sez. II, 16 maggio 2001, n. 4187; TAR Calabria Reggio Calabria, sez. I, 9 febbraio 2005, n. 89, *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 524; TAR Lazio Roma, sez. III, 20 febbraio 2003, n. 1357, *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 1011. Dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti, il medesimo principio è stato ribadito, *ex plurimis*, da Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348, *Arch. giur. opere*


ISSN 2036-7821

codificazione di quel metodo di valutazione "globale" porterebbe a ritenere avallati anche i corollari desunti in via interpretativa e, in primo luogo, quello della sussistenza della facoltà del concorrente di modificare nel corso del sub-procedimento di verifica di anomalia la rappresentazione dei costi rispetto a quanto prospettato nell'offerta[55], ferma, soltanto, l'ovvia immutabilità del prezzo complessivo offerto o dei singoli prezzi unitari[56], atteso che il compenso dell'aggiudicatario non può formare oggetto di rinegoziazione[57].

Tuttavia, anche nella giurisprudenza si registrano posizioni decisamente più rigide che non ammettono aggiustamenti "*in itinere*", ritenendo preclusa al concorrente, ad esempio, la possibilità di trasmigrare costi da una voce all'altra nel corso del contraddittorio con la stazione appaltante. A sostegno di queste tesi si richiama il principio secondo cui nel giudizio di anomalia si farebbe questione non soltanto della generica capienza dell'offerta, ma anche della sua serietà, con la conseguenza che andrebbero escluse le offerte non adeguatamente meditate[58], quand'anche sostanzialmente "capienti".

Non sono mancate opzioni esegetiche più estreme (e discusse) che reputavano ammissibile che le stazioni appaltanti si avvalessero dei propri poteri istruttori per accertare "d'ufficio" l'esistenza di sopravvenienze attive, non segnalate dall'impresa e utili per far fronte ad altre sottostime, appurando, in questo modo, l'affidabilità complessiva dell'offerta[59].

Da questa ricostruzione si evince chiaramente come i due concetti di "realizzabilità" e di "serietà", per come definiti nel diritto vivente, possano dar luogo a soluzioni

---

*pubbl.*, 2008, 405; Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4847; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1417, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4934; TAR Lazio Roma, sez. I *ter*, 4 novembre 2009, n. 10828.

[55] Tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1889, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 3041. Più di recente cfr. Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2022, n. 4406, ove si assume che in sede di contraddittorio il concorrente potrebbe apportare modifiche alle giustificazioni dell'offerta economica, compresi aggiustamenti e compensazioni tra voci di costo, purché l'offerta rimanga affidabile per l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto. In senso analogo, Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2021, n. 6957. Ritengono ammissibili giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, a condizione che l'offerta risulti complessivamente affidabile al momento dell'aggiudicazione e garantisca una seria esecuzione del contratto in quel momento: Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2021, n. 7596; Cons. Stato, sez. V, 8 giugno 2018, n. 3480; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633.

[56] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° febbraio 2022, n. 706 ove si nota come queste modifiche non devono però trasformare l'offerta iniziale in modo sostanziale. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146.

[57] Per un'approfondita disamina delle implicazioni scaturenti dal divieto di rinegoziazione nell'ambito della contrattualistica pubblica e delle relative eccezioni S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, spec. 501 ss.

[58] Cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2009, n. 1452, ove si esclude che il concorrente possa trasmigrare in via "postuma" una quota di costi originariamente allocati tra le spese generali per coprire i costi della sicurezza, dell'Irap e dell'Ires, nonché il costo per la sostituzione di personale per infortunio, malattia o maternità.

[59] Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2006, n. 4261, *Urbanistica e app.*, 2006, 1443.


ISSN 2036-7821

applicative divergenti.
Attribuendo prevalenza alla realizzabilità dovrebbero escludersi le offerte, originariamente serie divenute insostenibili per fatti sopravvenuti e, di converso, andrebbero ammesse le offerte temerarie divenute capienti grazie a eventi imprevisti[60].
Riconoscendo prevalenza alla serietà gli esiti, viceversa, si ribaltano.
Come bilanciare dunque questi parametri non convergenti?
È sicuramente doveroso aprire l'armamentario predisposto dal Codice dei contratti pubblici per risolvere i dubbi interpretativi prospettati, partendo dalle previsioni contenute nell'art. 4 del d.lgs. n. 36/2023, ove si stabilisce che le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1 (Principio del risultato), 2 (Principio della fiducia) e 3 (Principio dell'accesso al mercato).
Tra i diversi principi sembra utile allo scopo il principio del risultato, sia per la collocazione apicale nella gerarchia disegnata dalla sistematica del nuovo Codice dei contratti pubblici, sia per la capacità di orientare l'esercizio del potere discrezionale[61]

[60] Assumono che le singole voci di costo riportate nell'offerta possano essere modificate in presenza di sopravvenienze di fatto o normative che comportino una riduzione dei costi o in caso di errori di calcolo comprovati Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1874; Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2023, n. 6254. In quest'ottica si inseriscono anche le pronunce più risalenti del Consiglio di Stato in cui si è ribadito che «deve ritenersi ammissibile che a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che per converso altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate, e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci. Risulta soddisfatto l'obiettivo dell'amministrazione, di aggiudicare l'appalto ad una offerta affidabile nel suo complesso, e non vi è violazione della *par condicio* perché l'offerta iniziale resta immutata, e ciò che cambia è il costo di singole voci»: Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit., ove si è ritenuta legittima la condotta della stazione appaltante che ha consentito a un concorrente di giustificare la congruità della propria offerta adducendo, come elemento sopravvenuto, la possibilità di fruire di sgravi inerenti il costo del personale. In una prospettiva simile si muoveva già in precedenza Cons. Stato, sez. VI, 19 maggio 2000, n. 2908, cit., e Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4773, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 1297, ove si precisava in termini più generali che «il sub-procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta non è vincolato a formalità particolarmente stringenti, prevalendo l'accertamento della reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte». In merito al fattore tempo, Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3657, cit., afferma che «il giudizio di anomalia non può non tener conto anche di quegli elementi scaturenti da più ponderate analisi dell'offerente, imposte dal lasso temporale intercorso tra la primitiva offerta e le richieste di chiarimenti formulate dalla p.a.».

[61] La letteratura sul principio del risultato è sconfinata. Per una rassegna dei principali contributi e per i profili problematici posti dalla codificazione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 36/2023 sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 14, 47. Tra i contributi più recenti sul tema si segnalano M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *Federalismi.it*, 9, 2024; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazione*, in *Dir. Amm.*, 2023, 829; D. IARIA, *Il risultato o la fiducia: principi generali o slogan?* in *Riv. trim. app.*, 2024, 293; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustizia-amministrativa.it*; H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa, www.judicium.it*, settembre 2023.


ISSN 2036-7821

quale criterio prioritario per l'individuazione della regola del caso concreto (cfr. art. 1, comma 4, d.lgs. n. 36/2023).

Ebbene, se è corretto individuare il nucleo del principio del risultato nell'esigenza della stazione appaltante di affidare ed eseguire il contratto alle migliori condizioni di mercato sembra difficile poter ipotizzare che il concorrente abbia diritto all'aggiudicazione anche quando l'offerta sia divenuta insostenibile per fatti sopravvenuti imprevisti e imprevedibili, fatta salva la possibilità di procedere a una revisione del corrispettivo indicato in offerta già prima della stipula del contratto; tema su cui permangono forti incertezze interpretative[62] (e fatta salva la verifica dell'incidenza che possono avere i meccanismi revisionali per l'adeguamento del corrispettivo contrattuale in fase di esecuzione).

In assenza di una revisione del corrispettivo, la salvaguardia della serietà a discapito della realizzabilità valorizzerebbe l'affidamento incolpevole dell'operatore economico, ma consegnerebbe alla stazione appaltante un'offerta incapace di garantire la copertura dei costi sopravvenuti, con rischi di insolvenza e conseguente allontanamento dell'esigenza primaria posta dal principio di risultato.

In quest'ottica paiono allora condivisibili le conclusioni cui è giunta una parte della giurisprudenza che ha ritenuto come la verifica di anomalia non possa prescindere dall'esame delle variazioni retributive ascrivibili all'adozione di un nuovo CCNL, ancorché sopraggiunto alle offerte e diverso da quello tenuto in considerazione dalla stessa amministrazione ai fini del calcolo del costo della manodopera a base d'asta[63].

---

[62] La giurisprudenza prevalente si è espressa nel senso dell'impossibilità di accordare revisioni del corrispettivo per sopravvenienze anteriori alla stipula del contratto. Secondo un primo e più tradizionale orientamento, infatti, non può trovare accoglimento la domanda di modifica delle pattuizioni prima di procedere alla stipulazione del contratto. Secondo tale indirizzo il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni dell'appalto modifiche che lo rendano sostanzialmente diverso rispetto alla sua configurazione iniziale cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2022, n 9426. Analogamente cfr. TAR Lombardia, 10 giugno 2022, n. 1343 e ANAC, parere n. 1/2024. In senso opposto cfr. TAR Piemonte, 20 febbraio 2023, n. 180 ove si assume che costituisca onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale (analogamente cfr. TAR Piemonte, 28 giugno 2023, n. 667; TAR Sardegna, 16.11.2022, sent. n. 770; TAR Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, n. 228). Una posizione mediana sembra invece assunta da ANAC nella delibera 2 aprile 2025, n. 129, ove si ribadisce il principio per cui la stazione appaltante è tenuta a fare puntuale applicazione dei prezzi correnti alla data di approvazione del progetto, ma si chiarisce che ai fini di una rinegoziazione prima della stipula occorrerebbe riscontrate circostanze straordinarie ed imprevedibili sopravvenute all'aggiudicazione ed estranee al normale ciclo economico.

[63] Cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2024, n. 453. In termini analoghi cfr. TAR Lombardia, n. 2780 del 2024 (resa sotto l'egida del vecchio codice) ha ritenuto che "la stipula del nuovo CCNL di settore, sopravvenuta nel corso della procedura di verifica della congruità dell'offerta, per un verso comporta la sua applicazione al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto e, per altro verso, impone alla stazione appaltante di tenere conto dei nuovi livelli retributivi previsti, in quanto sicuramente applicabili alla futura


ISSN 2036-7821

In termini simmetrici, anche l'offerta originariamente sottostimata, ma divenuta capiente per una sopravvenienza imprevista, sembrerebbe poter beneficiare dello stesso tipo di bilanciamento; ciò per evitare che l'aggiudicazione venga disposta verso soluzioni che non garantiscono il miglior rapporto qualità prezzo alla luce della situazione di mercato delineatasi nel corso dell'espletamento della procedura di gara.
Si tratta di soluzioni che sull'altare della realizzabilità sacrificano offerte serie e valorizzano offerte incaute, ma probabilmente questo tipo di approccio è coerente con il ridimensionamento del valore della concorrenza e la sua funzionalizzazione agli scopi primari perseguiti dal committente sancita dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

### *4.1. Il limite di comprimibilità degli utili di impresa.*

Un tema connesso a quello appena trattato è l'individuazione del limite estremo sino al quale è possibile per il concorrente ridurre la percentuale di utile, anche per far fronte alle sottostime evidenziate nel corso della verifica di anomalia[64].
La giurisprudenza non ha mai fornito parametri certi ritenendo impossibile fissare, in astratto, una rigida percentuale al di sotto della quale l'offerta vada considerata incongrua perché scarsamente remunerativa[65]. Tuttavia, vi è generale convergenza sull'idea per cui non possano giammai ammettersi abbattimenti della percentuale di utile che ne determinino un totale azzeramento[66], mentre le maggiori incertezze si hanno nella definizione dei casi in cui i margini di profitto residui siano

esecuzione del contratto da affidare, e conseguentemente di verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi".

[64] Nel senso che non possa escludersi l'impresa per anomalia a causa di singole sottostime nelle voci di costo laddove le stesse possono essere agevolmente assorbite mediante una corrispondente riduzione degli utili previsti in offerta (sempreché questi siano indicati in misura cospicua), cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1417, cit., ove si osserva che «in presenza di un utile assolutamente cospicuo e di per sé idoneo ad assorbire i profili di inattendibilità relativi ad aspetti comunque non preponderanti dell'offerta (come nel caso di specie), il giudizio di inattendibilità non potrà correttamente essere fondato sul solo dato – per così dire – 'monadologico' riferito alla rilevata incongruità di un unico aspetto dell'offerta». Sul tema, GAVIANO, *«Cactus, tamen voluit»: sulla rinunziabilità o meno all'utile di impresa alla luce della disciplina vigente per le offerte anomale*, *Urbanistica e app.*, 1998, 878.

[65] In questo senso C.G.A.R.S., sezione giurisdizionale, 16 gennaio 2024, n. 5: «Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il curriculum derivante per l'impresa dall'essere aggiudicataria di un appalto pubblico e di averlo portato a termine. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2017, n. 4527; Id., 29 maggio 2017, n. 2556; Id., 13 febbraio 2017, n. 607; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384, cit. Ancora nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5315, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2005, 1068; Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072, cit., e *Arch. giur. opere pubbl.*, 2004, 332; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 882, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2002, 378.

[66] TAR Lazio Roma, sez. III *ter*, 21 febbraio 2007, n. 1527, *Urbanistica e app.*, 2007, 1035; Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1417, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146, cit.


ISSN 2036-7821

estremamente esigui[67].

Ad ogni modo, prescindendo dalle ondivaghe indicazioni dei giudici amministrativi, un aspetto del quale occorre in ogni caso tener conto è che i benefici legati all'aggiudicazione di una commessa pubblica vanno ben al di là del conseguimento degli utili d'impresa e ricomprendono ulteriori interessi, in alcuni casi preponderanti (e sempre meritevoli di tutela), come quello di maturare requisiti per la partecipazione ad altre gare pubbliche o di accrescere il patrimonio "contrattuale" dell'impresa (da cui deriva, come noto, un immediato aumento di valore del plesso aziendale stesso). Ciò con l'inevitabile conseguenza che la presunzione secondo cui il concorrente che indichi un margine di utile pari a zero confidi nella possibilità di trarre profitto dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali può rivelarsi fuorviante, soprattutto ove l'offerta provenga da enti del terzo settore[68].

### *5. La motivazione del provvedimento conclusivo del sub-procedimento.*

In linea di prima approssimazione, il provvedimento conclusivo del sub-procedimento di verifica di anomalia dovrebbe dar conto delle modalità di espletamento del contraddittorio, delle risultanze ivi emerse e delle ragioni che hanno indotto la stazione appaltante ad assumere la determinazione finale, così da

[67] Assume che l'utile di impresa, pur se contenuto, non possa essere simbolico o puramente teorico Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2022, n. 8330. Analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2018, n. 6295. Afferma che un utile poco al di sotto del 2 % per quanto esiguo non infici l'affidabilità dell'offerta, Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146. Analogamente, sottolinea come un utile apparentemente modesto possa comportare «un guadagno importante» quando il contratto abbia un importo elevato Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215. In una prospettiva simile pare anche muoversi Cons. Giust. Amm. Sic., 15 aprile 2009, n. 241, ove si osserva che, sebbene non siano ammesse offerte «in perdita», la previsione di un utile, seppure contenuto in una percentuale bassissima, può risultare comunque sufficiente a dimostrare l'esistenza di un adeguato equilibrio economico fra costi e ricavi, in particolare laddove dall'acquisizione della commessa possano discendere significative prospettive di espansione dell'azienda nel settore. Sempre sul tema, *ex plurimis*, Cons. Giust. Amm. Sic., 4 ottobre 2001, n. 520, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 1342; nonché Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 882, cit., e *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 374, ove si ricorda che «può prescindersi dalla tenuità dell'utile che l'impresa si prefigge di conseguire, in quanto ciò che rileva è la certezza che il concorrente non abbia intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento […] delle obbligazioni contrattuali (tenendo presente che su tale certezza, purché si sia verificato un margine di utile, possono influire varie considerazioni relative all'impegno che l'esecuzione dell'appalto richiede, alla sua entità, alla natura individuale o societaria o cooperativa dell'impresa, ed ai vantaggi indiretti che l'appalto può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di prequalificazione per successivi appalti)».

[68] Ritiene che l'obbligo di garantire un utile non sia estensibile a soggetti che operano per scopi non economici, bensì sociali o mutualistici, Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3805; nonché TAR Lazio, Roma, sez. I, 6 dicembre 2019, n.14029, ove si assume che per questi soggetti l'obbligatoria indicazione di un utile d'impresa si tradurrebbe in una prescrizione incoerente con la relativa vocazione non lucrativa, con l'imposizione di un'artificiosa componente di onerosità della proposta. Se ne ricava quindi che, diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, "l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile, in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio *stricto sensu* economico". Più di recente, sempre nello stesso senso, cfr. TAR Veneto, sez. I, 7 dicembre 2020, n. 1183; TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 1° aprile 2025, n. 134.


ISSN 2036-7821

garantire un più efficace controllo sull'esercizio della funzione, destinata, per definizione, a ledere le aspettative del concorrente, o dei diversi concorrenti[69], rimasti insoddisfatti.

Quale che sia il contenuto del provvedimento conclusivo vi sarà necessariamente almeno un operatore economico che vedrà sacrificate le proprie aspirazioni di aggiudicarsi la commessa, con l'insorgenza di situazioni di conflitto che di sovente sfociano in contenziosi[70].

Dunque, le esigenze di controllo appaiono le medesime sia se la stazione appaltante reputi l'offerta anomala, sia se la ritenga congrua; ciò che varia è solo il soggetto che avrà interesse a dolersi delle relative determinazioni.

Nonostante l'evidenziata identità di esigenze, la giurisprudenza amministrativa si è prevalentemente orientata nel senso di differenziare gli obblighi motivazionali a seconda degli esiti della verifica di anomalia, ammettendo un sostanziale azzeramento degli stessi, laddove l'offerta sottoposta a verifica sia stata ritenuta congrua[71]. Si ritiene che in queste ipotesi la stazione appaltante non sia tenuta, anche

[69] L'uso del plurale è d'obbligo in ragione dell'ampio novero di soggetti legittimati a contestare il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha reputato congrua l'offerta sottoposta a verifica, che può essere impugnato non solo dal concorrente che segue in graduatoria, ma anche da ulteriori *competitores*. Per un caso in cui è stato ritenuto ammissibile il ricorso proposto dal terzo graduato, di recente, TAR Piemonte Torino, sez. I, 16 novembre 2009, n. 2553, *www.giustamm.it*, che ha sottolineato come l'eventuale annullamento del provvedimento impugnato non avrebbe determinato l'automatica aggiudicazione in favore dell'impresa seconda graduata giacché anche l'offerta di quest'ultima doveva essere sottoposta a verifica di anomalia. Sempre nella pronuncia, si è affermato in termini ancor più generali che in tutte le ipotesi in cui tra l'annullamento dell'aggiudicazione all'impresa collocatasi prima e l'aggiudicazione alla seconda classificata s'inserisce un elemento di alea, l'impresa terza classificata può agire in sede giurisdizionale a tutela del proprio interesse strumentale, «riguardato nell'ottica di una qualificata *chance* di conseguire l'aggiudicazione».

[70] Sul punto S. VINTI, *Valutazioni comparative e sindacato giurisdizionale*, *Dir. proc. amm.*, 2002, 521 nota come i procedimenti di valutazione comparativa concorrenziali, per la loro naturale attitudine a distribuire utilità e per la loro ineludibile componente competitiva, rappresentino una della categorie a più alto tasso di «litigiosità».

[71] In questo senso, cfr. TAR. Campania, Napoli, sez. IV, 3 giugno 2024, n. 3521: «È necessario un giudizio particolarmente motivato solo nell'ipotesi in cui la valutazione di anomalia o meno di un'offerta risulti di segno negativo, ossia esiti, a seguito dell'esame delle giustificazioni prodotte dall'impresa aggiudicataria in sede procedimentale ovvero acquisite in seno al subprocedimento delineato dall'art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 [n.d.r. ora art. 110 del d.lgs. n. 36/2023], in un giudizio finale di non congruità; qualora il giudizio risulti di segno positivo, dichiarando la congruità e bontà dell'offerta e la conseguente aggiudicazione, non si richiede l'assolvimento di un onere di rigorosa motivazione, potendo la positiva valutazione dell'amministrazione (ovvero della commissione appositamente nominata) essere operata anche *per relationem* alle giustificazioni prodotte». Cfr., nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384; TAR Trentino Alto Adige Bolzano, 26 giugno 2009, n. 230; Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481; Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658, in *Arch. giur. opere pubbl.*, 2007, 441; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949; Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5314, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 2939; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1853, *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 952; TAR Lazio Roma, sez. I *ter*, 4 novembre 2009, n. 10828, cit.; TAR Piemonte Torino, sez. I, 10 novembre 2008, n. 2858; TAR Lazio Roma, sez. III *quater*, 7 aprile 2008, n. 2919; TAR Lazio Roma, sez. III, 19 febbraio 2008, n. 1462; TAR Lazio Roma, sez. III, 6 febbraio 2008, n. 1026. In senso contrario, Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217, cit., e *Cons. Stato*, 2001, I, 2658, ove si assume che «l'obbligo di motivazione del giudizio sulle offerte anomale si impone non solo nel caso di giudizio finale negativo (l'offerta è ritenuta anomala) ma anche nel caso di giudizio finale positivo (l'offerta è


ISSN 2036-7821

per ragioni di economicità e tempestività dell'azione amministrativa[72], a rendere un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili (o espressiva di ulteriori apprezzamenti), con la conseguenza che sarebbe sufficiente anche una motivazione *per relationem* alle stesse giustificazioni presentate dal concorrente. In tal caso, spetterà a chi ricorre contro l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui possa evincersi che la valutazione dell'amministrazione sia manifestamente irragionevole[73].

Questa significativa attenuazione degli oneri gravanti sulla stazione appaltante poggia sul presupposto secondo cui le giustificazioni scritte dei concorrenti possono considerarsi acquisite al procedimento, rendendo possibile la *relatio*[74]. Ovviamente, se i chiarimenti sono stati forniti solo oralmente (evenienza espressamente ammessa nel vecchio quadro normativo), sarà indispensabile procedere alla verbalizzazione degli stessi, pena l'illegittimità del provvedimento stesso[75].

Le giustificazioni rese dall'impresa divenuta aggiudicataria, quindi, finiscono per essere parte integrante del provvedimento conclusivo del sub-procedimento di verifica e divengono l'unico bersaglio contro cui appuntare eventuali censure.

In sede giurisdizionale, infatti, i soggetti controinteressati vengono in qualche misura "costretti" ad indirizzare le loro doglianze non già contro il provvedimento della stazione appaltante, bensì avverso le giustificazioni rese dal proprio *competitor*, in un sistema processuale che, nonostante le sempre più ampie aperture, rimane ancora

---

ritenuta non anomala e risulta perciò aggiudicataria), e tanto sia in ossequio all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi (art. 3, l. n. 241/1990), sia a tutela della *par condicio* dei concorrenti, essendo da un lato interesse dell'escluso poter controllare il giudizio di anomalia negativo, e dall'altro lato interesse dei non aggiudicatari poter controllare il giudizio positivo». Analogamente, TAR Lazio Roma, sez. II *ter*, 9 luglio 2008, n. 6478; TAR Lazio Roma, sez. III *bis*, 12 dicembre 2007, n. 12973; Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1231, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 769; Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2001, n. 2517, *Arch. giur. opere pubbl.*, 2001, 403, ove si assume che in presenza di un ribasso particolarmente consistente occorre un'istruttoria particolarmente rigorosa e una conseguente motivazione congrua e dettagliata.

[72] Tali esigenze vengono richiamate da Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481, cit., che aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente, ritenendolo espressione del miglior punto di equilibrio «fra il dovere di garantire la *par condicio*, le esigenze di salvaguardare gli spazi di autonomia tecnico discrezionale riservati all'amministrazione, l'economicità e la tempestività dell'azione amministrativa apprezzate in chiave sostanzialistica, conformemente al disegno riformatore enunciato nei principi divisati dall'art. 1, l. n. 241 del 1990».

[73] Così Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4949, cit. Nello stesso senso, Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 55, ove si ribadisce che per «per la pacifica giurisprudenza amministrativa, le valutazioni della commissione sulla non anomalia della offerta – in quanto basate su valutazioni di natura tecnico-discrezionale – sono censurabili in sede di legittimità solo ove risultino manifestamente ingiustificate o irrazionali, sulla base delle specifiche censure formulate da chi le contesti». Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1066; Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2023, n. 8640.

[74] In termini, Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2002, n. 4094, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1633.

[75] Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080, *Urbanistica e app.*, 2004, 671, con nota adesiva di R. De Nictolis, *Offerta «non anomala» e obbligo di motivazione*, che ha annullato per difetto di motivazione il giudizio di non anomalia di un'offerta, supportato da un verbale ove ci si è limitati a dare atto dell'incontro con i rappresentanti dell'impresa interessata, senza specificare i contenuti dei chiarimenti forniti.


ISSN 2036-7821

saldamente ancorato all'impugnazione di atti amministrativi.
Un simile contesto, così peculiare, ha portato la giurisprudenza a ritenere ammissibili i motivi di impugnazione articolati da un concorrente avverso le giustificazioni rese dall'impresa (la cui offerta è stata ritenuta congrua), piuttosto che contro il giudizio formulato al riguardo dall'amministrazione[76].
A questo punto, c'è da chiedersi cosa accada se il giudice amministrativo ritiene di accogliere le censure mosse avverso le giustificazioni rese dall'aggiudicatario
Non potendo dichiarare l'offerta anomala (perché ciò implicherebbe un inammissibile esercizio di una funzione di amministrazione attiva), la sentenza di accoglimento del ricorso dovrà limitarsi ad annullare il provvedimento impugnato (nella parte in cui ha condiviso le giustificazioni rese dal concorrente anziché rigettarle) con salvezza delle ulteriori determinazioni dell'amministrazione[77].
Tuttavia, in ragione dei limitati effetti conformativi del giudicato di annullamento, la stazione appaltante potrà successivamente emettere un provvedimento di identico contenuto dispositivo dichiarando nuovamente la congruità dell'offerta per ragioni diverse da quelle ritenute inaccettabili dall'organo giurisdizionale, salvo le precisazioni che si faranno nel prosieguo in presenza di plurimi annullamenti con la possibile applicazione del principio del cd. *one shot* temperato.

### *6. I confini del sindacato giurisdizionale tra tradizione e innovazione.*

Le limitazioni agli spazi di tutela riconosciuti al concorrente pregiudicato dal provvedimento conclusivo del procedimento di verifica di anomalia non attengono solo al tipo di intervento che il giudice amministrativo può assumere all'esito del giudizio, ma anche, e soprattutto, all'ampiezza degli spazi di cognizione di cui dispone nel vagliare la "bontà" delle valutazioni compiute dalla stazione appaltante; questione che si inserisce nella più generale e controversa tematica del sindacato giudiziario sulla c.d. discrezionalità tecnica[78].

---

[76] La questione viene affrontata da Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, cit., che, dopo aver pienamente aderito al consolidato orientamento secondo cui, laddove l'amministrazione consideri congrua l'offerta sulla base delle spiegazioni fornite dal concorrente, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su una motivazione espressiva di ulteriori apprezzamenti o ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili, aggiunge che «se questo è vero, però, ciò non significa che sia preclusa agli altri concorrenti la possibilità di sollecitare in sede giurisdizionale la valutazione della legittimità dell'operato dell'amministrazione […] ed allora, potendo in questo caso legittimamente mancare una espressa e analitica motivazione, l'impugnazione delle determinazioni della stazione appaltante non potrà che concentrarsi sulle giustificazioni fornite dal concorrente, al fine di censurare indirettamente il giudizio positivo al riguardo formulato dall'amministrazione medesima. Pertanto, non è per il mero fatto di aver diretto le proprie critiche avverso le giustificazioni fornite dal R.T.I. [aggiudicatario], piuttosto che contro il giudizio al riguardo formulato dall'Amministrazione, che può affermarsi nella specie la inammissibilità dei motivi di impugnazione articolati in punto di congruità-anomalia dell'offerta».

[77] Come statuito nella pronuncia resa da Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, cit.

[78] La letteratura sul tema è sconfinata. Tra i contributi più risalenti si segnalano E. PRESUTTI, *Discrezionalità pura e discrezionalità tecnica*, *Giur. it.*, 1910, IV, 10; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*,


ISSN 2036-7821

Anche gli autori che si sono occupati specificatamente del sindacato del giudice amministrativo sui giudizi di anomalia non hanno individuato peculiarità tali da indurre a una trattazione della questione avulsa dalla tematica più ampia[79]. L'attenzione della dottrina è stata più che altro sospinta dalla ricca casistica giurisprudenziale, caratterizzata da alcune aperture verso forme di controllo più penetranti rispetto a quelle tradizionali, astrette nella mera verifica di logicità e

---

Milano, 1939; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, *Dir. proc. amm.*, 1983, 371; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1983; F. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa,* Padova, 1986; V. OTTAVIANO, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione,* in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 403; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, *Dir. proc. amm.*, 1992, 685; G. PELEGATTI, *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 158. Più recenti e sempre di ampio respiro gli studi di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 e N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000. A seguito della storica sentenza Cons. Stato, sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, *Foro it.*, 2001, III, 9 (con nota di richiami ed Osservazioni di A. Travi) e con la successiva introduzione della consulenza tecnica nel processo amministrativo la tematica ha suscitato un rinnovato interesse della dottrina testimoniato dai tanti contributi dell'ultimo decennio, tra cui D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, *Giornale dir. amm.*, 1999, 1179; G. ABBAMONTE, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, *Giust. amm.*, 2002, 1203; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 80; F. AGNINO, *Discrezionalità tecnica e sindacato giurisdizionale: scelta la strada della coerenza*, *Urbanistica e app.*, 2003, 448; F. AULETTA, *In tema di consulenza tecnica nel giudizio davanti al tribunale amministrativo regionale*, osservazioni a Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2292, *Giust. civ.*, 2001, I, 2244; M. DEL SIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *Dir. proc. amm.*, 2000, 185; R. CARANTA, *I sassi e lo stagno (il difficile accesso al fatto del giudice amministrativo)*, *Urbanistica e app.*, 2000, 1340; F. LIGUORI, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni riservate delle amministrazioni indipendenti*, *Giornale dir. amm.*, 2003, 596; S. MIRATE, *La consulenza tecnica nel giudizio di legittimità: verso nuovi confini del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, *Giur. it.*, 2000, 2402; G. PERULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.,* nota a Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, *Urbanistica e app.*, 2001, 873; C. VIDETTA, *Discrezionalità tecnica: problemi vecchi e nuovi dopo la l. 21 luglio 2000, n. 205, Foro Amm. T.a.r.*, 2002, 2251; F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2004, 983; ID., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005; F. VOLPE, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 791; E. FOLLIERI, *Discrezionalità tecnica*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2023, 558.

[79] Cfr. M. NUNZIATA, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, in A. MOLITERNI (a cura di), *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice*, Napoli, 2021, 350; A. AMORE, *Il giudizio di anomalia dell'offerta nella nuova "stagione" dei principi della contrattualistica pubblica: il valore del principio di risultato e la metamorfosi del sindacato giurisdizionale (?)*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 14, 345; F. CAPUTI IAMBRENGHI, *Le novità in tema di anomalia dell'offerta*, in *Il correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 289; E. GIARDINO, *Le offerte anomale nelle gare di appalto pubbliche*, *Riv. trim. appalti*, 2003, 432, nota a Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217; G. MANGIALARDI, ***Il sindacato del g.a. sulla valutazione di anomalia dell'offerta,* in *Urbanistica e app.,*** 2004, 83; A. MIGLIORE, *Discrezionalità tecnica ed obbligo di motivazione nel giudizio sull'anomalia dell'offerta di gara*, *Giust. amm.*, 2004, 160; M.G. DELLA SCALA, *Il sindacato "debole" sulle valutazioni tecniche e il controllo giurisdizionale sul giudizio di anomalia dell'offerta*, nota a Cons. Stato, sez. IV, 30 luglio 2003, n. 4409, *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3345; L. FUMAROLA, *Offerte anomale: un passo avanti verso il sindacato diretto del giudizio di anomalia?*, in *Contr. Stato e Enti pubbl.*, 2003, 460; M. LONGO, *Sindacato sulle valutazioni di anomalia delle offerte e conseguenze dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sul contratto* medio tempore *stipulato*, *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 1519; S. MIRATE, *Offerte anomale e CTU: il (concreto) accesso al fatto del giudice amministrativo*, *Urbanistica e app.*, 2007, 187.


ISSN 2036-7821

ragionevolezza estrinseca dell'operato della stazione appaltante.

Per un verso, l'orientamento tradizionale continua ad affermare l'insindacabilità in sede giurisdizionale degli esiti delle verifiche in esame, fuorché nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza[80]. Per altro verso, in molte pronunce si richiama la necessità di operare un sindacato intrinseco sull'attendibilità delle valutazioni sotto il profilo della correttezza della regola tecnica impiegata e del relativo procedimento applicativo, addentrandosi nelle modalità impiegate per stimare i costi dell'esecuzione della commessa, al fine di saggiarne l'effettiva correttezza e intervenendo ove emerga che la stazione appaltante ha posto la sua decisione al di fuori del margine di opinabilità che le è riservato[81].

I nuovi approdi giurisprudenziali fanno sì che il controllo giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica venga operato non più con gli "occhi del profano", ma con gli "occhi dell'esperto", come testimoniato dal sempre più frequente utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio. In qualche caso, isolato, i giudici si sono direttamente "avventurati" nella fitta trama dei rilievi tecnici sollevati dal ricorrente e, senza neppure avvalersi dell'ausilio di un perito, hanno annullato le determinazioni assunte dalla stazione appaltante in ragione di incongruenze ravvisate nelle soluzioni ingegneristiche ideate dal concorrente per la realizzazione dell'opera[82].

---

[80] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2025, n. 5822; Cons. Stato, Sez. V, 31 dicembre 2024, n. 10542, ove si ribadisce che il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere un'autonoma verifica circa la sussistenza o meno dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva valutazione dell'amministrazione; analogamente cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2024, n. 7284: "La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione". Ancora nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Sez. V, 29 aprile 2024, n. 3854; Id., 5 marzo 2019, n. 1538; Id., 30 ottobre 2017, n. 4978; Cons. Stato, sez. III, 13 marzo 2018, n. 1069; Con. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Id., 19 novembre 2012, n. 5846; Id., 23 luglio 2012, n. 4206. Al riguardo M. NUNZIATA, *Il sindacato sulle valutazioni tecniche nel contenzioso sui contratti pubblici*, cit. 355 nota come il sindacato sulle valutazioni in materia di anomalia si riveli ancora in larga parte insoddisfacente, impedendo una tutela piena ed effettiva.

[81] Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404, *Urbanistica e app.*, 2008, 1164; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1658, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *Urbanistica e app.*, 2007, 187; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2005, n. 1563, *Urbanistica e app.*, 2005, 734; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217, cit., e *Foro it.*, 2003, III, 508.

[82] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708, cit., ha annullato l'aggiudicazione disponendo la rinnovazione della verifica di anomalia, all'esito di un sindacato sulla congruità dei costi indicati dall'offerta aggiudicataria per le operazioni di realizzazione di banchine a mezzo di cassoni cellulari condotto attraverso la


ISSN 2036-7821

Ancora incerta, invece, è la possibilità di introdurre in corso di giudizio nuovi elementi non vagliati nel corso del procedimento amministrativo di verifica di anomalia.

La giurisprudenza ha fornito al riguardo risposte non sempre lineari.

Se, da un lato, si è osservato che in virtù di una non meglio precisata «finalità deflattiva del meccanismo normativo di verifica della congruità dell'offerta» non potrebbero essere articolate per la prima volta in sede giurisdizionale giustificazioni che non siano state proposte nell'ambito del sub-procedimento amministrativo svoltosi dinanzi alla stazione appaltante[83] , dall'altro, si è assunto che il CTU possa prendere in considerazione i rilievi esposti nel ricorso incidentale promosso dalla controinteressata e ritenere legittimo il provvedimento di esclusione per anomalia (impugnato dal ricorrente principale) in ragione di considerazioni diverse da quelle esposte in sede amministrativa[84].

Ad ogni modo, è doveroso segnalare che le significative aperture verso un sindacato intrinseco vengono puntualmente accompagnate dal richiamo alla necessità di evitare, in ogni caso, che il giudice (o il CTU) si sostituisca all'amministrazione quando questa sia pervenuta a una soluzione che, sebbene opinabile, sia comunque accettabile secondo lo stato dell'arte e della tecnica[85], scongiurando, altresì, il rischio di un'integrale ripetizione delle operazioni valutative, ritenuto incompatibile con il principio di separazione dei poteri[86].

Tale rischio, invero, appare ancor più accentuato ove si considerino le conclusioni raggiunte in merito alla finalità dell'istituto in esame.

Si è visto che mentre il controllo di serietà dell'offerta si condurrebbe nel solco tracciato dal procedimento amministrativo e dei dati ivi raccolti grazie alle giustificazioni – esaurendosi in un confronto tra quanto indicato dal concorrente e quanto effettivamente comprovato dallo stesso nel corso del contraddittorio – quello di realizzabilità può richiedere l'acquisizione di elementi ulteriori, sopravvenuti o semplicemente inediti. Questa profonda diversità fa sì che può rendersi necessaria la disamina in sede giurisdizionale di elementi estranei rispetto a quelli già vagliati dall'amministrazione, inducendo il giudice, o i suoi ausiliari, ad «accantonare la bilancia per impugnare la spada»[87].

---

disamina di complesse questioni tecniche (sviluppate nella motivazione della sentenza) relative alle modalità di collocazione in mare dei manufatti.

[83] In questo senso, Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 2008, n. 4494.

[84] Come reputato ammissibile da Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404, cit.

[85] Tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009, n. 2384, cit.

[86] Per tutte, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3769.

[87] La simbologia è ripresa dalla felice metafora di F. LEDDA, *op. cit.*, 434, che ricordava come i dubbi di carattere scientifico non si prestino a essere risolti con lo strumento del potere e che, sotto questo aspetto, «la bilancia del giudice vale quanto la spada dell'amministratore». Ciononostante l'insigne Autore riteneva che l'intervento del giudice si giustificasse solo laddove il giudizio dell'amministrazione fosse risultato inattendibile per


ISSN 2036-7821

V'è da dire che secondo la giurisprudenza più recente l'accertamento di carenze istruttorie in seno al procedimento di verifica di anomalia dell'offerta non ridonda nel sindacato su poteri non ancora esercitati purché l'esito di tale accertamento sia la riedizione del potere da parte dell'amministrazione e non l'intervento sostitutivo diretto da parte del giudice amministrativo[88].

Un'apertura a forme di sindacato sostitutivo si rinviene solo nei casi di duplice annullamento giurisdizionale degli atti amministrativi e ciò mediante un'applicazione analogica della regola del c.d. *one shot* temperato, codificata per i procedimenti a istanza di parte dall'art. 10 bis della l. n. 241/1990[89]. Solo in presenza di tale annullamento l'amministrazione, in sede di riesercizio della propria discrezionalità tecnica, sarà tenuta ad esaminare l'affare nella sua interezza, con la conseguenza che, in caso di annullamento anche del secondo provvedimento, la discrezionalità si sarà definitivamente consumata e il successivo atto avrà contenuto vincolato[90].

Tanto con la conseguenza che l'eventuale terzo provvedimento potrà essere sindacato anche nel merito con interventi sostitutivi dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza al giudicato[91].

Ricostruiti sinteticamente gli approdi giurisprudenziali, v'è ancora da dire che le limitazioni frapposte al sindacato giurisdizionale si fondano sull'idea, invero spesso non esplicitata, secondo cui l'attività di verifica di anomalia dell'offerta andrebbe qualificata come esercizio di un vero e proprio potere pubblico.

Tale assioma, tuttavia, non è del tutto accettato in dottrina.

---

l'insufficienza del criterio o per un vizio del procedimento applicativo. Diversamente, qualora il medesimo giudizio fosse risultato corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, si reputava comunque preclusa al giudice la possibilità di sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe stato opinabile pur esso.

[88] Cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2024, n. 10542.

[89] In forza del citato principio di fonte pretoria, l'amministrazione, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto avente contenuto discrezionale, può rinnovarlo una sola volta, e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, tutte le questioni che ritenga rilevanti, senza poter in seguito tornare a decidere sfavorevolmente, neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Ricostruisce in questi termini il principio Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 2080. Analogamente cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2022, n. 3480. Notano come tale principio costituisca il punto di equilibrio tra due opposte esigenze, quali la garanzia di inesauribilità del potere di amministrazione attiva e la portata cogente del giudicato di annullamento con i suoi effetti conformativi Cons. Stato, , sez. V, 8 gennaio 2019, n. 144; Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321 e Cons. Stato, sez. III, 14 febbraio 2017, n. 660.

[90] Giunge a queste conclusioni Cons. Stato, 10542/2024, cit. che riforma la sentenza di prime cure che aveva disposto direttamente l'aggiudicazione in favore della ricorrente conseguentemente all'annullamento del giudizio di congruità dell'offerta controinteressata. Si assume nella pronuncia che in assenza di un preventivo vaglio giurisdizionale sulla legittimità di un atto amministrativo a contenuto discrezionale, intervento sostitutivo del giudice trasmodi in eccesso di potere giurisdizionale, traducendosi "in un'attività che non si esaurisce nello *ius dicere*, ma che esonda in ambiti tipici di amministrazione attiva". In senso analogo, cfr. Cons. Stato, V, 21 ottobre 2024, n. 8437; Id., 17 novembre 2022, n. 10131; IV, 7 agosto 2020, n. 4973; Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2520; Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2020, n. 1772; Id., 23 maggio 2019, n. 6419.

[91] Cfr. Cons. Stato, 10542/2024, cit.


ISSN 2036-7821

Si è anche ipotizzato che le regole disciplinanti le procedure di evidenza pubblica possano essere qualificate come forme di limitazione dell'autonomia negoziale, piuttosto che come norme attributive di poteri riservati.
Se ci si muove in questa diversa prospettiva, ovverosia se le disposizioni in materia vengono riconsiderate come facenti parte di una disciplina speciale (inquadrata pur sempre nella più ampia regolamentazione dell'attività contrattuale di diritto comune) che lascia inalterata l'originaria qualificazione privatistica degli strumenti di cui dispongono i soggetti aggiudicatori, in forza della loro capacità giuridica di diritto privato, si è portati anche a dubitare della permanente applicabilità dei paradigmi pubblicistici[92]: innanzitutto di quelli che discendono dai peculiari rapporti intercorrenti tra il potere amministrativo e il potere giudiziario.
È chiaro, infatti, che una volta abbandonata la qualificazione in termini autoritativi dell'attività di valutazione della congruità delle offerte, non sarà più possibile rifugiarsi nei rassicuranti confini della discrezionalità amministrativa e/o tecnica, invocabile solo fin quando permanga la necessità di salvaguardare la separazione tra potere giudiziario e potere esecutivo. Diversamente, derubricando le valutazioni in questione dall'attività autoritativa a quella privatistica, viene meno qualsivoglia ragione che possa giustificare il permanere di limitazioni di sorta al grado di incisività del sindacato giurisdizionale.
Gli scenari che si presentano al cospetto dell'interprete alla luce di questa diversa prospettiva hanno contorni che vanno ben al di là dell'istituto in esame, coinvolgendo i molteplici momenti tecnico valutativi in cui si articolano le procedure di evidenza pubblica, con significative ricadute applicative.
Ci si trova di fronte, quindi, a questioni sulle quali gli studiosi e la giurisprudenza dovranno continuare a interrogarsi, nella prospettiva di garantire che le imprese operanti nel mercato europeo possano disporre di un sistema di tutela giurisdizionale effettivo e coerente con i nuovi principi che orientano la materia.

[92] Sul tema si rinvia alle diffuse considerazioni di S. VINTI, *Limiti funzionali*, cit., spec. 600 ss., che sottolinea come «l'idea che la procedura di scelta del contraente si sostanzi nell'esercizio di potestà autoritative non sembra poi così irresistibile»; nonché a quelle di A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, *Foro it.*, 1999, I, 3222, secondo l'illustre studioso le posizioni giuridiche soggettive che le disposizioni comunitarie in materia di appalti riconoscono agli operatori privati vanno qualificate come diritti soggettivi e non già come interessi legittimi.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'attestazione della formazione del silenzio assenso: tra "certezze pubbliche" e incertezze applicative

## di Augusto Di Cagno

(Abilitato alle funzioni di professore universitario di Seconda Fascia in Diritto Amministrativo - già Ricercatore universitario di diritto amministrativo)

## Sommario

1. Profili introduttivi a uno studio sull'attestazione della formazione del silenzio assenso come rimedio per la maggiore certezza e stabilità della fattispecie. 2. Le incertezze e l'instabilità del silenzio assenso alla base dello strumento dell'attestazione: l'attestazione come recupero del provvedimento. 3. L'incerto inquadramento dell'attestazione e della sua efficacia. Tra atto ricognitivo e potere produttivo di certezza. 4. L'attestazione sulla formazione del silenzio assenso nei rapporti con i poteri di primo grado e di secondo grado. 5. L'attestazione "sostituita" dalla dichiarazione del privato resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000: criticità e soluzioni interpretative. 6. Considerazioni conclusive.

## Abstract

The author offers a study on the certification of tacit consent formation, as provided for by Article 20, paragraph 2-bis, Law No. 241/1990, analyzing its framing as an instrument for the production of public certainty. In a context of uncertainties that characterize tacit consent, the legal instrument under this research risks raising further uncertainties and requires a systematization that allows for the verification of its real utility. Issues such as the relationship with the various administrative powers, both first and second instance, with which the certification of tacit consent interacts are analyzed. Finally, the critical points and interpretative solutions underlying the private self-declaration that, after ten days from the applicant's request, "replaces" the certification are examined, in order to develop conclusive and reconstructive considerations of the examined legal instruments.

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


ISSN 2036-7821

***1. Profili introduttivi a uno studio sull'attestazione della formazione del silenzio assenso come rimedio per la maggiore certezza e stabilità della fattispecie.***

Il silenzio assenso ha avuto una posizione privilegiata al centro del dibattito sviluppatosi in dottrina[1] e giurisprudenza, che ha consentito di affrontare plurimi profili, che, senza voler ripercorrere i termini di una letteratura vastissima sull'argomento, vanno dalle questioni inerenti alla sua natura (attizia o meno), ai suoi presupposti, ai suoi rapporti con il dovere di provvedere di primo grado e all'esercizio del potere di autotutela, fino ai profili di natura più squisitamente processuale. È indubbio che la progressiva maggiore attenzione dedicata all'istituto è derivata anche dalle più recenti disposizioni introdotte con i decreti c.d. semplificazione, d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020, e d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021 che hanno inteso rafforzare l'efficacia del silenzio assenso come misura di semplificazione, introducendo, non senza perplessità e critiche sollevate da autorevole dottrina, previsioni come il comma 8 bis dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, che stabilisce un'atipica fattispecie di inefficacia dell'atto tardivo intervenuto dopo la formazione del silenzio assenso[2]; nonché, ed è questo l'oggetto della presente

[1] Nell'ambito di una vastissima letteratura, senza alcuna pretesa di completezza, si citano F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione: la ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in V. Parisio (a cura di), *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale: una prospettiva comparata*, Milano, 2002, 3 e ss.; A. TRAVI, *Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; P.G. LIGNANI, *Silenzio* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 559 e ss.; F. BRIGNOLA, *Silenzio della pubblica amministrazione* (dir. amm.), in Enc. giur., XXVIII, Roma, 1992; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; ID., *Silenzio della pubblica amministrazione,* in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 234 e ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 179 e ss.; L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. Paolantonio-A. Police-A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle ll. n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 123 e ss.; G. MORBIDELLI, *Il silenzio assenso*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 2006, Napoli, 265 e ss.; W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20,* in Bartolini, Fantini, Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 485 e ss.; E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 653 e ss.; M. D'ORSOGNA-R. LOMBARDI, *Silenzio assenso*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 321 e ss.; R. CAPONIGRO, *I comportamenti taciti della p.a.*, in C. Contessa-R. Greco (a cura di), *L'attività amministrativa e le sue regole* (a trent'anni dalla l. n. 241/1990), Piacenza, 2020, 322 e ss.

[2] Sulla novella introdotta nell'art. 2, co. 8-bis, l. n. 241/1990, si vedano *ex multis* M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 173 e ss.; E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 1928 e ss.; M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *www.federalismi.it*, 10/2020, 21 e ss.; ID., *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *Ambientediritto*, 1/2021, 1 e ss.; G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2021, pp. 9 e ss; B. VERZICCO, *Riflessioni sull'autotutela decisoria e l'inesauribilità del potere amministrativo nell'ambito delle riforme strutturali dell'emergenza pandemica*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2021, pp. 153 e ss.; M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, pp. 38 e ss.; C.P. SANTACROCE, *Sull'inefficacia delle determinazioni amministrative tardive: riflessioni a margine dell'art. 2, comma 8-*bis*, della legge sul procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2022, pp. 53 e ss.; F. CAMPOLO, *Oltre il dogmatismo: la nuova dimensione dell'inefficacia pubblicistica*, in *Nuove Autonomie*, 2022; R. CAROCCIA, *Attuale conformazione e confini dell'istituto del silenzio assenso dopo il d.l. 31*


ISSN 2036-7821

ricerca, la disposizione contenuta del comma 2-bis dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990[3].

Il comma 2-bis dell'art. 20, recependo con valenza generale per tutte le ipotesi di silenzio assenso la previsione già introdotta nel comma 8 dell'art. 20 del t.u. edilizia[4], ha stabilito che "*nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo*"; che "*decorsi*

*maggio 2021 n. 77*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 113 e ss.; A. BERRETTINI, *Azione di mero accertamento, regime del silenzio assenso ed inefficacia provvedimentale: nuova linfa alla tutela dichiarativa nel processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, pp. 546 e ss.; L. GOLISANO, *L'inefficacia degli atti tardivi e i presupposti per la formazione del silenzio-assenso in materia edilizia*, in *federalismi.it*, 2023, fasc. 4, pp. 40 e ss.; F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, Napoli, 2024.

[3] In tal senso si è rilevato che lo strumento dell'attestazione potrebbe porre nel nulla la funzione di semplificazione sottesa al silenzio assenso imponendo comunque il rilascio di un atto, e dunque imponendo un ulteriore aggravio all'amministrazione. Sul punto si veda R. CAROCCIA, *Attuale conformazione e confini dell'istituto del silenzio assenso dopo il d.l. 31 maggio 2021 n. 77*, cit., 115; M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Quad. cost.*, 2020, p. 175; in chiave critica sempre M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022; Id., *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021, secondo cui, pur riconoscendo che una logica della misura potrebbe rinvenirsi nell'esigenza di dare contezza che l'istanza è rimasta effettivamente senza riscontro dell'intervenuto accoglimento della domanda (alla scadenza di tale termine, "*l'obiettivo sembra purtroppo ancora una volta fallito, perché, come visto, a fronte della, prevedibile, ulteriore riluttanza degli uffici ad attestare la formazione del provvedimento implicito, di questo "intervenuto accoglimento" il legislatore parrebbe, con un ennesimo ingiusto trasferimento di responsabilità, chiedere all'istante di rendere una autodichiarazione ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, con tutti i rischi (di indebita confusione tra falsa dichiarazione e errore di diritto) già evidenziati*"; con la conseguenza che "*da preannunciato e declamato strumento di garanzia di certezza per l'istante e di spendibilità del titolo tacito, la novella rischia così di tradursi in una ennesima "trappola"*. Negli stessi termini C. FRAGOMENI, *Effettività della tutela giurisdizionale e riedizione del potere amministrativo*, in *il diritto dell'economia*, 2023, 241; cfr. altresì A. FORMICA, *L'inefficacia del provvedimento quale strumento di tutela rafforzata del privato dalle nuove disposizioni materia di semplificazione amministrativa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Bruno Cavallo*, Torino, 2021, p. 115; G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, 278 ss. e segn. 291, ove si rileva che "*A ben guardare, tuttavia, la soluzione non avrebbe alcuna utilità, in quanto l'atto ricognitivo dell'amministrazione si limiterebbe a dichiarare che, in assenza del provvedimento espresso, si sono verificati gli effetti di quest'ultimo, aspetto che, tuttavia, è proprio quello già formalizzato dalla legge*" e p. 296, ove si evidenzia la difficoltà di distinguere tra atto accertativo e atto tardivo. In termini critici anche M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, cit., 49, secondo cui "*anche se lo scopo della novità introdotta è soddisfare un'istanza di semplificazione, nondimeno essa genera un effetto di complicazione: crea un nuovo procedimento amministrativo che si innesta in quello già previsto per la formazione del silenzio assenso; riafferma la necessità di atto amministrativo espresso, laddove invece l'istituto del silenzio assenso si caratterizza proprio per essere una modalità di produzione di effetti giuridici che prescinde da un intervento esplicito dell'amministrazione; burocratizza e cartolarizza ulteriormente i rapporti tra privato e amministrazione*". Sulle novità introdotte con il d.l. n. 76/2020, conv. in l. n. 120/2020, cfr. E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. urb.*, 1/2022, 1, pp. 160 e ss., che si sofferma proprio sull'istituto dell'attestazione del silenzio assenso (pp. 185 e ss.).

[4] Ciò in forza dell'art. 62, d.l. n. 77/2021, c.d. decreto semplificazioni 2021, conv. in l. n. 108 del 29 luglio 2021, all'art. 20, l. n. 241/1990, che ha generalizzato, pur con le dovute differenze tra le due norme, quanto già era stato previsto dal comma 8 dell'art. 20 del t.u. edilizia, modificato dal d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020.


ISSN 2036-7821

*inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*". Introducendo per legge una soluzione già adottata in altri ordinamenti[5] ed elaborata da una parte della giurisprudenza[6] e preconizzata dalla dottrina prima della sua codificazione[7], si è dunque previsto che l'amministrazione, "*su richiesta del privato*", sia "*tenuta*" a rilasciare una "*attestazione*" "*circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda*" del privato per effetto del silenzio assenso; e che, decorsi inutilmente dieci giorni alla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. n. 445 del 2000[8].

Non è casuale che lo strumento della attestazione del silenzio assenso sia stato introdotto, prima soltanto per il settore dell'edilizia nell'art. 20, co. 8, dal d.l. n. 76/2020, convertito nella l. n. 120/2020, "primo" decreto semplificazioni, e poi sia stato generalizzato nell'art. 20, l. n. 241/1990 in forza dell'art. 62, d.l. n. 77/2021, "secondo" decreto semplificazioni 2021, conv. in l. n. 108 del 29 luglio 2021[9].

---

[5] Il riferimento è all'ordinamento spagnolo nel quale è previsto (art. 24, apartado 4, Ley n. 3972015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) il "*certificado acreditativo del silencio producido*", rilasciato entro cinque giorni dalla richiesta; cfr. N. GAMBINO, *La semplificazione amministrativa in Spagna*, in *Giustamm.it*, 2016, 5; cfr. riferimenti in G. STRAZZA, *L'ambito di operatività del silenzio-assenso e le esigenze di certezza (nota a Cass., Sez. III, ord. 6 luglio 2020, n. 13865)*, in *Riv. giur. ed.*, 4, 2020, 864 ss.

[6] Si registra a tal proposito la sentenza del TAR Trento, Sez. I, 3 giugno 2022, n. 105, che si pronuncia proprio su una domanda "*che si accerti non solo il dovere di provvedere a rendere un provvedimento attestativo, ma anche l'obbligo di rilasciare un atto ricognitivo favorevole al ricorrente, ossia certificante che, a suo tempo, si è perfezionato il silenzio - assenso sulla richiesta di condono*"; sulla quale pronuncia vedasi la nota di V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 2, 400 e ss. Si veda in giurisprudenza già T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019, n. 10227, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 giugno 2017, n. 1018, ivi; 1Cons. Stato, Sez. V, 6 febbraio 2008, n. 345.

[7] M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della l.n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso: primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *Ambientediritto*, 1/2021, p. 21; Id., *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una apparente semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10/2020, pp. 57-59.

[8] Disposizione dal contenuto analogo si rinviene poi in altre normative speciali, come quella relativa al procedimento autorizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici, ove il comma 10 dell'art. 44, d.lgs. n. 259 del 2003, dopo aver previsto il silenzio assenso sull'istanza di autorizzazione, prevede che l'amministrazione procedente comunichi, entro il termine di sette giorni, l'attestazione di avvenuta autorizzazione, scaduto il quale è sufficiente l'autocertificazione del richiedente.

[9] Si rammenta che tra la previsione contenuta nel comma 2-bis dell'art. 20 legge n. 241/90 e quella contenuta nel comma 8 dell'art. 20, t.u. edilizia, oltre a differenze minime, come nel termine rispettivamente di dieci e di quindici giorni per il rilascio dell'attestazione, v'è che la possibilità di procedere alla autodichiarazione della formazione del silenzio assenso è prevista solo nella disposizione generale di cui alla legge n. 241/90, mentre nulla in tal senso è previsto dall'art. 20 del d.P.R. n. 380/2001. "*Detta differenza di testo si risolve in una differenza di regime giuridico, perché il legislatore non ha inteso rendere possibile, in materia edilizia, la sostituzione della attestazione con una autodichiarazione del privato, evidentemente sulla base di una precisa scelta legislativa volta ad evitare, in tale ambito materiale, l'avvio di interventi edilizi, non sempre agevolmente reversibili una volta portati a compimento, sulla mera base di una autodichiarazione del richiedente*"; cfr. TAR Toscana, Sez. III, 27 gennaio 2025, n. 120. In senso contrario, si era invece espresso E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, cit., 188.


ISSN 2036-7821

L'attestazione del silenzio assenso si inserisce, infatti, nel medesimo contesto valoriale segnato dal primo decreto semplificazioni con il quale è stata introdotta la previsione espressa, contenuta nel comma 2-bis dell'art. 1 della l. n. 241/1990, secondo cui "*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*".

In linea generale dal principio di buona fede deriva che il cittadino vanta una situazione di "fiducia" e quindi di "legittimo affidamento" nella legittimità ed opportunità dell'azione amministrativa e, dunque, vanta anche una ragionevole aspettativa di comportamento corretto da parte dell'amministrazione; la quale, dunque, ha un obbligo di correttezza che si sostanzia nel non contraddire il proprio precedente comportamento preso[10]. Ebbene, nel caso del silenzio assenso, il comportamento dell'amministrazione è consistito nel non aver provveduto, entro il termine di conclusione del procedimento, con un provvedimento espresso lasciando che si formasse il silenzio significativo. Sicché, in nome della buona fede, l'amministrazione deve garantire certezza circa la formazione del silenzio assenso già perfezionatosi, per un verso, evitando di contraddire gli effetti del tacito assenso con un atto di diniego tardivo, per il quale è prevista espressamente l'inefficacia (art. 2, comma 8-bis); e per altro verso, attestando l'esistenza del silenzio assenso, come oggi stabilisce il comma 2 bis dell'art. 20[11]; tutto ciò sempre ferma restando la possibilità di rimuovere gli effetti del silenzio assenso con l'autotutela (art. 20, comma 3, l. n. 241/1990).

Rispetto alla formazione del silenzio assenso, dunque, l'amministrazione non può disattendere la fiducia del cittadino che, dopo il decorso del termine di provvedere senza l'adozione di un provvedimento espresso, confida nell'esistenza di un titolo

[10] Sul tema della tutela del legittimo affidamento, si vedano F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001 F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, 121 e ss.; sull'aspettativa del privato circa la coerenza dell'amministrazione cfr F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 127.

[11] Più in generale, con riferimento agli atti amministrativi espressi, la dottrina ha ricollegato la buona fede oggettiva, e quindi il principio del legittimo affidamento, persino alla tutela degli effetti determinati da un atto invalido, rilevando come tra l'altro l'ordinamento sia orientato proprio "dal principio di conservazione e di tutela degli interessi consolidati, anche se ingenerati da atti invalidi"; cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, pp. 105-106 ove si legge anche che "*il fatto che il principio di buona fede si traduca nella tutela degli effetti di un atto invalido non è fenomeno abnorme, ma, al contrario, perfettamente conforme alla vettorialità dell'intero ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico nelle sue varie branche non appare dominato da principi persecutori nei confronti degli atti invalidi, ma dal principio di conservazione e di tutela degli interessi consolidati, anche se ingenerati da atti invalidi*"


ISSN 2036-7821

abilitativo tacito che, sia pure *per silentium*, lo autorizza all'esercizio dell'attività cui la propria istanza si riferisce.

Se ciò vale in linea puramente generale, è pur vero che il privato ha interesse a ottenere il provvedimento espresso, o quantomeno un documento, che offra una certezza giuridica in ordine all'esistenza del titolo abilitativo che, nel caso del silenzio assenso, è soltanto tacito ed è l'esito di un'autentica finzione giuridica (valutazione legale tipica)[12] che solo per legge ricollega al mero decorso del termine di conclusione del procedimento senza una decisione espressa gli effetti "equivalenti" del provvedimento espresso di accoglimento dell'istanza (quest'ultima, come si dirà oltre, secondo le diverse tesi sul campo, accompagnata o meno da requisiti di sola esistenza ovvero anche da requisiti di validità).

L'obiettivo dell'attestazione sulla formazione del silenzio è, dunque, di offrire una "*oggettività e visibilità al provvedimento tacito*"[13] , perseguendo la finalità, da una parte, di tutelare il privato nel dotarsi di un documento espresso che certifichi l'avvenuta formazione del silenzio; e, dall'altra parte, di soddisfare un interesse pubblico più generale quale il bisogno di certezza giuridica nella "circolazione" del bene e dell'attività oggetto del silenzio assenso[14]. Si pensi a tal riguardo a un utilizzo dell'attestazione non solo nei rapporti con le amministrazioni ma nell'ambito di negoziazioni interprivatistiche, come quelle inerenti alla vendita immobiliare, o nei rapporti con il sistema creditizio.

Cionondimeno, la stessa attestazione del silenzio assenso, da strumento di certezza, può facilmente evolvere a sua volta in fonte di ulteriori incertezze, poiché si presenta foriero di plurime questioni che meritano di essere approfondite, non soltanto rispetto ad aspetti puramente teorico-dogmatici ma avendo riguardo alle ricadute sul piano applicativo che ne derivano.

Si tenterà dunque di approfondire alcune delle problematiche sottese all'attestazione del silenzio assenso che appaiono più significative e che vanno dall'inquadramento dell'atto di attestazione, nella cornice del potere o del mero atto non autoritativo, ai

---

[12] Si richiama la teoria delle valutazioni legali tipiche di A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985, 102; Id., *Sugli elementi costitutivi e sui requisiti di efficacia e di validità del c.d. silenzio-assenso,* in *Riv. giur. urb.*, 1987, 463; in dottrina si vedano anche W. GIULIETTI *Silenzio assenso,* in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione amministrative e delle responsabilità,* Roma, 2010, 492; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo,* Napoli, 2018, segn. 283 e ss. In termini adesivi in giurisprudenza Cons. Stato, 14 marzo 2023, n. 2661.

[13] G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, in *Nuove Autonomie*, 2021, p. 11 secondo cui l'attestazione "*Assicura oggettività e visibilità al provvedimento tacito, tutela il privato se l'autorità nega l'esistenza della autorizzazione tacita, consente la circolazione della cosa realizzata grazie al silenzio-assenso (per es. un manufatto edilizio): risponde, in definitiva, a un bisogno di certezza giuridica*".

[14] Guarda con favore alla misura E. BOSCOLO, *Il silenzio-assenso in materia di telecomunicazioni*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1933, il quale rileva come proprio per ovviare all'incertezza circa la formazione del silenzio, "*destinata a decretare (come già in passato) il fallimento pratico di questa figura di semplificazione, è stata introdotta* […] *la possibilità per il privato di richiedere una attestazione di avvenuta formazione del silenzio-assenso*".


ISSN 2036-7821

rapporti con il potere di primo grado e con i poteri di autotutela, al tema dell'autodichiarazione sostitutiva dell'attestazione, con riferimento anche a profili più squisitamente processuali connessi.

**2. *Le incertezze e l'instabilità del silenzio assenso alla base dello strumento dell'attestazione: l'attestazione come recupero del provvedimento.***

Ciò posto, al di là delle qualificazioni nella quale si può inquadrare, e per quanto ulteriormente si dirà oltre, l'attestazione prevista dal comma 2 bis dell'art. 20 l. n. 241/1990 dovrebbe garantire uno strumento di "certezza pubblica" rispetto a una fattispecie, il silenzio assenso, che, sotto un duplice profilo, si presenta a sua volta incerta e instabile a causa di plurimi fattori.

Già solo sui presupposti di formazione del silenzio assenso, si assiste in dottrina e in giurisprudenza a un contrasto di orientamenti, che ha portato a confondere i presupposti costitutivi del silenzio assenso con i suoi requisiti di validità, alimentando l'incertezza che aleggia intorno alla figura del silenzio assenso. Si è diffuso un orientamento secondo cui per l'accoglimento dell'istanza *per silentium* non è sufficiente che sia stata presentata una istanza formalmente ricevibile, ammissibile e completa, anche rispetto alla sua documentazione, e sia scaduto il termine di conclusione del procedimento senza l'adozione di un provvedimento espresso, ma è altresì necessaria la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge, di conformità dell'attività oggetto dell'istanza alla normativa in vigore, "*con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata non sia conforme a quella normativamente prevista*"[15]. Può dirsi, tuttavia, che, ad oggi, detto orientamento è ormai minoritario e superato, specialmente alla luce delle modifiche normative che hanno riguardato il silenzio assenso; per cui si tende ad affermare che il silenzio assenso si perfeziona anche in presenza di cause di illegittimità, senza che debbano ricorrere tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo, e quindi anche ove l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme, purché l'istanza possieda "*quel minimum di elementi essenziali per il suo esame*" [16].

[15] In termini, Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 2020, n. 569; cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 113, in *Foro it.*, 2019, III, 332 con annotazione di A. Travi; con riferimento al silenzio assenso previsto dall'art. 20, co. 8, t.u. edilizia rispetto alla domanda di adozione del permesso di costruire, sulla necessità che oltre ai requisiti formali dell'istanza vi sia anche il requisito sostanziale della "*conformità dell'intervento richiesto alla disciplina edilizia e urbanistica in vigore*", si veda più di recente TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3 maggio 2024, n. 1344; in termini già TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 1 luglio 2020, n. 7476; TAR Puglia, Lecce, II, 12 agosto 2019, n. 1422; in precedenza, Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3317; Id., 26 aprile 2018, n. 2513; Id., 26 luglio 2017, n. 3680; Id., 19 aprile 2017, n. 1828; Id., 5 settembre 2016, n. 3805, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[16] Orientamento che si trova sintetizzato in pronunce come Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2023, n. 8156; nonché Cons. Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2661, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tra gli argomenti su cui fa leva detto orientamento v'è proprio il dato normativo, racchiuso nell'art. 20, co. 3, l. n. 241/1990, che, nel prevedere che nei casi di silenzio assenso l'amministrazione possa assumere determinazioni in via di autotutela,


ISSN 2036-7821

Nonostante l'orientamento giurisprudenziale maggioritario consenta la formazione del silenzio assenso anche in presenza di istanze *contra legem*, non è risolto il problema delle incertezze che sono comunque alla base della formazione del titolo abilitativo.

Pur ammettendo che l'istanza sia completa e idonea a essere accolta *per silentium* (il che richiede che l'istanza presenti, comunque, una minima "*configurabilità giuridica*"[17]), ciononostante il suo accoglimento per effetto del silenzio assenso può rappresentare per il privato l'esatto opposto della semplificazione[18]. L'accoglimento dell'istanza per effetto del silenzio assenso è, infatti, come anticipato l'esito di una finzione giuridica, di una "valutazione legale tipica", ove è solo una norma di legge che attribuisce all'inerzia dell'amministrazione l'effetto tipico dell'atto espresso e il cittadino o l'operatore economico, che pure potrebbero confidare nel silenzio assenso, non dispongono di un provvedimento espresso e dunque di un documento, sia esso su supporto cartaceo o telematico, che nella sua materialità, al pari del titolo abilitativo espresso, possa con certezza, nei confronti dei terzi e della stessa amministrazione, rappresentare e dunque provare la conclusione positiva del procedimento amministrativo.

A ciò si aggiunge che risulta comunque da verificare anche se la materia cui si riferisce il procedimento concluso con il silenzio assenso si presti a essere assoggettata all'autorizzazione tacita e non sia piuttosto oggetto di una delle eccezioni previste dalla legge (tra le altre le ipotesi di cui all'art. 20, co. 4)[19]; ovvero se la formazione del silenzio assenso non sia stata ritardata da vicende procedimentali, come l'indizione di una conferenza di servizi di cui lo stesso privato potrebbe non avere avuto notizia.

Si prospetta in primo luogo una situazione di particolare incertezza per il singolo specialmente nell'ipotesi in cui, come ormai ammette l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, il silenzio assenso si sia formato in presenza di cause di legittimità, e dunque sia efficace ma illegittimo; il silenzio assenso è in tal

---

con espressa previsione della annullabilità d'ufficio di cui all'art. 21 *nonies* anche nel caso in cui il "provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20", presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) soltanto in termini di illegittimità dell'atto.

[17] Cons. Stato, Sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746 precisa che "*dai requisiti di validità – il cui difetto* […] *non impedisce il perfezionarsi della fattispecie – va distinta l'ipotesi della radicale inconfigurabilità' giuridica dell'istanza: quest'ultima, cioè, per potere innescare il meccanismo di formazione silenziosa dell'atto, deve essere quantomeno aderente al 'modello normativo astratto' prefigurato dal legislatore*".

[18] Cfr. M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 986, secondo cui "*la semplicità si realizza quando, rispettivamente: a) l'atto o il fatto che costituisce la fonte è individuabile con facilità; b) dalla disposizione o dalla constatazione della regolarità del comportamento è ricavabile in modo chiaro e preciso qual è la norma giuridica da cui derivare la regola del caso*".

[19] Sulle esclusioni del silenzio assenso, si veda L. GIANI, *Articolo 20,* in N. Paolantonio, A. Police, A. Zito (a cura di), *La Pubblica Amministrazione e la sua azione,* Torino, 2005, pp. 413 e ss.


ISSN 2036-7821

caso instabile proprio perché inficiato da cause di invalidità che espongono gli effetti del silenzio a una impugnazione da parte di terzi controinteressati ovvero all'annullamento d'ufficio da parte della stessa amministrazione.
Basti soltanto pensare all'ipotesi del silenzio assenso formatosi su una istanza con la quale siano state rese dichiarazioni mendaci o false attestazioni; ipotesi resa molto controversa a causa del difetto di coordinamento tra il comma 2-bis dell'art. 21-nonies, che, ammettendone l'annullamento d'ufficio anche oltre i dodici mesi, sembra suggerire la possibilità che si formi un silenzio assenso conseguito sulla base di rappresentazioni false o di dichiarazioni mendaci, e il comma 1 dell'art. 21, l. n. 241/1990 che, viceversa, in caso di silenzio assenso ottenuto sulla base di dichiarazioni mendaci e di false attestazioni, esclude "*la conformazione dell'attività e degli effetti a legge o la sanatoria prevista*" anche dall'art. 20[20].
C'è inoltre una generale contraddittorietà propria di un meccanismo di assenso voluto dalla stessa legge e che, però, almeno secondo gli orientamenti giurisprudenziali segnalati, può comunque produrre i suoi effetti anche se contrari alla stessa legge (perché carente dei requisiti e presupposti imposti dalla normativa dell'attività oggetto dell'istanza)[21].
Oltre all'incertezza, sussiste altresì un problema di *stabilità* del silenzio assenso che è tanto più evidente se si effettua un confronto con il provvedimento espresso illegittimo: il silenzio assenso presenta minori garanzie di stabilità rispetto all'ipotesi in cui l'amministrazione abbia concluso il procedimento con provvedimento espresso, posto che in quest'ultima ipotesi, quantomeno secondo il modello consacrato dalla legge, deve ritenersi che il procedimento amministrativo si sia comunque effettivamente svolto in tutte le sue fasi, fino alla fase decisoria, con l'istruttoria che abbia consentito di accertare i fatti, gli interessi e le ragioni giuridiche che sorreggono la decisione amministrativa, illustrati anche nella motivazione, e alla luce di garanzie partecipative. L'istruttoria e la partecipazione, unitamente alla motivazione, dovrebbero garantire una decisione espressa che, anche perché è effettivamente una decisione, sia pure la "migliore" possibile, e che, dunque, pur rimanendo anch'essa pur sempre mutabile, per effetto dell'autotutela, e contendibile,

[20] Sul tema si registrano opinioni differenti. Sembra ammettere la formazione del silenzio assenso M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, in *www.federalismi.it*, 10/2020, 47. In termini critici sul coordinamento tra le due norme E. BOSCOLO, *Il potere di vigilanza e di sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a. (già d.i.a.) e a silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 992. La distonia tra le due norme è una mera dimenticanza da parte del legislatore secondo M. A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il processo*, 2022, p. 13; Id., *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, p. 189.
[21] In tal senso si veda la perplessità in ordine alla violazione del principio di non-contraddizione segnalata da F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, Napoli, 2024, pp. 199-200.


ISSN 2036-7821

dinanzi al g.a., offre maggiori garanzie di stabilità rispetto al silenzio assenso[22]; silenzio assenso nel quale, invece, la decisione è mancata e nel quale non emerge lo svolgimento di una effettiva istruttoria e partecipazione[23].

Sempre sotto un profilo di incertezza e instabilità, non è, anzi, da sottovalutare che in certi casi, invero tutt'altro che rari, connotati da particolare contraddittorietà, il silenzio assenso si forma dopo che vi sia stato un primo preavviso di rigetto, con un formale ed espresso diniego anticipato dell'istanza che contraddice la decisione dell'amministrazione di accogliere l'istanza[24].

L'incertezza del silenzio assenso non è neppure risolta dalla previsione, introdotta nel comma 8-bis dell'art. 2 della legge n. 241/1990, della inefficacia dell'atto tardivo adottato dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento. L'atto di primo grado tardivo, per legge "inefficace", è infatti pur sempre un atto amministrativo, che per il sol fatto di esistere in forma espressa e provenire da una pubblica amministrazione, ha comunque una sua "riconoscibilità giuridica" e in quanto tale, almeno astrattamente, non può esserne disconosciuta l'esistenza e quindi la possibile idoneità a produrre effetti[25]. È ragionevole pensare, allora, che anche il privato sarà indotto a confidare, più che nel silenzio assenso, nell'esistenza e nella rilevanza giuridica di un atto tardivo di diniego dell'istanza che, pur inefficace per legge, è comunque esistente nella sua forma attizia, in quanto racchiuso in un contenitore documentale, che lo rende idoneo a circolare e ad apparire all'esterno come provvedimento esistente (benché, si ripete, inefficace).

In tale contesto, si comprende come l'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 possa rappresentare uno strumento di grande utilità per il privato proprio sotto il profilo della certezza e della stabilità che difettano nel silenzio assenso; ciò in quanto l'attestazione del silenzio assenso dovrebbe consentire al privato di ottenere e "recuperare" un atto espresso (se si vuole, come si dirà oltre, un "provvedimento") che, certificando l'esistenza del silenzio assenso, mira a creare una "certezza pubblica" che si sostituisce alla incertezza e all'instabilità originarie sottese

---

[22] E quindi è più probabile il riesame del silenzio assenso piuttosto che del provvedimento espresso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, 255.

[23] Tema richiamato più di recente anche da C. SILVANO, *La «durezza» del provvedimento amministrativo tra procedimento e processo. Uno studio critico*, Napoli, 2024, p. 25.

[24] Sul tema del silenzio assenso preceduto da preavviso di rigetto cfr. A. CASCONE, *Preavviso di rigetto e silenzio significativo*, in G. Avanzini, P. Cerbo, G. D'Angelo, S. Spuntarelli (a cura di), *Tra procedimento e processo. Atti del ciclo di seminari sulle modifiche alla legge generale sul procedimento amministrativo*, Jovene Editore, 2024, 61 e ss.; nonché P. CHIRULLI - S. TUCCILLO, *Il preavviso di rigetto*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2023, 421 e ss.

[25] Parla proprio di "riconoscibilità giuridica" M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit., 181, che cita A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 344, secondo cui «*Quando un atto, viziato nei suoi requisiti, non possa essere ritenuto fatto privato, ma sia in sé atto amministrativo, perché dell'atto abbia i caratteri, per quanto grave sia il vizio che l'affetta, esso esiste appunto come atto amministrativo, dotato almeno dei requisiti per poter essere attribuito alla pubblica amministrazione*».


ISSN 2036-7821

alla formazione del silenzio assenso. Tutto ciò senza tralasciare che, come si esporrà nel prosieguo, la stessa attestazione del silenzio assenso potrebbe anche rivelarsi una misura più dannosa che utile al privato, ove, ad esempio, se ne ammettesse un uso distorto, volto a celare, sotto le mentite spoglie di un'attestazione negativa del silenzio assenso, modalità di diniego (di primo grado) tardivo vietate o esercizio di poteri di autotutela fuori dai limiti consentiti dalla legge; con risultati che finirebbero, più che per chiarire, per confondere ulteriormente i privati, sicuramente poco avvezzi a riconoscere l'esistenza di un silenzio assenso contraddetto da un atto tardivo, sia esso di primo grado, o di autotutela o di attestazione negativa espressa.

### *3. L'incerto inquadramento dell'attestazione e della sua efficacia. Tra atto ricognitivo e potere produttivo di certezza.*

Quanto esposto finora impone di inquadrare correttamente l'attestazione della formazione del silenzio assenso, onde distinguerla dall'atto di primo grado e dai poteri di riesame, specificarne il contenuto e in definitiva chiarire anche la funzione assolta dalla dichiarazione del privato sostitutiva della attestazione che, decorsi dieci giorni, non venga rilasciata dall'amministrazione.

Invero, partendo dal dato normativo, il comma 2 bis dell'art. 20 della legge n. 241/1990 si limita a prevedere che "*nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1*" l'amministrazione debba, su richiesta del privato, rilasciare l'attestazione "*circa il decorso dei termini del procedimento*" e "*pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo*"; solo una volta "*decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445*". La norma, dunque, enuncia i termini di un'attività, doverosa (l'amministrazione "è tenuta") e su istanza di parte, che involge l'accertamento degli elementi costitutivi del silenzio assenso e che, decorsi "inutilmente" dieci giorni dalla richiesta, e cioè senza un riscontro da parte dell'amministrazione, "*è sostituita*" da un'autocertificazione del privato.

Si può anzitutto discutere se l'attestazione del silenzio assenso sia un mero "*atto ricognitivo*", privo di valenza decisionale, espressione di una "mera dichiarazione di scienza" e di natura non autoritativa (art. 1, co. 1-bis, l. n. 241/1990), soltanto "strumentale" rispetto a provvedimenti già emanati o a comportamenti dell'amministrazione e non volto a curare direttamente l'interesse pubblico[26]; ovvero

[26] A tale orientamento sembrerebbero aderire G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, in *Libro della Giustizia Amministrativa*, Torino, 2021, p. 294; V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 2, 414; parla di atto ricognitivo anche A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, fasc. 4, pp. 735 e ss.; nello stesso senso anche G. FONDERICO, *Il silenzio assenso, la DIA e la SCIA*, in F. Caringella- R.


ISSN 2036-7821

se al contrario l'attestazione del silenzio assenso possa considerarsi espressione di un potere amministrativo, che sfocia nell'adozione di un provvedimento da qualificarsi per il suo contenuto decisionale e per i suoi effetti vincolanti e potenzialmente lesivi[27].

Ebbene, premesso che solo la "*qualità del provvedimento*"[28] consentirebbe di estenderne il relativo regime, la qualificazione dell'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 è gravida di ricadute applicative. L'attestazione, ove intesa come mero atto interno e ricognitivo, sarebbe sottratta alle regole proprie del provvedimento, che vanno dall'applicazione dei principi e delle regole del procedimento[29], e dunque anche della formazione dell'atto, alla sua validità, alla sua efficacia e ai suoi riflessi in termini di tutela giurisdizionale.

Se, invece, inquadrassimo l'attestazione del silenzio assenso nell'ambito di un potere dichiarativo, produttivo di certezza, o quale atto di "certazione", dovremmo concludere nel senso che l'attestazione produce una "certezza legale", da intendersi come "certezza pubblica" in quanto promanante da un'amministrazione[30], munita di

---

Chieppa – B.G. Mattarella (diretto da), *Diritto amministrativo*, *Attività,* Vol II, Milano, 2025 368; nega natura provvedimentale all'attestazione del silenzio assenso anche M. RAMAJOLI, *I silenzi amministrativi nelle recenti «semplificazioni»*, cit., p. 49, nota n. 33. Già prima della introduzione per legge dell'attestazione, con riferimento alla possibilità dell'adozione di un atto "*non avente, però, natura costitutiva, bensì meramente ricognitiva del nuovo assetto di interessi venutosi a creare per il tramite del silenzio assenso*" e "*privo di contenuto volitivo, avente natura di dichiarazione di scienza relativa a fatti non contestabili*", cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una apparente semplificazione*, in *Federalismi.it*, 10/2020, 57-58. Con riferimento più generale alla certificazione, parla, invece, di potere amministrativo M. OCCHIENA, *L'autocertificazione,* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa,* Milano, 2011, p. 741.

[27] Si ricorda che una prima distinzione tra provvedimenti e meri atti amministrativi si può ritrovare in M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo,* in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 157 e ss. e segn. p. 163-165. Sulla alternativa dell'inquadramento dell'attestazione come espressione o meno di un potere dichiarativo in sé autonomamente rilevante, si veda anche A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1. La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, Torino, 2022, p. 130, nota n. 183. La dicotomia atto meramente strumentale e atto provvedimentale verrebbe, invece, meno se si aderisse alla dicotomia premessa, cui parrebbe aderire altra parte della dottrina (cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, XX ed., Milano, 2018, p. 380), secondo cui anche ove venga posto in essere l'atto "strumentale" o "dichiarativo" è un potere anche se non "provvedimentale" ma "strumentale" ad altri poteri. Sul tema degli atti ricognitivi si rinvia a R. CARANTA, *Brevi note su atti ricognitivi e giurisdizione del giudice ordinario,* in *Giur. it.*, 1994, p. 245 ss. La nozione di atto avente funzione "ricognitiva" meriterebbe un approfondimento anche operando un rinvio ad altri contesti dell'ordinamento, come quello delle concessioni balneari, ove è stata svolta dalla giurisprudenza una qualificazione, nel caso di specie, della proroga della durata delle concessioni balneari, quale atto ricognitivo di un effetto prodotto automaticamente dalla legge; cfr. sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, nn. 17 e 18, con tutto il dibattito in dottrina che ne è derivato.

[28] Così F. TRIMARCHI BANFI, *L'art. 1 comma 1 bis della l. n. 241 del 1990,* in *Foro amm.-CdS,* 2005, 948

[29] In giurisprudenza si può citare al riguardo TAR Liguria, Sez. I, 14 dicembre 2024, n. 869, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 7, l. n. 241/1990 a un atto qualificato per la sua "*natura meramente ricognitiva*".

[30] Cfr. M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica,* in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959,.p. 782 secondo cui *"(...) Tutte queste certezze promanano da pubblici poteri, anzi, per eccellenza, dallo Stato, onde si dicono pubbliche, e costituiscono la piu`grossa e importante provincia delle certezze giuridiche"*. Le certezze pubbliche "*sono dunque il contenuto dell'atto che ha particolare autorevolezza perché promanante da pubbliche autorità, che è il risultato di un acclaramento in senso materiale, e che esterna dei giudizi precettivi o rappresentativi. Esse tuttavia sono volte a fini pratici, cioè sono degli strumenti che si*


ISSN 2036-7821

un'efficacia "preclusiva"[31] tale da impedire ai terzi e anche, a seconda di come si inquadri detta efficacia, addirittura alla stessa amministrazione di assumere che il dato attestato sia diverso da come è rappresentato nello stesso atto[32].
Si tratterebbe dunque di un atto a forte valenza lesiva per i privati, e specialmente per i controinteressati rispetto agli effetti ampliativi prodotti dal silenzio assenso, ai quali verrebbe imposta l'accettazione di una nuova "certezza giuridica" rappresentata nell'attestazione che si sostituisce al preesistente stato di incertezza, in grado di circolare come "realtà legale" anche se prescinde dalla "realtà effettiva"[33].

---

*pongono in essere per facilitare i rapporti tra operatori giuridici* […] *con gli atti che le rappresentano non si vuol fornire il vero, ma un'entità che sia quanto più probabilmente vera possibile. E di fatti esse sono verificabili – seppure in modi e gradi diversi – ossia sono, di massima, reversibili: l'atto di certezza somministra un'entità destinata ad essere usata, ma che, se necessario, deve poter essere riaccertata* […] *scopo dell'atto di certezza non è quello di fondare una verità, ma di fornire un'utilità che possa essere accettata, in quanto è plausibile che sia rispondente alla realtà*" (p. 771). Sugli atti produttivi di certezze in generale si rinvia anche a S. GIACCHETTI, *Certificazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, 1 e ss.; A. LIVERANI, *Certificazione I) diritto amministrativo*, postilla di aggiornamento 2006, in Enc. giur., VI, 1988, 1 e ss.; A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di*), I sistemi di certificazione tra qualita`e certezza*, Milano, 2006; A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, il quale ricostruisce le diverse teorie giuridiche sulle certezze pubbliche (segn. pp. 59 e ss.).

[31] Si recupera la teoria della tripartizione dell'efficacia giuridica, costitutiva, dichiarativa e preclusiva, proposta da A. FALZEA, *Teoria dell'efficacia giuridica*, Milano, 1951; ID., voce *Accertamento: a) teoria generale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 205 ss.; ID., voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, 432 ss.; ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, vol. 1. Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, segn. 45 e ss. Per l'A. l'efficacia costitutiva si ha quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente*"; l'efficacia dichiarativa si produce quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma converge, nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente*…" mentre di efficacia preclusiva si parla nei casi in cui " *la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente*". Significativa è per Falzea l'individuazione nell'accertamento di tre momenti essenziali, ovvero a monte una situazione di obiettiva incertezza, un momento intermedio comprensivo di un'attività di chiarificazione della realtà e una fase finale, data dall'atto che ha efficacia preclusiva (A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit, 216-217). Se manca il momento iniziale, dato dalla incertezza, l'atto è meramente dichiarativo, motivato da esigenze di sola riproduzione o rinnovazione o costitutive; se invece manca il momento intermedio, dato dall'attività di chiarificazione, pur con la sostituzione dell'incertezza con una situazione di certezza, l'atto non potrà considerarsi costitutivo anche se a esso assimilabile per presupposto e funzione (p. 216). Ebbene, la teoria di Falzea è stata sottoposta a critiche proprio perché si è ritenuto che la cifra distintiva del provvedimento amministrativo fosse unicamente l'effetto costitutivo (l'effetto "pieno"), consistente nel costituire, modificare ed estinguere situazioni giuridiche soggettive. Vi aderisce M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, 219 e ss.; in termini critici cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 37 e ss.

[32] Sull'inquadramento generale della categoria degli atti c.d. di "certazione" si veda E. CASETTA, *op. ult. cit.*, 380. Il tema dell'efficacia vincolante dell'accertamento contenuto nell'atto di certazione porterebbe ancor più lontano perché impone di indagare gli spazi applicativi della efficacia di accertamento di un atto, quale la attestazione, da assumere come atto dichiarativo e sul suo effetto preclusivo e vincolante.

[33] Si può richiamare sempre M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959, che, soffermandosi sugli atti dichiarativi produttivi di "*certezze legali*", distinte in certezze "*ad apprendimento necessario*" e certezze "*ad uso necessario*"; queste ultime vincolano la rappresentazione altrui e appaiono come atti che "*obbligano ad assumere come vincolanti le rappresentazioni che contengono*" (p. 773). La funzione è quella non solo di produrre delle certezze ma soprattutto di consentirne la circolazione ed è emanazione di un "*potere sovrano che ne imponga a tutti i consociati l'accettazione*" e, quindi, diversamente dalle certezze private, soltanto organi dello Stato


ISSN 2036-7821

Stante la sua natura autoritativa, inoltre, l'atto produttivo di certezza giuridica rientrerebbe nella giurisdizione del G.A.

Diversamente, l'attestazione intesa come mero atto strumentale avrebbe una efficacia limitata di tipo interno, nel senso che avrebbe carattere meramente servente rispetto ad altre decisioni amministrative o comunque si limiterebbe a fornire un dato conoscitivo senza offrire un'efficacia preclusiva vincolante e soprattutto non potrebbe incidere in modo lesivo nella sfera dei singoli, i quali potrebbero disattenderne il contenuto di accertamento. L'attestazione del silenzio sarebbe, infatti, una mera reiterazione, nella diversa forma attizia, di un effetto riconducibile a

---

o enti pubblici o eccezionalmente privati esercenti di pubbliche funzioni possono porre in essere certezze pubbliche, e sempre in ipotesi tassativamente indicate (Ibidem). Da notare però che secondo la sistemazione teorica dell'illustre Maestro gli atti amministrativi creativi di certezze pubbliche, di cui pure si esclude la "*natura di provvedimento*", "*hanno come oggetto specifico l'attribuire efficacia di rappresentazione legale ad eventi o a situazioni*" e "*più che accertamenti, essi sono certazioni*" "*e per esse l'imperatività indubbiamente investe la rappresentazione: ciò avviene tuttavia non in quanto questa è accertamento o acquisizione, ma in quanto è il dispositivo stesso dell'atto*"; cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo,* in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 190 secondo cui "*Il provvedimento impone dunque la propria imperatività per ciò che dispone, non per ciò che rappresenta*". Altra parte della dottrina aderisce alla qualificazione degli "*atti ad efficacia preclusiva*" tra i quali includere gli "*atti costitutivi di certezze pubbliche*"; cfr. V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2010, p. 423 e p. 450, secondo cui "*detti atti hanno funzione servente di altri atti (o fatti o rapporti) di per se produttivi di effetti; e sono intesi a conferire a questi una particolare qualità giuridica che viene denominata certezza. Essa consiste in ciò, che l'atto (o il fatto o il rapporto) del quale il primo è servente viene considerato, a tutti gli effetti giuridici come avvenuto (storicamente verificatosi nella forma e con il contenuto che presenta), sino a che lo stesso atto di certezza non venga demolito attraverso un particolare procedimento giurisdizionale previsto dalla legge. In questi limiti, gli atti di certezza esplicano effetti preclusivi, e possono essere ascritti agli atti di accertamento in senso tecnico*" (450); l'A. prosegue rilevando che "*vi sono ancora atti di certezza pubblica* […] *connessi* […] *con l'esercizio di funzioni amministrative sostanziali*" e che "*un aspetto certificativo (nel senso di: creativo di certezza giuridica) può essere presente in tutti i provvedimenti amministrativi e anche in atti procedimentali (specie della fase istruttoria) nella parte in cui l'autorità amministrativa competente attesta il verificarsi di fatti avvenuti alla sua presenza, ovvero il contenuto di atti* […] *o documenti* […]"; si rappresenta poi che "*In alcuni casi, l'attestazione di fatti da parte del pubblico ufficiale si identifica con il contenuto proprio dell'atto stesso (ad esempio, ispezione, collaudo, etc.), che può essere a sua volta atto procedimentale ovvero provvedimento. Ma in altri casi il provvedimento, in se stesso a contenuto dispositivo e non conoscitivo-certificativo, può avere anche un contenuto certificativo* […] *Per la parte concernente il contenuto del verbale in quanto tale, esso è atto di certezza (in ordine agli atti e ai fatti che il verbalizzante attesta essere avvenuti nel corso della seduta dell'organo collegiale); mentre per il suo contenuto dispositivo è atto provvedimentale, produttivo degli effetti suoi propri, di carattere costitutivo, nella sfera giuridica di terzi*"; con la conseguenza che "*Il regime giuridico di questi provvedimenti, o atti procedimentali, che hanno anche contenuto di atti di certezza, è* […] *duplice*", poiché "*in quanto provvedimenti, o comunque atti di esercizio di funzioni amministrative in senso sostanziale, essi sono soggetti al regime proprio degli atti amministrativi; e perciò ad esempio, l'impugnazione della deliberazione di organo collegiale per qualsiasi profilo di invalidità segue il regime della tutela proprio dei provvedimenti amministrativi*"; mentre quando "*si intende contestare la veridicità del verbale, occorre seguire il procedimento giurisdizionale della querela di falso, mediante il quale sol tanto può essere demolito il verbale stesso come atto di certezza*"(451). Secondo D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche, una introduzione*, 4a ed., Bologna, 2007, pp. 104 e 105, invece, nell'ambito della categoria degli atti dichiarativi si può distinguere tra atti che "*possono avere rilievo soltanto come presupposto per un atto che produce gli effetti nei confronti dei soggetti terzi*" e atti che possono "*avere un rilievo autonomo e costituire il presupposto per una serie indefinita di atti*"; nella primo gruppo avremo il "verbale" delle attività svolte e dei risultati cui si è pervenuti, nel secondo caso avremo la "attestazione" o il "certificato". Un ulteriore classificazione è poi proposta rispetto ad atti il cui contenuto "può essere contestato dando la prova contraria" e atti che invece "determinano una "certezza legale", cioè il loro contenuto non è contestabile né in via breve né per le vie giurisdizionali ordinarie ma soltanto con lo specifico procedimento giurisdizionale della "querela di falso" (p. 105).


ISSN 2036-7821

un fatto, il silenzio assenso, già esistente e prodotto per legge. Inoltre, anche la natura non autoritativa dell'attestazione, quale atto meramente ricognitivo, potrebbe far dubitare circa l'estensione ad esso della giurisdizione amministrativa.
Se così fosse, tuttavia, la stessa attestazione del silenzio, non producendo nessun effetto preclusivo, ma avendo una valenza meramente interna e ricognitiva, sarebbe pressoché inutile anche per chi la chiede, perché potrebbe essere in qualsiasi momento disattesa dai terzi e dalla stessa amministrazione[34]. Con la conseguenza che nessun privato avrebbe neppure interesse a chiedere il rilascio dell'attestazione del silenzio assenso, preferendo piuttosto sempre azionare la tutela giurisdizionale con un'azione di accertamento dinanzi al G.A. onde ottenere una sentenza che si pronunci sul silenzio assenso con gli effetti propri del giudicato. Sicché, il comma 2-bis dell'art. 20 finirebbe per essere disapplicato in quanto privo di un reale effetto pratico.
Sotto altro profilo, non vi sarebbe neppure interesse dei privati a impugnare un atto meramente ricognitivo che non impone una certezza legale ai consociati[35]. Al contrario, bisognerebbe addirittura ipotizzare che, pur a fronte di un'attestazione sul silenzio assenso rilasciata dall'amministrazione, ma priva di carattere vincolante per la stessa amministrazione e per i terzi, permarrebbe comunque l'interesse a proporre un'azione di accertamento del silenzio assenso. L'azione di accertamento, infatti, avrebbe la finalità di rimuovere definitivamente uno stato di incertezza circa l'accoglimento tacito dell'istanza del privato, che l'attestazione non è in grado di eliminare[36]; il che accadrebbe soprattutto nelle ipotesi in cui, dopo la formazione del

[34] In tal senso G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, cit., p. 291.

[35] E del pari si potrebbe addirittura arrivare a escludere la possibilità di impugnare un diniego da parte dell'amministrazione di rendere l'attestazione circa un silenzio ormai formatosi. Interessante è il precedente di Cons. Stato, Sez. IV, 21 novembre 2023, n. 9969, che si pronuncia sull'impugnazione del diniego di attestazione emesso da un Comune, rilevando che esso "*rappresenta una errata applicazione del comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 ed una illegittima limitazione dell'operatività dell'istituto del silenzio-assenso, che producono l'effetto abnorme di frustrare le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'agire amministrativo alla base della stessa disposizione normativa citata, nonché le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche all'origine delle più recenti modifiche apportate ad essa ed alla legge n. 241 del 1990*".

[36] In linea generale sull'ammissibilità dell'azione di accertamento del silenzio assenso, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, si veda P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, fasc. 1, 47 e ss., segn. 65. Sembra, invece, ammettere una tutela di accertamento che accompagni la pretesa all'attestazione, A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. II-1. La situazione giuridica a rilievo sostanziale quale oggetto del processo amministrativo*, cit., p. 130, nota n. 183. Esclude invece che, a fronte della possibilità di ottenere l'attestazione, permanga interesse all'azione di accertamento dell'avvenuto silenzio assenso, posto che l'azione accertamento può essere esperita solo se la situazione di incertezza non sia rimuovibile altrimenti se non attraverso il rimedio del giudice, A. BERRETTINI, *Azione di mero accertamento, regime del silenzio assenso ed inefficacia provvedimentale: nuova linfa alla tutela dichiarativa nel processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, fasc. 3, 546 e ss.; del pari ritiene che non ci sia interesse all'azione di accertamento A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, cit., p. 773. Sull'azione di accertamento in generale M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di*


ISSN 2036-7821

silenzio assenso, l'amministrazione, anche eventualmente dopo aver rilasciato l'attestazione del silenzio assenso, andasse a contraddire il precedente atto di attestazione, tardivamente provvedendo con un diniego espresso dell'istanza, che sarebbe comunque inefficace.

Su un piano sostanziale, invece, riconoscendo che l'attestazione è esercizio di un potere a cui è ricollegato un effetto "invasivo" nella sfera giuridica dei privati, ai quali viene imposta l'accettazione della certezza giuridica portata dall'attestazione di un silenzio assenso, ne deriva l'applicazione delle regole del procedimento amministrativo; con ogni difficoltà di assicurare, nel limitato termine di soli dieci giorni entro i quali l'attestazione deve essere rilasciata pena la sua "sostituzione" con l'autocertificazione, oltre a un'istruttoria completa, lo svolgimento di una partecipazione effettiva dei soggetti nei cui confronti l'attestazione produce effetti diretti (principalmente l'istante) e dei controinteressati.

Orbene, la qualificazione dell'attestazione del silenzio assenso come mero atto ricognitivo non convince perché tradisce la stessa finalità per quale è stata introdotta la misura, che è quella di offrire una certezza giuridica in ordine al silenzio assenso e che non avrebbe alcun valore preclusivo se i privati e la stessa amministrazione potessero *ad nutum* disattenderne il contenuto.

Recuperando gli argomenti sviluppati nel solco di un più ampio dibattito teorico circa la ricostruzione, quale categoria autonoma, degli atti amministrativi dichiarativi[37] e di atti produttivi di certezze pubbliche e sull'efficacia preclusiva da ricondurre ad essi, andrebbe piuttosto vagliata la possibilità di definire l'attestazione sulla formazione del silenzio assenso come una vera e propria decisione amministrativa, avente un contenuto *dispositivo*, di creazione di una certezza pubblica-legale, diretta alla cura di un interesse pubblico primario e dunque caratterizzata proprio dalla funzionalizzazione rispetto a quell'interesse.

Detta impostazione si mostra anche coerente con l'idea che vedrebbe nell'attestazione ex art. 20, comma 2-bis, un recupero del potere dell'amministrazione che, non essendo stato esercitato preventivamente, nella sua forma classica di potere costitutivo, poiché sostituito (*rectius* consumato per effetto del) dal silenzio assenso, può comunque essere esercitato in via postuma, sia pure con effetti diversi, *sub specie* di potere dichiarativo-accertativo rispetto a un effetto prodottosi *ex lege*[38].

Invero, onde valorizzare il suo contenuto precettivo, si potrebbe concentrare

---

*adempimento nel processo amministrativo,* in *Dir. proc. amm.*, 3, 2005, pp. 557 e ss. a sostegno della configurabilità di un'azione di accertamento atipica; in seguito sull'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15.

[37] P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996, per una puntuale ricostruzione del dibattito sugli atti dichiarativi (pp. 20 e ss.).

[38] Sul punto si recupera quanto rileva M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., p. 58-59.


ISSN 2036-7821

l'attenzione sulla particolarità del contenuto dell'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n 241/1990: essa racchiude una certificazione in ordine ai fatti attestati (la presentazione da parte del privato di un'istanza, il decorso del termine di conclusione del procedimento senza un provvedimento di diniego espresso e la conseguente formazione del silenzio) che si caratterizza per essere anche il solo e unico contenuto dell'atto di attestazione. Ciò potrebbe suggerire che l'accertamento contenuto nell'attestazione coincide anche con il suo contenuto precettivo, da cui derivano gli effetti tipici di creazione di certezza pubblica-legale.

In tal senso, si dovrebbe sottolineare la distinzione dell'attestazione rispetto a ogni altro provvedimento amministrativo che, in generale, ha sempre un contenuto certificativo, proprio della fase istruttoria procedimentale, in ordine al verificarsi di fatti o sul contenuto di atti o documenti, che si affianca al contenuto dispositivo ed è ad esso strumentale. Nell'attestazione sulla formazione del silenzio assenso, infatti, il contenuto dispositivo dell'atto è esso stesso l'attestazione dei fatti costitutivi del silenzio[39].

Secondo questa ricostruzione, l'attestazione, in altri termini, quando accerta la formazione del silenzio assenso, contestualmente *dispone* anche lo stesso accertamento sull'esistenza del silenzio assenso quale valutazione legale tipica da cui derivano gli effetti voluti dall'art. 20, l. n. 241/1990. L'attestazione non inciderebbe sugli effetti del silenzio assenso, che rimangono tali, non vengono né modificati né rinnovati né confermati, ma creerebbe una nuova certezza in ordine all'esistenza del silenzio; certezza che assume i caratteri della certezza pubblica-legale, che viene imposta ai terzi e alla stessa amministrazione con efficacia preclusiva.

Seguendo il percorso interpretativo appena delineato, l'attestazione, infatti, mira a eliminare un evidente stato di incertezza[40], sotteso al silenzio assenso, rispetto al quale, come si è anticipato, è dubbio non soltanto quali siano i presupposti della sua formazione rispetto all'istanza presentata dal privato (ovvero, come anticipato, i soli requisiti di esistenza o anche i requisiti di validità del silenzio) ma soprattutto se

---

[39] In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo,* 2° ed., Torino, 2010, 452 rileva che "*un aspetto certificativo (nel senso di creativo di certezza pubblica) può essere presente in tutti i provvedimenti amministrativi*" nella parte in cui l'amministrazione attesta il verificarsi di fatti, o il contenuto di atti o documenti; e ricostruisce una distinzione tra atti nei quali il contenuto certificativo, che è anch'esso atto di certezza in ordine ai fatti e agli atti attestati, si affianca al contenuto dispositivo, che è la parte dell'atto "*provvedimentale, produttiva degli effetti suoi propri, di carattere costitutivo, nella sfera giuridica dei terzi*"; ed atti nei quali, invece, il contenuto certificativo, consistente nell'attestazione dei fatti, è il "*contenuto proprio dell'atto stesso*".

[40] Può essere interessante raffrontare la funzione di eliminazione della "incertezza" sottesa agli atti di certazione con quell'effetto di eliminazione di incertezza, che si connota in modo del tutto differente, che autorevole dottrina ha ritenuto che si possa ricollegare in generale al provvedimento amministrativo, con riferimento alla "concretizzazione della possibilità normativa", quale atto che, attuando la "possibilità normativa", "toglie il soggetto privato dall'incertezza di risultato in cui la stessa legge lo ha lasciato" e così "trasforma l'incertezza in certezza"; cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale,* in *Dir. pubbl.*,2010, segn. p. 647.


ISSN 2036-7821

l'istanza è completa ed è idonea a esprimere uno schema minimo idoneo a tradursi in un provvedimento tacito di assenso, se è decorso il termine di conclusione del procedimento, se sussiste un'ipotesi normativa di esclusione del silenzio assenso e se il silenzio assenso non è stato impedito da una precedente decisione espressa o anche soltanto dalla indizione di una conferenza di servizi.

A tal fine può apparire significativo che l'amministrazione, ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, attesta prima che sussiste il "*decorso dei termini del procedimento*" e solo successivamente e in termini consequenziali, "*e pertanto*", rende l'attestazione "*dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi*" dell'articolo 20. Ciò potrebbe confermare che l'amministrazione, quando attesta l'avvenuta formazione del silenzio, non si limita a una operazione di natura meramente logico-intellettiva, di carattere soltanto conoscitivo[41], quale potrebbe essere l'attività svolta nella tipica fase istruttoria procedimentale, volta a verificare gli elementi costitutivi del silenzio assenso. Piuttosto l'amministrazione, quanto attesta ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, *decide* di accertare l'effetto "*dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo* [20]" e dunque di creare un nuovo stato di certezza che si sostituisce all'incertezza originaria del silenzio assenso.

D'altra parte, la stessa amministrazione, benché richiesta dal privato, potrebbe anche *decidere* di non rendere l'attestazione una volta che è decorso il termine di conclusione del procedimento e dopo che, senza il provvedimento espresso, si è ormai formato il silenzio assenso. Ciò perché l'amministrazione, invece di attestare il silenzio assenso, potrebbe anche eventualmente decidere di esercitare il potere di autotutela, espressamente fatto salvo dal comma 3 dell'art. 20 anche dopo la formazione del silenzio assenso, revocando gli effetti silenzio assenso ovvero annullandoli d'ufficio se illegittimi; ovvero -ed è questa un'ipotesi più controversa sulla quale si tornerà oltre- l'amministrazione potrebbe anche più semplicemente decidere di non rendere l'attestazione, lasciando decorrere i dieci giorni dalla richiesta, con il risultato che, ai sensi dello stesso comma 2 bis dell'art. 20, l'attestazione verrebbe comunque sostituita dalla dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000.

I termini di tale ragionamento inducono a prospettare che l'amministrazione, allorché decida di rendere l'attestazione, *decide* anche di risolvere, tramite un'attività di chiarificazione di una realtà dubbia, un precedente stato di incertezza, circa l'esistenza del silenzio assenso, sostituendolo con un nuovo stato di certezza contenuto nell'attestazione[42].

---

[41] Sull'attività conoscitiva dell'amministrazione è imprescindibile il richiamo all'opera di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione,* Torino, 1967.

[42] La struttura potrebbe evocare i tre momenti dell'accertamento con efficacia preclusiva individuati da A. FALZEA, voce *Accertamento*, cit, 216-217. Altra parte della dottrina si è opposta al riconoscimento in capo al provvedimento amministrativo di un effetto preclusivo, inteso nei termini descritti da Falzea come sottrazione da


ISSN 2036-7821

Secondo tale prospettiva, l'attestazione ha, quindi, come suo unitario *contenuto dispositivo*, proprio la decisione di creazione di una nuova certezza legale, che fonde in sé il contenuto di accertamento compiuto dalla stessa amministrazione, sì da fare del dispositivo di certezza un tutt'uno con l'attività conoscitiva dell'amministrazione.
La particolarità dell'attestazione, rispetto a ogni altro provvedimento amministrativo, consisterebbe proprio nella circostanza che l'attività conoscitiva dell'amministrazione non si rivolge soltanto all'interno del procedimento amministrativo, in termini solo strumentali rispetto alla decisione amministrativa, ma ha una chiara valenza esterna, essendo rivolta a produrre effetti nuovi nell'ordinamento con la creazione di un bene giuridico di fondamentale importanza, qual è la certezza pubblica circa l'avvenuto perfezionamento di una fattispecie legale (il silenzio assenso quale valutazione legale tipica).
Confermerebbe, inoltre, la qualificazione dell'attestazione come esercizio di un potere la circostanza che in una disposizione quale l'art. 36-bis del d.P.R. n. 380 del 2001, t.u. edilizia, che rispetto al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 si pone come *ius specialis* derogatorio, si sia previsto che, a fronte del silenzio assenso sull'istanza di sanatoria semplificata, se l'amministrazione non rilascia l'attestazione, decorsi dieci giorni, il privato può esercitare l'azione avverso il silenzio per ottenere una pronuncia giudiziale circa il dovere dell'amministrazione di provvedere in modo espresso con l'attestazione della formazione del silenzio assenso. È chiaro, infatti, che la previsione dell'azione avverso il silenzio, che non è certo un rimedio di carattere generale applicabile a ogni ipotesi di comportamento inerte della p.a., si giustifica proprio rispetto all'omesso esercizio di un potere amministrativo di rendere l'attestazione e non rispetto all'omesso rilascio di un mero atto ricognitivo[43]

---

contestazione dell'accertamento in esso contenuto, in quanto si afferma che l'accertamento non può comportare la formazione "*di uno stato di certezza intangibile, tale da restare del tutto indifferente alla corrispondenza o meno dei fatti accertati ai fatti reali*" e che l'effetto preclusivo non dal provvedimento come "*atto*" ma dall'eventuale sua inoppugnabilità come "*fatto*"; e per tale ragione, si afferma, resta soltanto l'efficacia dichiarativa, che rimane "*agganciata alla convergenza con lo stato giuridico preesistente*", ossia subordinata alla necessaria corrispondenza tra fatti accertati e fatti realmente sussistenti; e che in ogni caso è "*contrastabile da parte degli interessati che siano in grado di dimostrare l'erroneità dell'accertamento e della valutazione dei fatti fissati nella motivazione del provvedimento*", nel senso che detta efficacia può essere "aggredita" da una reazione, in sede giurisdizionale, o giustiziale, o per effetto del potere di autotutela, e, finanche dopo il decorso del termine di decadenza, oggetto di disapplicazione in sede civile o penale; cfr. M. MONTEDURO, *op. ult. cit.*, pp. 131-132, nota n. 165.

[43] In senso contrario, ammette che si possa proporre azione avverso il silenzio anche rispetto a un mero atto ricognitivo V. DI CAPUA, *op. ult. cit.*, 414; nello stesso senso già la giurisprudenza, prima dell'introduzione per legge del comma 2-bis dell'art. 20, aveva già ammesso che il privato potesse esercitare un'azione avverso il silenzio-inadempimento in relazione alla mancata risposta alla richiesta rivolta all'Amministrazione di rilasciare un documento cartaceo a contenuto ricognitivo del silenzio assenso già formatosi su precedente istanza di permesso di costruire; cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II bis, 9 aprile 2019, nn. 4680. Cfr. A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, cit., p. 770, che, invece, individua nella soluzione giurisprudenziale delineata una criticità nell'aver ammesso un'azione avverso il silenzio per compulsare un atto amministrativo atipico, quale quello ricognitivo, che non è un provvedimento amministrativo. In tal senso in giurisprudenza si richiama Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013 n.


ISSN 2036-7821

In tal senso si potrebbe ipotizzare che la decisione amministrativa racchiusa nell'attestazione, sottraendo a contestazione la certezza legale in essa contenuta, sia riconducibile a un potere vincolato diretto alla cura di un interesse pubblico primario[44], da identificarsi proprio nell'esigenza di assicurare coerenza interna all'ordinamento risolvendo i conflitti sottesi alla complessità dei fatti amministrati e delle norme da applicare[45]. Da questa prospettiva, l'attività amministrativa di "attestazione" si caratterizza proprio per la funzionalizzazione all'interesse pubblico perché non è attività puramente ricognitiva di un fatto, il silenzio assenso, ma, quale potere vincolato a un fine pubblico, implica anche un "giudizio critico" sul fatto, volto a verificare che il fatto accertato sia anche adeguato all'interesse pubblico[46].

---

1754 secondo cui l'introduzione dell'azione avverso il silenzio con l'art. 31 cpa "*non ha inteso stabilire un rimedio di carattere generale e - quindi - esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte dell'amministrazione e sempre ammissibile indipendentemente dalla sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, ma soltanto un istituto giuridico relativo all'esplicazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa discrezionale*".

[44] V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 121 e ss., secondo cui elemento essenziale della qualificazione del potere è proprio la "*finalizzazione alla cura di interessi altrui, o collettivi, dei quali il soggetto agente non ha la disponibilità (ciò che si traduce in un'esigenza di controllo esterno circa i modi di esercizio del potere)*".

[45] Secondo la ricostruzione di A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi,* in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2005, p. 877-878 "*L'accertamento, in questa ottica, non è allora riguardabile come operazione puramente logico-intellettiva: pur muovendo da una simile base strutturale, esso assume infatti natura propriamente decisionale, poiché rappresenta lo strumento di composizione di un conflitto sociale in atto, e questo alla luce di quella stessa prospettiva funzionalistico-sistemica cui si è accennato all'inizio del discorso, per la quale - si rammenta - la risoluzione dell'incertezza e la conseguente riduzione della complessità sociale rappresentano il compito primario ed irrinunciabile dell'ordinamento. La «certezza» così prodotta, in sintesi, è piuttosto il frutto della dimensione decisionale, che non di quella logico-conoscitiva dell'attività di «accertamento», e sembra discendere immediatamente da un'esigenza interna di coerenza dell'ordinamento giuridico, piuttosto che dalla (come si vedrà, non necessaria) corrispondenza tra accertamento e «realtà»*". Secondo A. ROMANO TASSONE, *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi,* Napoli, 2015, p. 21; in sostituzione della nozione di verità che appare gravida di conflitti tra la verità storica e la verità reale, "*scopo del diritto (e dell'operatore del diritto)* […] *non è raggiungere la (inattingibile) «verità», ma produrre ben più tangibili (e sia pur limitate) «certezze», offrendo ai consociati, per il tramite dell'effetto preclusivo, una base di positiva sicurezza circa il riconoscimento intersoggettivo (se si vuole: circa la «stabilità», piuttosto che circa la «verità») di quanto in tal modo definito*".

[46] In tal senso si veda A. CIOFFI, *Potere amministrativo vincolato e riparto di giurisdizione (nota a Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802)*, in *www.giustizia-insieme.it*, 2021, il quale, partendo dall'analisi della sentenza del Cons. giust. amm. reg. sic., 13 settembre 2021 n. 802, pronunciatasi proprio sulla qualificazione come espressione di un potere vincolato di uno specifico atto amministrativo di certificazione, ha sottolineato il carattere decisivo della finalizzazione all'interesse pubblico che caratterizza il potere vincolato, rilevando come "*quando il potere è vincolato a un fine pubblico, quel potere non è puro riconoscimento di un fatto, ma è giudizio sul fatto, perché verifica che quel fatto sia adeguato all'interesse*" e che "*tutto sembra finire all'interesse di fondo. L'interesse pubblico può essere la causa del potere amministrativo e, dunque, la chiave che spiega la giurisdizione amministrativa, e, infine, la chiave di una ricostruzione teorica del potere. In teoria, infatti, esaminando il modo in cui la legge agisce nel definire l'atto vincolato, quando per esempio essa configura il vincolo determinando i presupposti di fatto, in essi, spesso, inserisce anche un vincolo all'interesse pubblico; in questo caso la legge predetermina il potere, ma non lo "trasforma" in categoria civilistica, ovvero non riduce l'atto amministrativo a un quid proprio del diritto civile. Il potere vincolato resta potere amministrativo, perché la legge conserva il vincolo all'interesse e quindi trasfonde nell'atto l'esigenza che quel vincolo si esprima in un "motivato giudizio critico", come dice la sentenza. Il motivato giudizio critico è l'essenza di ciò che è potere autoritativo: il giudizio*


ISSN 2036-7821

Il contenuto precettivo dell'attestazione spiegherebbe anche gli effetti vincolanti-preclusivi sia per i privati che per la stessa amministrazione. Tali effetti, avendo una portata invasiva nella sfera giuridica dei terzi ai quali è imposto il rispetto della certezza giuridica contenuta nell'attestazione, giustificano l'esigenza avvertita dal legislatore di introdurre per legge una espressa previsione del potere dell'amministrazione di attestare il silenzio, onde rispondere ai canoni di tipicità e nominatività del provvedimento amministrativo imposti dal principio di legalità[47].
Volendo, invece, indagare il tipo di effetto prodotto dall'atto che, se non può inquadrarsi come effetto "costitutivo", in quanto l'attestazione non determina un effetto nuovo e ulteriore e comunque diverso rispetto a quello prodotto dal silenzio assenso, non può neppure essere meramente dichiarativo e dunque solo ricognitivo di un effetto già prodottosi; l'effetto prodotto dall'attestazione dovrebbe piuttosto ritenersi preclusivo[48] nel senso che impedisce di considerare l'oggetto dell'atto diversamente da come viene rappresentato nell'attestazione stessa (la nuova certezza legale descritta nell'attestazione circa la formazione del silenzio assenso si sostituisce all'incertezza originaria e in ogni caso alla certezza preesistente)[49].

---

*sull'interesse*". In particolare, Cons. giust. amm. reg. Sic., 13 settembre 2021, n. 802 ha rilevato che l'attività dell'amministrazione volta a certificare che un credito vantato da un privato nei confronti dell'amministrazione sia certo, liquido ed esigibile "*non si esaurisce in una mera operazione contabile che culmina nella certificazione del credito, essendo, invece, dal punto di vista logico e semantico, espressione di un motivato giudizio critico*" e "*non si tratta di attività meramente ricognitiva di documentazione, di una manifestazione di scienza e conoscenza i cui presupposti, contenuti ed effetti siano integralmente predeterminati dalla legge, poi- ché sottesi all'emissione del provvedimento in questione sono i poteri di verifica dell'esistenza e regolarità dell'obbligazione, del mancato intervento di cause di estinzione del debito, di modo che la corrispondente posizione dei privati interessati non risulta essere di diritto, in quanto nell'esercizio di tale potestà amministrativa di carattere autoritativo l'amministrazione non agisce iure privatorum, e correlativamente, il privato non è titolare di un diritto soggettivo. La finalizzazione al soddisfacimento di un interesse pubblico e la procedimentalizzazione dell'attività certificatoria, per come delineata da una disciplina di carattere pubblicistico posta a suo fondamento, caratterizza in chiave autoritativo-provvedimentale l'attività amministrativa in questione, con ogni conseguenza sul criterio del riparto di giurisdizione*".

[47] Già sulla necessità che gli atti di certezza pubblica-legale siano sempre nominati in quanto "*incidono profondamente nelle stesse libertà costituzionali e nell'autonomia privata, in quanto fanno circolare una realtà legale che prescinde dalla realtà effettiva*"; cfr. M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959, p. 780-781; in termini critici, sulla non soggezione degli atti di accertamento, non provvedimentali, ai principi di tipicità e nominatività, cfr. V. DI CAPUA, *Richiesta di attestare un pregresso silenzio-assenso e rimedi a disposizione nei confronti dell'amministrazione inadempiente*, cit., 411. Sulla qualificazione dei "*certificati*" quali "*atti tipici e nominati*" perché espressione di uno specifico potere dell'amministrazione, diretto a "*mettere in circolazione una certezza giuridica siccome delineata nell'atto di certazione*"; cfr. M. OCCHIENA, *L'autocertificazione,* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa,* Milano, 2011, p. 741.

[48] Recuperando la già citata tripartizione dell'efficacia giuridica proposta da A. FALZEA, ove l'efficacia costitutiva si ha quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma diverge, in modo netto e giuridicamente apprezzabile, dalla situazione giuridica preesistente*"; l'efficacia dichiarativa si produce quando "*la situazione giuridica statuita dalla norma converge, nell'essenziale, con la situazione giuridica preesistente…*" mentre di efficacia preclusiva si parla nei casi in cui " *la situazione giuridica statuita dalla norma sorge indipendentemente dalla (conformità o difformità della) situazione giuridica preesistente*".

[49] In tal senso l'attestazione come "*provvedimento autointerpretativo*", che configurerebbe una sorta di provvedimento di secondo grado, a carattere doveroso, con un effetto preclusivo "parziale", nel senso di avere


ISSN 2036-7821

Sul tema, andrebbe intrapreso un nuovo tracciato ricostruttivo che porti a inquadrare l'efficacia dell'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, recuperando proprio quell'effetto preclusivo e vincolante che viene riconosciuto più in generale a ogni provvedimento amministrativo e specialmente all'accertamento in esso contenuto[50]. Se si vuole ricollegare un effetto preclusivo ai provvedimenti nei

effetto preclusivo nei confronti dell'amministrazione che l'ha emanato e nei confronti del privato solo se non impugnato. La differenza starebbe nella circostanza che con l'attestazione non viene accertato e dunque interpretato l'effetto e l'oggetto di un atto dello stesso autore dell'attestazione, ma un effetto direttamente collegato per legge alla fattispecie silenziosa. Sul provvedimento autointerpretativo come atto di certezza pubblica si veda M. S. GIANNINI, voce *Accertamento, diritto costituzionale e amministrativo*, in Enc. Dir., Vol. I, 1958, pag. 226-227, che fa rientrare tra gli atti di certazione proprio l'atto autointerpretativo. Da notare comunque che per Giannini l'effetto preclusivo prodotto dal "provvedimento amministrativo d'accertamento" non può essere assimilato alla sentenza in quanto a differenza della sentenza, che contiene un accertamento "irreversibile", è atto revocabile e "*non si caratterizza per un effetto preclusivo perché, in linea generale, l'effetto in esso è disponibile da parte dell'autorità*", mentre rispetto al negozio di accertamento l'amministrazione non ha il potere di produrre "*effetti preclusivi volontari*", "*d'inventare provvedimenti, al di fuori dei tipi normativi, né ha il potere di raffigurare effetti giuridici volontari, al di fuori dei tipi medesimi*" (pag. 225).

[50] Ove si può parla di effetto dichiarativo "minimo" del provvedimento; cfr. M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica, I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, 2012, p. 116 e ss., segn. p. 122, sulla connessione tra effetto dichiarativo e «attestazione della esistenza e consistenza (materiale) e della rilevanza (giuridica) dei fatti nel senso della loro finale corrispondenza alla fattispecie normativa astratta» e (p. 130) ove si rileva come il provvedimento "*vincolerebbe giuridicamente sia l'amministrazione autrice, sia gli interessati* […] a*d attenersi all'accertamento e alla valutazione dei fatti risultanti dalla motivazione del provvedimento*». Sempre sull'effetto di accertamento cfr. A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, 2020 , p. 497, che rileva "*La centralità" del momento dichiarativo "idoneo a porsi in una correlazione di ordine funzionale con un effetto corrispondente alla propria consistenza, con un vincolo, in altri termini, avente ad oggetto la realtà rappresentata dal contenuto della decisione (l'effetto di accertamento)*". Secondo altra impostazione teorica, invece, l'accertamento va identificato per la sua "struttura" e non per la sua "efficacia", cfr. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 84 e ss. e 89 e ss., per il quale nell'accertamento va compresa l'intera attività che stabilisce quale debba essere la disciplina giuridica di un caso concreto e che ha la funzione di determinare quale sia la norma concreta "come un momento del processo di attuazione del diritto" e "la funzione pratica dell'accertamento richiede necessariamente che esso sia dotato di forza vincolante"; ove si osserva (pp. 83-84) che l'atto in cui si traduce l'accertamento «*deve considerarsi come intrinsecamente dotato di forza vincolante congruente con il suo carattere assertorio, non come un mero giudizio logico che risulti vincolante solo di riflesso per non potere più essere in futuro rimesso in discussione*»; e che «[d]*al momento che l'individuazione della norma concreta si pone come un momento del processo di attuazione del diritto, la funzione pratica dell'accertamento richiede necessariamente che esso sia dotato di forza vincolante*», la quale rappresenta un dato strutturale dell'accertamento (p. 86). Più in generale sul carattere vincolante del provvedimento per l'amministrazione di veda M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, 2013 p. 199, secondo cui "*il provvedimento vincola lo stesso organo emanante, come dimostra il fatto che, per sottrarvisi, esso deve adottare un nuovo atto. La circostanza che l'atto amministrativo produca effetti anche nei confronti del suo autore si traduce, almeno astrattamente, nella possibilità che da esso derivino vincoli sulla attività di quest'ultimo. Essendo questa attività composta anche da ulteriori atti e provvedimenti, ne deriva logicamente che l'atto precedentemente adottato può condizionare la validità di quelli successivi*". Id., *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. – Persona e Amm.*, 2017, I, p. 210. Si richiami sempre in generale altresì A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, cit., p. 80, che ricostruisce una figura di preclusione, prodotta in generale dal potere nel senso di impedirne il riesercizio, propria del *ne bis idem* di carattere *logico* e un altro ordine di preclusione che deriva dalla *regolamentazione normativa della situazione di potere*..


ISSN 2036-7821

quali l'accertamento è strumentale e si affianca a un contenuto dispositivo principale (di tipo costitutivo) del provvedimento, a maggior ragione occorre riconoscere un analogo effetto vincolante all'attestazione, nella quale, si è detto, contenuto accertativo e contenuto dispositivo si fondono e rappresentano un unico momento della decisione di certificazione sull'avvenuta formazione del silenzio assenso[51]. Ciò in quanto, giova ribadirlo, nell'attestazione del silenzio assenso, alla stregua di ogni atto produttivo di certezza pubblica, l'effetto di accertamento è anche l'unico effetto dispositivo, posto che nel procedimento volto all'adozione dell'attestazione la fase di accertamento, normalmente inquadrata nell'istruttoria procedimentale e concentrata nell'attività di acclaramento e verifica dei fatti, non è meramente strumentale a un contenuto dispositivo ma è essa stessa il contenuto dispositivo dell'atto stesso.

In tale prospettiva, dunque, anche la possibilità che l'accertamento contenuto nell'attestazione del silenzio assenso sia soggetto a "contestazione" da parte della stessa amministrazione che l'ha resa, nelle forme del riesame demolitorio, ovvero soggetto a un ricorso giurisdizionale, non dovrebbe valere a impedire di riconoscere un'efficacia preclusiva all'attestazione stessa[52]; non foss'altro perché la possibilità di impugnare o di esercitare autotutela rispetto all'accertamento contenuto nell'attestazione dipende da un profilo soltanto esterno all'effetto e comunque solo eventuale perché collegato alle incognite circa la possibilità che venga o meno proposto un ricorso giurisdizionale o esercitato un potere di riesame della stessa attestazione. Ne deriva che l'effetto di accertamento, contenuto nell'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, non è qualificato diversamente a seconda che sia possibile o meno impugnare l'atto o annullarlo d'ufficio; ma anzi lo stesso effetto si produce nello stesso modo indipendentemente dalla possibilità che venga contestata o meno la validità e quindi anche la stabilità dell'atto da cui deriva[53].

---

[51] Per una ricostruzione in chiave critica, nel senso di escludere che l'effetto preclusivo possa considerarsi carattere distintivo di ogni atto produttivo di certezza, cfr. L. DONATO, *Le autocertifcazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli, 2015, 59 e ss.

[52] Parte della dottrina si è opposta al riconoscimento in capo al provvedimento amministrativo di un effetto preclusivo, inteso nei termini descritti da Falzea come sottrazione da contestazione dell'accertamento in esso contenuto, in quanto si afferma che l'accertamento non può comportare la formazione "*di uno stato di certezza intangibile, tale da restare del tutto indifferente alla corrispondenza o meno dei fatti accertati ai fatti reali*" e che l'effetto preclusivo deriva non dal provvedimento come "*atto*" ma dall'eventuale sua inoppugnabilità come "*fatto*"; e per tale ragione, si afferma, resta soltanto l'efficacia dichiarativa, che rimane "*agganciata alla convergenza con lo stato giuridico preesistente*", ossia subordinata alla necessaria corrispondenza tra fatti accertati e fatti realmente sussistenti; e che in ogni caso è "*contrastabile da parte degli interessati che siano in grado di dimostrare l'erroneità dell'accertamento e della valutazione dei fatti fissati nella motivazione del provvedimento*", nel senso che detta efficacia può essere "aggredita" da una reazione, in sede giurisdizionale, o giustiziale, o per effetto del potere di autotutela, e, finanche dopo il decorso del termine di decadenza, oggetto di disapplicazione in sede civile o penale; cfr. M. MONTEDURO, *op. ult. cit.*, pag. 131-132, nota n. 165.

[53] Sul punto vale l'insegnamento di G. CORSO, *L'efficacia*, cit., 111, che considera errato ritenere "*che la precarietà costituisca una modalità dell'effetto, idonea a definirlo o a qualificarlo, mentre essa indica soltanto la possibilità di un limite*


ISSN 2036-7821

Al contrario, confermerebbe il carattere vincolante dell'attestazione la circostanza che essa, al pari di ogni provvedimento, non potrebbe essere rimossa dalla stessa amministrazione senza limiti ma pur sempre nel rispetto dei presupposti, invero progressivamente resi dal legislatore sempre più rigidi e restrittivi, di esercizio dell'autotutela[54]. Sicché, in una prospettiva funzionale, proprio al fine di restituire una concreta utilità allo strumento, potrebbe essere recuperata una nozione di effetto preclusivo creato dall'attestazione alla stregua di quella che autorevole dottrina ha definito come "certezza-stabilità", in quanto diretta ad affermare una realtà giuridica, ossia la formazione del silenzio assenso, che può sussistere indipendentemente dalla "realtà" dei fatti accertati; e che mira dunque a conseguire in ogni caso la stabilità del rapporto giuridico (il silenzio assenso) così definito, e che, pertanto, può anche prescindere dalla stessa veridicità-correttezza dell'accertamento (e quindi anche prescindendo dalla conformità o non conformità della situazione accertata rispetto a quella "reale")[55].

Tutto ciò consentirebbe di concludere che l'attestazione del silenzio assenso non sia un mero atto ricognitivo, a valenza solo interna, ma si possa qualificare come un provvedimento di tipo accertativo, avente efficacia esterna e preclusiva, che consente

---

*temporale all'esistenza dell'effetto medesimo* […] *L'effetto, cioè, non può essere definito o qualificato da un fatto esterno ad esso, quale è l'annullamento, sia pure considerato in prospettiva, come possibilità di annullamento o precarietà o annullabilità* […] *In sintesi, l'identità di effetti tra atto imperfetto (sanabile) ed atto perfetto costituisce una regola generale degli atti giuridici, imposta dalle stesse ragioni di economia e di certezza giuridica che stanno a fondamento della sanatoria*". Cfr. anche pag. 183, ove si legge che "*la possibilità dell'invalidazione, incombente sull'effetto giuridico prodotto dall'atto annullabile, non incide sul contenuto dell'effetto, ma solo ne segna un'ipotetica prospettiva temporale: essa allude ad un eventuale fatto risolutivo (invalidativo), esterno all'effetto medesimo*". Sul tema dell'atto viziato, il quale produce effetti uguali a quelli dell'atto valido, si veda M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1964, 12 e ss.

[54] A tal riguardo, si può richiamare la stessa dottrina che ripudia l'effetto preclusivo del provvedimento (come effetto dell'atto e non del fatto-inoppugnabilità), riconoscendo "*che gli effetti giuridici del provvedimento si producano innanzitutto nella sfera giuridica dell'amministrazione adottante è ovvia conseguenza del principio generale secondo cui l'atto giuridico unilaterale produce effetti quanto meno nella sfera giuridica del suo autore* […] *Il vincolo (nel senso di auto-vincolo) a carico dell'amministrazione che sorge a seguito dell'adozione del provvedimento amministrativo è confermato anche dagli artt. 21-quinquies e 21-nonies della L. 241/1990, i quali consentono alla p.a. di sciogliersi dagli effetti del provvedimento ma non liberamente né ad nutum, bensì solo in presenza di precisi presupposti e nel rispetto di limiti sostantivi e garanzie procedurali: il che conferma la vincolatività del provvedimento anche per il suo autore, posto che, ove quest'ultimo non fosse autovincolato dal proprio decisum, potrebbe cancellare o mutare senza alcun limite quanto meno i provvedimenti che non abbiano consolidato vantaggi, ma solo creato svantaggi per i privati*"; così M. MONTEDURO, *Provvedimento e interpretazione autentica*, cit., pag. 63, nota n. 33.

[55] Secondo la nota distinzione tra certezza-stabilità e certezza-affidamento, ove si ha "«certezza» nel senso tradizionale, intesa come stabilità sociale di qualificazioni e rapporti giuridici" e "certezza intesa come affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone e/o di beni della vita"; distinzione elaborata da A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di «certezza»: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, cit., 867 e ss.; Id., *L'amministrazione tra «ricerca della verità» e «produzione di certezza»*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, p. 23. Rispetto alla certezza stabilità la veridicità dell'accertamento non è condizione di operatività della certezza ricadente su rapporti giuridici (come avviene rispetto al meccanismo con cui opera la cosa giudicata sostanziale); è evidente la differenza con la "certezza-affidamento" ove, invece, quel che interessa è sempre l'effettiva rispondenza al vero dell'accertamento.


ISSN 2036-7821

un recupero *ex post* di quella certezza che lo strumento di semplificazione (il silenzio assenso), eliminando il provvedimento espresso, non è in grado di assicurare.

***4. L'attestazione sulla formazione del silenzio assenso nei rapporti con i poteri di primo grado e di secondo grado.***

Da tali premesse deriva la necessità di indagare i rapporti sussistenti tra l'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20 e gli altri poteri amministrativi, di primo grado e di riesame.

Una volta formatosi il silenzio assenso, l'amministrazione non è più titolare di un potere di primo grado, ormai consumatosi, ma, se si segue l'impostazione poc'anzi delineata, l'unico potere di primo grado di cui è titolare è il potere di attestazione circa la formazione del silenzio assenso.

L'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 ha previsto espressamente l'inefficacia dell'atto tardivo adottato dopo la formazione del silenzio assenso; e al riguardo si può ampiamente dibattere circa le qualificazioni del regime di invalidità da riconoscere all'atto tardivo, sull'estensione dei poteri di autotutela *post silentium* agli effetti del silenzio assenso ovvero circoscritti soltanto all'atto tardivo, e ancora sul tema della consumazione del potere di primo grado.

Sicché, il silenzio assenso impedisce di riesercitare il potere di primo grado; e ciò vale in ogni caso anche ove si voglia riconoscere, secondo una tesi esposta in dottrina, che il potere di primo grado non si sia consumato per effetto del silenzio assenso, ma soltanto "spento", e quindi sia rimasto momentaneamente sospeso a causa dell'esistenza del silenzio assenso, pronto a "riaccendersi" e quindi a essere riesercitato non appena gli effetti del silenzio assenso dovessero essere rimossi tramite i poteri di autotutela[56].

Ciò posto, perfezionatosi il silenzio assenso, la distinzione tra attestazione della formazione del silenzio assenso e potere di primo grado va tenuta ben chiara proprio perché è concreto il rischio di confusione tra i due poteri.

Nella prassi, infatti, può facilmente verificarsi che, sotto le mentite spoglie di un diniego di attestazione della formazione del silenzio assenso, l'amministrazione adotti in realtà un atto tardivo di diniego dell'istanza; atto tardivo che potrebbe pure intervenire laddove l'amministrazione, sotto una falsa auto-qualificazione dell'atto come autotutela, esercitasse, in concreto, un potere di primo grado[57]. Per quanto possa risultare nella prassi difficile distinguere tra i diversi poteri, almeno in linea

[56] Secondo la suggestiva ricostruzione di G. GALLONE, *Tempo e potere: alcune considerazioni attorno al comma 8-bis dell'art. 2 della legge generale sul procedimento amministrativo*, in *Il dir. dell'econ.*, 2025, 1, p. 29.

[57] Su tali situazioni "connotate da forte ambiguità" cfr. P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, cit., p. 62. Le medesime perplessità circa le difficoltà di distinguere tra atto tardivo e attestazione sono espresse anche da G. PALLIGGIANO, *L'inerzia (significativa e non significativa) della P.A. alla luce del decreto semplificazioni*, cit., p. 296.


ISSN 2036-7821

generale, si dovrebbe considerare che con l'attestazione l'amministrazione verifica, in primo luogo, l'esistenza di un'istanza munita del *minimum* di elementi necessari a consentire all'amministrazione di pronunciarsi sulla stessa, e quindi idonea a far sì che si formi il silenzio; e, in secondo luogo, il decorso del termine di conclusione del procedimento senza una decisione espressa. Difettano, invece, nell'attestazione sulla formazione del silenzio quei profili valutativi rispetto ai fatti e agli interessi amministrati, che sono presenti nell'esercizio dei poteri di primo e che vengono recuperati nell'esercizio dei poteri di secondo grado[58].

Sotto altro profilo, l'attestazione va ben distinta dal potere di primo grado e correttamente qualificata proprio rispetto agli effetti del silenzio, che l'attestazione accerta come verificatisi. L'attestazione, dunque non può confondersi con un (tardivo) titolo abilitativo né sono ad essa imputabili autonomi effetti autorizzatori, i quali rimangono invece riconducibili esclusivamente al silenzio assenso[59].

Va precisato che l'attestazione della formazione del silenzio assenso non può valere come un atto di "conferma propria" degli effetti del silenzio assenso.

A tal riguardo, in un contesto normativo diverso da quello attuale, è stato da una parte della dottrina sostenuto che l'atto tardivo di accoglimento dell'istanza possa valere come un atto "meramente confermativo" degli effetti del silenzio assenso[60].

Invero, sul tema la giurisprudenza ha avuto modo di specificare che il provvedimento espresso, che reitera gli effetti del silenzio assenso, non costituisce atto meramente confermativo di quest'ultimo, in quanto presuppone l'esperimento di un'autonoma istruttoria, i cui risultati confluiscono nella motivazione del provvedimento espresso[61].

Ebbene, ammettere la possibilità di una conferma degli effetti del silenzio assenso risulta, in generale, difficile se si afferma che, dopo la formazione del silenzio assenso, l'amministrazione abbia ormai consumato il suo potere di provvedere in forma espressa, tranne che con i poteri di autotutela di cui agli artt. 21-quinquies e

---

[58] In tal senso, si legga espressamente Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4309, secondo cui "*Nell'ipotesi di silenzio-assenso, viceversa, si è ritenuto che l'inerente potere di autotutela assorba in sé anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, ma che l'Amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare. La funzione sollecitatoria a cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non può, infatti, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (art. 97 cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa. Pertanto, si è detto (ex aliis Tar Campania, Napoli, 10 settembre 2010 n. 17398) in sede di annullamento d'ufficio di un silenzio assenso, deve essere restituito integro il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che a suo tempo l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale di primo grado ad essa spettante*".

[59] In termini E. BOSCOLO, *Semplificazioni e flessibilizzazioni nella disciplina dei titoli edilizi*, cit., p. 187.

[60] E. SCOTTI, *Silenzio assenso*, in A. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 680.

[61] Così già Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2013, n. 4507.


ISSN 2036-7821

21-nonies espressamente contemplati dal comma 3 dell'art. 20[62]; sia se si riconosce che, tollerando un atto di conferma del silenzio assenso, si legittimerebbe anche il comportamento dell'amministrazione che ha violato l'obbligo di provvedere[63]. La conferma, oltretutto, porterebbe anche un effetto sostitutivo degli effetti del silenzio assenso, che è poi anche la ragione della riapertura dei termini per impugnare l'atto confermativo[64].

Ammettendo che un atto amministrativo possa tardivamente confermare gli effetti del silenzio assenso, da una parte, si consentirebbe la riapertura dei termini di impugnazione avverso l'atto stesso, dall'altra parte, si posticiperebbero i termini per esercitare i poteri di autotutela, e specialmente il potere di annullamento d'ufficio.

L'attestazione sulla formazione del silenzio, invece, non può valere come conferma e non si sostituisce al titolo abilitativo tacito[65], ma, come si è anticipato, si limita ad accertarne la formazione, pur producendo un effetto di certezza legale circa l'esistenza degli effetti ampliativi propri del silenzio assenso.

Ciò posto, alla luce dell'art. 2, comma 8-bis, dovremmo concludere che è inefficace ogni determinazione tardiva che non sia esercizio dei poteri di autotutela, espressamente fatti salvi dal comma terzo dell'art. 20, ovvero che non sia la stessa attestazione del silenzio assenso prevista dal comma 2-bis dell'art. 20. Di conseguenza, va esclusa la conferma del silenzio assenso, come va altresì considerato inefficace anche ogni atto tardivo finanche di segno positivo che intervenga quando sia ormai decorso il termine di conclusione del procedimento e si sia ormai

---

[62] Sul tema in giurisprudenza *ex multis* Cons. Stato, sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854. In dottrina si tende ad affermare che con il silenzio assenso il potere dell'amministrazione si consuma; cfr. in tal senso *ex multis* G. CORSO, *Silenzio-assenso: il significato costituzionale*, cit., p. 16; *contra* si veda già la tesi di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio-assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005 n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, 179, secondo cui il silenzio assenso non cancella il dovere di provvedere.

[63] Appare decisamente minoritario l'orientamento secondo cui a seguito della formazione del silenzio assenso il decorso del termine previsto per la conclusione del procedimento non consuma il potere della Amministrazione di provvedere; cfr. Cons. Stato, sez. VII, 11 maggio 2023, n. 4769; si veda altresì TAR Lombardia, Milano, sez. I, 22 febbraio 2019, n. 358, che però riconosce che "*Il provvedimento espresso, tardivamente intervenuto, cancella quindi il silenzio, sia se formatosi in senso negativo che positivo, poiché non è ammissibile che la P.A. si pronunci al solo fine di confermare il silenzio mantenuto, legittimando un comportamento che viola l'obbligo di provvedere*". Nel diverso contesto del silenzio diniego sull'istanza di accesso agli atti, si è sostenuto che "*il decorso del predetto termine non consuma il potere della P.A. di provvedere sull'istanza di accesso agli atti, mantenendo la P.A. il potere di emanare un diniego, o anche un accoglimento, espresso e motivato: un diniego esplicito, infatti, pur se rilasciato dopo la formazione del c.d. silenzio diniego di cui al succitato art. 25, comma 4, costituisce un atto di conferma a carattere rinnovativo, che modifica la realtà giuridica e che deve essere specificamente impugnato*"; cfr. Cons. Stato, sez. VII, 30 luglio 2024, n. 6854.

[64] Cfr. Cons. Stato, Sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746; TAR, Milano, Sez. IV, 8 marzo 2019, n. 499. In dottrina, si veda L. MAZZAROLLI, *Gli atti amministrativi di conferma*, Padova, 1964, 49-50. In termini critici rispetto alla ricostruzione della conferma in senso proprio come sostituzione dell'atto riesaminato si veda N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 123. Cfr. G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 40

[65] Cfr. E. BOSCOLO, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 2021, fasc. 5, p. 1264.


ISSN 2036-7821

perfezionato il silenzio assenso[66].

Alla luce del comma 3 dell'art. 20, rimane, piuttosto, da chiedersi quali poteri di autotutela siano ammessi e come si relazionano rispetto all'attestazione di cui al comma 2-bis.

L'attestazione, si è detto, deve avere un'efficacia vincolante rispetto alla certezza creata in ordine all'esistenza del silenzio assenso. Ciò ovviamente non significa che l'amministrazione che ha reso l'attestazione sul silenzio assenso non possa successivamente decidere di revocare o annullare d'ufficio lo stesso silenzio assenso, trattandosi di poteri espressamente richiamati dal comma 3 dell'art. 20[67]. L'attestazione, del resto, accerta l'esistenza del silenzio assenso ma non la sua legittimità[68]; specialmente una volta ammesso che il silenzio assenso si formi nonostante la sussistenza di cause di illegittimità. Si tratta quindi di un effetto vincolante di tipo debole, anche considerata l'impossibilità di trapiantare sull'atto amministrativo, e tantomeno sul silenzio assenso, canoni di immutabilità e intangibilità propri di altre categorie come il giudicato o il contratto[69].

Tuttavia, l'amministrazione nel decidere di annullare d'ufficio non potrà *ad nutum* disattendere l'esito dell'attestazione, anche solo perché da essa sono derivati effetti di consolidamento del legittimo affidamento in capo al singolo circa la formazione del

---

[66] In tal senso espressamente P. CERBO, *Inefficacia della determinazione tardiva ed effettività della tutela*, cit., p. 60, che ravvisa il rischio per l'istante che un atto tardivo di assenso possa spostare in avanti i termini per l'impugnazione e per l'esercizio dell'autotutela. Allo stesso modo può ritenersi inefficace anche quel "titolo autorizzatorio documentale", cui fa riferimento la giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 1 agosto 2019, n. 10227, in *www.giustizia-amministrativa.it*) che parlava di obbligo dell'amministrazione di adottare, dopo la formazione del silenzio assenso, tale atto, anche prima della previsione dell'attestazione; il "titolo autorizzatorio documentale" tuttavia, rispetto all'attestazione rischia di identificarsi piuttosto in un provvedimento tardivo di segno positivo, che consentirebbe di riaprire i termine di impugnazione e di autotutela.

[67] *Contra* l'idea formulata da M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit., 183-184, che sostiene che, secondo una lettura restrittiva del "fermo restando" previsto subito dopo la previsione dell'inefficacia dell'atto tardivo, sostiene che i poteri di secondo grado sarebbero ammessi solo rispetto all'atto tardivo, con la conseguenza che sarebbe ammessa solo la possibilità di eliminare l'atto espresso emesso fuori termine.

[68] Nello stesso senso anche B. MERCURIO – C. CAPPABIANCA, *Il silenzio assenso nella formazione del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica: fra incertezza dei rapporti e sbilanciamento degli interessi pubblici. La semplificazione che non giova*, in Nuove Autonomie, 1-2/2024, p. 199

[69] Categoria del giudicato proposta con il termine corrente di *Rechtskraft* anche per l'atto amministrativo dalle riflessioni della giuspubblicistica di lingua tedesca nel tardo ottocento e agli inizi del novecento. Il riferimento è alla nota teoria dell'affermazione della "forza di diritto" anche rispetto all'atto amministrativo, nel contesto di una più generale teoria unitaria di tutti gli atti del pubblico potere, senza distinzioni tra amministrazione e giurisdizione, il cui principale fautore è Adolf Merkl, nella nota opera A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, in ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi*, Milano, 1987, 327 e ss. In dottrina, nel senso dell'impossibilità di riferire all'atto amministrativo la teorica della cosa giudicata materiale M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo,* cit., 187. Si potrebbe suggerire, in una prospettiva *de iure condendo*, l'introduzione o di un'ipotesi di attestazione che renda definitivi e sottratti al riesame gli effetti del silenzio assenso o di una fattispecie di autotutela doverosa, che imponga all'amministrazione di riesaminare una volta per tutte, con effetto demolitorio o conservativo, il silenzio assenso.


ISSN 2036-7821

silenzio assenso, di cui occorrerà evidentemente tener conto[70]. Ciò anche alla luce dei principi di collaborazione e di buona fede che informano i rapporti tra cittadini e amministrazione (art. 1, co. 2-bis, l. n. 241/1990)[71].

In tal senso l'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, proprio perché diretta a garantire certezza sull'esistenza del silenzio assenso, potrebbe portare dei risultati di consolidamento del legittimo affidamento maturato dal privato circa la stabilità degli effetti del silenzio assenso. Il rilascio dell'attestazione, infatti, rappresenta comunque l'esito di una decisione dell'amministrazione che, pur potendo riesaminare e revocare o annullare d'ufficio gli effetti del silenzio assenso, ove ne abbia ravvisato l'illegittimità e/o la contrarietà all'interesse pubblico, ha, almeno nelle more, preferito rilasciare l'attestazione; ovviamente riservandosi la possibilità di autotutela fintanto che ve ne siano i presupposti e i termini. Da ciò il privato potrebbe anche aver maturato il legittimo affidamento che l'amministrazione intenda conservare gli effetti del silenzio assenso.

Non è da escludere, però, che l'amministrazione, proprio perché richiesta dal privato di rilasciare l'attestazione ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, si accorga di una causa di invalidità che inficia il silenzio assenso e decida di esercitare un potere di riesame per la rimozione del vizio; ciò, in linea generale, sia nel caso in cui l'amministrazione abbia reso l'attestazione, sia nell'ipotesi in cui non abbia provveduto e, inutilmente decorsi dieci giorni, il privato abbia sostituito l'attestazione con la propria autocertificazione, come previsto dal comma 2-bis dell'art. 20[72].

---

[70] *Contra* R. CAROCCIA, *Attuale conformazione e confini dell'istituto del silenzio assenso dopo il d.l. 31 maggio 2021 n. 77*, cit., p. 116. In generale, si condivide l'opinione secondo cui, quando manca un provvedimento espresso, in ragione della mancanza di una motivazione sulla fondatezza dell'istanza, il legittimo affidamento del privato circa la stabilità degli effetti del silenzio assenso rispetto all'esercizio del potere di riesame è più "debole" rispetto alla situazione che sarebbe deriva se fosse stato adottato il provvedimento espresso; cfr. in tal senso W. GIULIETTI, *Commento all'art. 20,* in Bartolini, Fantini, Ferrari (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, p. 492.

[71] Può apparire in tal senso significativo che la stessa relazione illustrativa al d.l. semplificazioni 2021 abbia sottolineato che le modifiche al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990 fossero dirette a "dare garanzia al legittimo affidamento del privato".

[72] Nel caso in cui sia stata rilasciata, dopo aver annullato d'ufficio gli effetti del silenzio assenso, l'amministrazione potrebbe annullare d'ufficio anche l'attestazione del silenzio assenso e v'è da chiedersi se, ai fini dell'applicazione del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-nonies, comma 1, l. n. 241/1990, l'attestazione possa farsi rientrare anch'essa nella nozione di "provvedimenti di autorizzazione" o "attributivi di vantaggi economici", aderendo a un indirizzo giurisprudenziale che parrebbe aver esteso la categoria anche a provvedimenti non strettamente qualificabili in senso tradizionale come autorizzazioni (come l'attestato di libera circolazione di un bene culturale; argomento che deriva da Cons. Stato, Sez. IV, 16 ottobre 2024, n. 8296). Si potrebbe, in buona sostanza, sostenere che anche l'attestazione della formazione del silenzio assenso, rimuovendo l'incertezza originaria sull'esistenza del silenzio assenso, produce un effetto ampliativo della sfera giuridica dell'istante. In dottrina, sulla forza espansiva della locuzione -contenuta nell'art. 21-nonies- "*provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici*", riferibile a tutte le tipologie di atti satisfattivi di interessi legittimi


ISSN 2036-7821

A tal riguardo, rispetto al legittimo affidamento, si potrebbe considerare diversamente la posizione dell'istante privato a seconda che l'attestazione sia stata chiesta e ottenuta prima o dopo che l'amministrazione abbia già avviato e comunicato l'avvio del procedimento volto all'annullamento d'ufficio.
Dall'altra parte, è pur vero che lo stesso privato, specialmente se consapevole dell'esistenza di ragioni di illegittimità che inficiano il silenzio assenso, proprio per evitare di sollecitare un riesame da parte dell'amministrazione, potrebbe preferire attendere che siano scaduti i termini per l'annullamento d'ufficio del silenzio assenso, per poi chiedere successivamente l'attestazione ex art. 20, co. 2-bis, l. n. 241/1990, soltanto quando non sia più possibile l'annullamento d'ufficio per decorso dei dodici mesi. In tal senso, in una prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere utile estendere il contenuto dell'attestazione anche rispetto all'accertamento dell'eventuale già maturato decorso del termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio del silenzio. Nel qual caso dovremmo avere un'attestazione di "definitiva" formazione del silenzio assenso, ormai non più soggetta quantomeno all'annullamento d'ufficio.
È invero altresì possibile che l'amministrazione decida anche di convalidare il silenzio assenso. La convalida del silenzio assenso -silenzio assenso che "equivale" a un provvedimento espresso- sembrerebbe ammessa sia dal comma 3 dell'art. 20, che richiama indistintamente l'art. 21-nonies, e quindi anche il comma 2 sulla convalida, sia dall'art. 21, che nell'escludere la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista nelle ipotesi di silenzio assenso formatosi su dichiarazioni mendaci o false attestazioni, ammetterebbe implicitamente la possibilità di una convalida in tutti gli altri casi[73]. Alla convalida del silenzio assenso seguirebbero ovviamente effetti di consolidamento e stabilizzazione del silenzio assenso, connessi oltre che alla rimozione della causa di invalidità che inficiava l'istanza assentita *per silentium*, anche a un recupero postumo della funzione amministrazione, e quindi a una ponderazione effettiva, benché tardiva, degli interessi in gioco, originariamente mancata nel procedimento di primo grado proprio a causa della inerzia dell'amministrazione.

### *5. L'attestazione "sostituita" dalla dichiarazione del privato resa ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000: criticità e soluzioni interpretative.*

Suscita, invece, numerose perplessità la previsione dell'art. 20, comma 2-bis, secondo cui decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, senza che l'amministrazione abbia reso l'attestazione, essa è "sostituita" dalla dichiarazione del privato ai sensi dell'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000. Si tratta della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà

pretensivi dei richiedenti, si veda già R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *www.federalismi.it*, 23/2017, p. 7.

[73] Sul tema sia consentito un rinvio a A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida,* Torino, 2024, pp. 186 e ss.


ISSN 2036-7821

che, ai sensi dell'art. 1 lett. h) del d.PR. n. 445/2000, si qualifica come il documento sottoscritto dall'interessato, concernente stati, qualità personali e fatti, che siano a diretta conoscenza di questi.

Al di là delle criticità che la dottrina ha già avuto modo di evidenziare e che riguardano principalmente lo spostamento in capo al privato delle responsabilità connesse al rendere una dichiarazione sostitutiva che dovesse ritenersi non veritiera – il che rende lo strumento dell'attestazione-autocertificazione del silenzio più che uno strumento di garanzia e di certezza una "trappola"[74]- ci si può interrogare sul valore della dichiarazione del privato in chiave "sostitutiva" dell'attestazione e dunque anche sul ruolo che è chiamato a svolgere il privato nel rendere la sua dichiarazione.

Ciò anche al fine di verificare che effetti e che utilizzo può avere la dichiarazione sostitutiva, specialmente se confrontati con l'attestazione espressa, e onde poi valutare se, a fronte della possibilità di autocertificare, il privato possa avere ancora interesse ad avvalersi di altri rimedi processuali, come l'azione di accertamento del silenzio assenso ovvero l'azione avverso il silenzio diretta a compulsare l'amministrazione a rilasciare un titolo abilitativo espresso.

In un più generale inquadramento delle autocertificazioni, anche la dichiarazione sostitutiva prevista dal comma 2-bis dell'art. 20 appare sorretta tanto dalla componente di semplificazione quanto dalla componente collaborativa sottese all'istituto dell'autocertificazione. Da una parte, a uno strumento che già si prefigge finalità di semplificazione, quale è il silenzio assenso, se ne aggiunge un'ulteriore, anch'esso tradizionalmente inquadrato nel solco degli istituti di semplificazione, che è l'autocertificazione in funzione sostitutiva dell'attestazione del silenzio; dall'altra parte, nell'ottica di un rafforzamento dei principi di collaborazione e della buona fede, di cui l'attestazione del silenzio assenso è espressione, la stessa dichiarazione sostitutiva può essere la chiave per spostare sui privati, secondo il paradigma proprio dell'auto-responsabilità, funzioni nuove di produzione di certezze pubbliche; funzioni soggette pur sempre al controllo amministrativo, che, ove rimanessero in "monopolio" esclusivo del soggetto pubblico[75], rischierebbero di aggravare eccessivamente i compiti della stessa amministrazione senza offrire le

[74] Così M.A. SANDULLI, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 2022; Id., *Addenda 2021 a "Principi e regole dell'azione amministrativa"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2021. Già sulle difficoltà di ridurre all'alternativa secca vero/falso, una rappresentazione che potrebbe contenere errori circa la valutazione e la ricostruzione di un quadro normativo (errori perfettamente compatibili e possibili in considerazione della complessità e contraddittorietà delle norme), si veda sempre M.A. SANDULLI, *La semplificazione della produzione documentale mediante le dichiarazioni sostitutive di atti e documenti e l'acquisizione d'ufficio*, p. 188.

[75] Espressione che si ritrova in G. GARDINI, *Autocertificazione*, in *D. disc. pubbl.*, agg., Torino, 2005, 110


ISSN 2036-7821

garanzie di certezza cui aspira il privato[76].

Orbene, con la dichiarazione sostitutiva di cui al comma 2-bis dell'art. 20, il privato, sostituendosi all'amministrazione, è chiamato ad "*autoprodursi*" una "*certezza*" sulla formazione del silenzio assenso che è diretta a circolare nei rapporti con i terzi e con la stessa amministrazione. La norma è, infatti, chiara nel prevedere che l'attestazione è "sostituita" con la dichiarazione del privato resa ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445 del 2000.

Se così è, la dichiarazione del privato "si sostituisce" nel senso di assolvere alla medesima funzione ricognitiva o di produzione di certezza pubblica, a seconda delle tesi sulla qualificazione dell'atto sostituito, normalmente spettante all'amministrazione con l'attestazione; con la conseguenza che la dichiarazione del privato finisce per equivalere all'attestazione resa dall'amministrazione. Se così non fosse, in disparte il dato testuale della norma che riferisce di una "sostituzione" del privato all'amministrazione, si dovrebbe riconoscere la completa inutilità dell'istituto dell'autocertificazione prevista dal comma 2-bis, al quale dovrebbe essere riconosciuta una valenza diversa e comunque inferiore rispetto all'attestazione.

Diversamente, solo ammettendo che la dichiarazione sostitutiva del privato equivalga ad ogni effetto all'attestazione, anche sul fronte processuale, si può escludere l'interesse a ricorrere del privato nel proporre un'azione di accertamento del silenzio assenso; azione che si ritiene ammissibile soltanto in via residuale e in assenza di altri strumenti di tutela allorché quindi una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente[77]. Così come rimane discutibile se, ammettendo la sostituzione della certificazione e quindi anche effetti di definitiva consumazione del potere di attestazione, sia proponibile un'azione avverso il silenzio per far accertare l'obbligo dell'amministrazione di attestare l'avvenuta formazione del silenzio assenso; specialmente considerando che, in altri contesti normativi, come il comma 6 dell'art. 36-bis del t.u. edilizia, si è avvertita invece espressamente la necessità di prevedere, decorsi dieci giorni senza il rilascio dell'attestazione, in luogo dell'autocertificazione, la possibilità di proporre azione avverso il silenzio[78].

---

[76] Può tornare utile la nozione di "certezze liquide" formulata da L. DONATO, *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli, 2015 p. 222, che prospetta la possibilità che le dichiarazioni sostitutive siano idonee a produrre esse stesse "certezze", nella prospettiva che l'individuo possa essere chiamato a produrre da sé il bene (e dunque la certezza) di cui necessita. Cfr. A. LIVERANI, *Certificazione I) diritto amministrativo*, postilla di aggiornamento 2006, in Enc. giur., VI, 1988, secondo cui la funzione di certificazione non è più appannaggio dei pubblici poteri.

[77] Così già la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 29 luglio 2011 n. 15.

[78] Secondo quanto prevede il comma 6 dell'art. 36-bis t.u. edilizia, "*l'amministrazione è tenuta a rilasciare, in via telematica, su richiesta del privato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e dell'intervenuta formazione dei titoli abilitativi. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'istante può esercitare l'azione prevista dall'articolo 31 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".


ISSN 2036-7821

Se, dunque, si ipotizza che l'attestazione del silenzio assenso è un potere e non un mero atto ricognitivo, bisognerebbe anche percorrere una soluzione interpretativa che porti a riconoscere al privato la medesima funzione pubblica spettante all'amministrazione di produzione di certezza legale, come prima prospettata[79]. Occorrerebbe altresì assumere che, decorsi dieci giorni dalla richiesta, si consumi il potere dell'amministrazione di provvedere con l'attestazione, nel senso di non poter tornare a decidere attestando la mancata formazione del silenzio assenso, anche perché, diversamente, in caso di sopravvivenza del potere di attestazione, si arriverebbe ad avere due poteri, uno in mano pubblica, l'altro in via sostitutiva esercitato dal privato, che logicamente oltre che giuridicamente non possono convivere[80]. Con il rischio, tuttavia, che l'amministrazione, nel breve tempo di dieci giorni a disposizione, si affretti a rendere un'attestazione negativa del silenzio assenso soltanto per evitare la sostituzione dell'attestazione con la dichiarazione resa dal privato ai sensi del d.P.R. n. 445/2000.

Secondo questa possibile soluzione teorica, tuttavia, si giungerebbe alla conclusione per cui, tramite la dichiarazione sostitutiva dell'attestazione del silenzio assenso, il privato sia chiamato non solo a svolgere una mera attività cognitiva in sostituzione dell'amministrazione[81], limitata alla fase dell'istruttoria procedimentale e strumentale

[79] Una siffatta sostituzione del privato risulta evidentemente inconcepibile in un sistema nel quale, in forza di un sistema monopolistico di gestione della certezza pubblica, si ammette che "*alle dichiarazioni di scienza redatte e sottoscritte da soggetti privati, per contro, non sembra potersi ricondurre alcun effetto preclusivo, dal momento che a costoro non è attribuito un potere di acclaramento o certificativo*"; cfr. G. GARDINI, *op. ult. cit.*, 110.

[80] Un effetto di consumazione del potere, sulla falsariga di un potere da esercitarsi *one shot*, non risulterebbe neppure del tutto incoerente rispetto ad altre soluzioni normative introdotte dallo stesso legislatore della semplificazione, come l'art. 10-bis, che hanno introdotto effetti di definitivo esaurimento del potere nei procedimenti ad istanza di parte (in tal senso G.A. PRIMERANO, *Esecuzione del giudicato amministrativo e prescrizione dell'azione di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 157 ss.; P. CHIRULLI, *"The anatomy of administrative law": suggestioni di una lettura*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 646 ss; *contra* M. RICCIARDO CALDERARO, *Il preavviso di rigetto ai tempi della semplificazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 6 aprile 2022. Sull'art. 10-*bis*, l. n. 241/1990, così come da ultimo modificato, si vedano anche M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con il d.l. n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020)*, in *giustamm*, 2020, 11; M. R. SPASIANO, *Nuovi approdi della partecipazione procedimentale nel prisma del novellato preavviso di rigetto*, in *Dir. Econ.*, 2021, 2, 1; L. FERRARA, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, 3, 573 e ss.; S. BOCCHINI, *Preavviso di rigetto, effetto preclusivo e giudicato di annullamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2022, 1, 149 e ss.; M. TRIMARCHI, *Note sul preavviso di rigetto dopo la legge n. 120 del 2020*, in *Dir. e proc. amm*, 2022, 2, 415 e ss.; L. TARANTINO, *La novella dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e la posizione della giurisprudenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 20 giugno 2022; M. CLARICH, *Limiti oggettivi e soggettivi del giudicato amministrativo e riesercizio del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, 1, 33 e ss.; M. RAMAJOLI, *Preavviso di rigetto, preclusioni, giusto procedimento e giusto processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 3, 595 e ss.; A. GUALDANI, *Le novità in tema di preavviso di rigetto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2022, n. 2, 533 e ss.; A. ZITO, *La scelta discrezionale della P.a. tra principio di esauribilità del potere e controllo effettivo sul suo esercizio: per una ridefinizione del concetto di discrezionalità*, in *Dir. amm.*, 2023, 1, 29 e ss.

[81] Sul tema E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano, 2011, p. 279 secondo cui "*Il ruolo cognitivo riconosciuto ai privati risponde a più esigenze di semplificazione e trova la sua giustificazione razionale nella "vicinanza alla prova": complessivamente si definisce un modello nel quale le garanzie*


ISSN 2036-7821

alla decisione amministrativa[82], ma a esercitare in via sostitutiva anche la medesima attività dispositiva-decisionale di creazione della certezza legale, diretta alla circolazione nei rapporti con i terzi, che altrimenti competerebbe al soggetto pubblico.

La difficoltà, dunque, non è soltanto nello spostare in capo al privato l'attività conoscitiva ma nel riconoscere al singolo uno spazio decisionale nuovo, rispetto alla creazione della certezza pubblica sulla formazione del silenzio, con tutte le perplessità connesse alla non imparzialità del privato che rimane portatore di interessi confliggenti con quelli pubblici, specie quando si tratta di autocertificare l'esistenza di un effetto ampliativo rinveniente dal silenzio assenso. Con una dichiarazione sostitutiva pienamente assimilata all'attestazione, però, il privato si troverebbe a svolgere una funzione non soltanto dichiarativa, ossia di mera rappresentazione di un fatto, già accertato da altro atto amministrativo, ma anche, in via sostitutiva rispetto all'amministrazione, la medesima funzione preclusiva sottesa alla creazione di quella (nuova) certezza circa un fatto omissivo, il silenzio assenso, che avrebbe dovuto essere assolta dall'attestazione ex art. 20, co. 2-bis, l. n. 241/1990.

La previsione di una dichiarazione, da rendersi ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000, quindi, potrebbe mal conciliarsi con l'esercizio in via sostitutiva da parte di un privato di un potere accertativo di un effetto favorevole, di cui pure abbia "diretta conoscenza", da prodursi in capo allo stesso soggetto che rende la dichiarazione sostitutiva.

Ciò posto, per una piena assimilazione della dichiarazione sostitutiva all'attestazione si potrebbe tentare di estendere l'applicazione del medesimo regime giuridico applicabile all'attestazione che viene sostituita.

Sul punto possono esprimersi plurime perplessità ed è anzi ragionevole aspettarsi un

---

*tradizionalmente riposte nell'istruttoria pubblica sono progressivamente (presuntivamente) fornite dall'autoresponsabilità privata, il che è espressione anche ad un diverso rapporto di fiducia tra amministrazione e cittadino*".

[82] In tal senso si riconosce che la dichiarazione sostitutiva di certificati possa essere idonea a costituire il fatto da cui nasce per l'amministrazione la conoscenza giuridica del dato dichiarato; compete all'amministrazione decidere se acquisire d'ufficio quanto dichiarato dal privato ovvero accettare la dichiarazione sostitutiva del privato e porla a base della propria decisione; in termini L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., pp. 111-112. Parla di "presunzione di veridicità" della autocertificazione, salve le diverse risultanze dell'attività di verifica deputata all'amministrazione, E. CARLONI, *op. ult. cit.*, 279. Nello stesso già P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione*, Roma, 2005, 282, il quale sostiene però che alle dichiarazioni sostitutive va data soltanto un "valore probatorio procedimentale", in quanto non creano certezze e non possono circolare al di fuori del procedimento entro cui sono state prodotte e la loro funzione è limitata ai rapporti con l'amministrazione (pp. 283-284). Cfr. anche G. ARENA, *"Autocertificazioni" e amministrazione per interessi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, I, 1988, p. 51, che, partendo da una diversa premessa secondo cui "*le certificazioni (e quindi anche la autocertificazioni) non «creano» la qualità giuridica della certezza ma si limitano a rappresentarla ed a porla in circolazione per uso della collettività"* e che *"la certezza è una «realtà» che esiste già nel mondo giuridico"*, conclude nel senso di ritenere possibile che un soggetto privato possa rappresentare detta certezza all'esterno e porla in circolazione, mediante l'autocertificazione che è atto "*meramente dichiarativo di un dato che è già stato qualificato da un altro atto giuridico*" (p. 52).


ISSN 2036-7821

atteggiamento di ritrosia da parte dello stesso privato nel riconoscere e accettare che la propria dichiarazione, che è pur sempre una dichiarazione di parte unilaterale, possa davvero equivalere al "documento cartaceo" attestante l'esistenza di un atto amministrativo ampliativo della propria sfera giuridica.

Invero, in un'ottica processuale, già dovrebbe escludersi che la dichiarazione sostitutiva, quale atto a formazione privata unilaterale, possa produrre effetti probatori rispetto alle deduzioni della parte da cui proviene (nel nostro caso sull'esistenza stessa del silenzio)[83]; ciò diversamente dall'attestazione, cui si potrebbe invece ricollegare efficacia di piena prova fino a querela di falso. Come pure dovrebbe escludersi nel processo amministrativo l'ingresso di una dichiarazione sostitutiva o di un'autocertificazione, sia pure sull'esistenza del silenzio assenso, proveniente da un terzo che rischierebbe di diventare un modo surrettizio per introdurre nel giudizio una prova testimoniale non autorizzata[84]. Sicché, salva la valenza quale mero indizio, sempre unitamente ad altri elementi gravi, precisi e concordanti, la dichiarazione del privato ex art. 47 d.P.R. n. 447/2000 finirebbe per avere una funzione probatoria, per vero limitata e soltanto eventuale, esclusivamente in via mediata e facendo leva su altre regole processuali, come il principio di non contestazione richiamato dall'art. 64, co. 2, c.p.a.[85], in forza del quale il fatto (silenzio assenso) rappresentato dall'autocertificazione potrebbe essere posto a fondamento della decisione del giudice in quanto fatto "*non specificatamente contestato dalle parti costituite*"[86]; ovvero la dichiarazione sostitutiva del privato potrebbe valere a giustificare l'esercizio di poteri istruttori officiosi da parte del giudice amministrazione, che proprio in ragione dell'introduzione del fatto rappresentato nella dichiarazione del privato sostitutiva, potrebbe chiedere all'amministrazione di rendere chiarimenti o documenti in ordine all'esistenza del silenzio assenso oppure potrebbe ordinare una verificazione sul punto.

Ciò posto rimane la difficoltà di conciliare l'utilizzo dell'attestazione, inquadrabile come "certificazione", con il generale divieto di utilizzare certificati nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione, previsto dall'art. 40, d.P.R. n. 445/2000, secondo cui le certificazioni, e quindi anche l'attestazione del silenzio assenso

---

[83] Così si veda in giurisprudenza Cassazione civile, Sezioni Unite 29 maggio 2014, n. 12065.

[84] In tal senso si veda Cons. Stato, Sez. IV, 25 maggio 2018, n. 3143.

[85] Sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, si vedano F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.; G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1142 ss.; E. ROMANO, *La 'non contestazione' nel processo amministrativo*, Torino, 2016; F. GAFFURI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, Milano, 2018.

[86] Suggerisce una valenza probatoria delle autocertificazioni, rispetto alla capacità di introdurre fatti nel giudizio rispetto ai quali è possibile valutare il comportamento tenuto dalle parti nei cui confronti la dichiarazione è resa (e quindi anche la non contestazione), L. DONATO, *Le autocertificazioni*, cit., p. 225-226, nota n. 7.


ISSN 2036-7821

rilasciata dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti è valida e utilizzabile solo nei rapporti tra privati; mentre nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47. Sicché nei rapporti con la stessa amministrazione, varrebbe quanto previsto dall'art. 43 d.P.R. n. 445/2000 secondo cui le amministrazioni, che non possono accettare certificati, o acquisiscono d'ufficio le informazioni oggetto della dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 47-nel nostro caso sostitutiva della stessa attestazione-oppure sono tenute ad accettare la dichiarazione sostitutiva del privato. Da qui si potrebbe addirittura ipotizzare che l'attestazione espressa sul silenzio assenso possa essere utilizzata esclusivamente nell'ambito di negoziazioni interprivatistiche e con il sistema creditizio.

Da un diverso angolo visuale, aderendo a una soluzione interpretativa più estrema, nei rapporti con la pubblica amministrazione si potrebbe pure tentare di prospettare il carattere definitivo e vincolante dell'autocertificazione che - salvi i poteri di autotutela che potrebbero portare all'annullamento d'ufficio del silenzio assenso determinando la caducazione in via derivata anche degli effetti dell'autocertificazione - dovrebbe essere tenuta sempre ad accettare la dichiarazione sostitutiva considerandola come veritiera. Detta soluzione consentirebbe, da un lato, il reale risultato di semplificazione perseguito dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, perché l'amministrazione non sarebbe ulteriormente e nuovamente gravata dal dover controllare la veridicità dell'autocertificazione; e dall'altro lato, darebbe all'autocertificazione una reale utilità concreta perché non potrebbe essere messa in discussione dall'amministrazione.

Se, invero, si ritiene che l'amministrazione, decorsi dieci giorni dalla richiesta del privato, abbia consumato il potere di attestare (e quindi anche non attestare) il silenzio assenso, per riconoscere effetti vincolanti all'autocertificazione si dovrebbe ipotizzare l'esclusione anche dei poteri di verifica e controllo diretti a confutare la dichiarazione sostitutiva che in generale sono previsti dal d.P.R. n. 445/2000 (in particolare dagli artt. 43 e 71). In altri termini, seguendo questo percorso argomentativo, l'amministrazione, non potendo più rendere l'attestazione circa la formazione del silenzio assenso, da intendersi definitivamente sostituita dalla dichiarazione resa dal privato ai sensi dell'art. 47 d.P.R. n. 445/2000, non potrebbe più né, ai sensi dell'art. 43 d.P.R. n. 445/2000, acquisire d'ufficio un documento, l'attestazione del silenzio assenso (che non potrebbe più rendere la stessa amministrazione considerata la definitiva consumazione del relativo potere); né, ai sensi dell'art. 71 d.P.R. n. 445/2000, potrebbe più effettuare controlli sulla veridicità della dichiarazione sostitutiva (in via definitiva) dell'attestazione. Detta soluzione, tuttavia, in assenza del controllo di cui agli artt. 43 e art. 71, rischierebbe di sottrarre


ISSN 2036-7821

la stessa dichiarazione sostitutiva alla "sanzione" della decadenza dei benefici prevista dall'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, ove fosse "non veritiera" o "mendace"[87]. Soluzione che, specialmente nell'ipotesi di falsa dichiarazione dolosa, finirebbe per contraddire la stessa finalità dell'autocertificazione che, quando sostitutiva dell'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, è quella di tutelare l'affidamento del privato circa la formazione del silenzio assenso soltanto in quanto tale affidamento sia sorto in buona fede e non quando sia frutto di condotte del privato dolose o dovute a colpa grave.

Invero, su tutte le questioni sinora delineate il comma 2-bis dell'art. 20 l. n. 241/1990 non prevede nulla.

Si potrebbe, piuttosto, far leva sul generale principio di legittimo affidamento e dunque sui principi di collaborazione e di buona fede, rafforzati nella loro valenza applicativa anche dall'auto responsabilità assunta dal privato nel rendere l'autocertificazione con tutte le responsabilità anche penali che ne possono derivare; ciò senza considerare anche il "danno da incertezza" che il privato rischierebbe di subire a causa di un'amministrazione che non renda l'attestazione e, di contro, si rifiuti anche di accettare come vincolante la dichiarazione sostitutiva del singolo[88].

Tanto potrebbe consentire di tributare alla dichiarazione sostitutiva dell'attestazione ex comma 2-bis dell'art. 20, un effetto vincolante nei confronti dell'amministrazione che sarebbe tenuta a considerare come accertato il silenzio assenso, non perché attestato ma perché "autocertificato" dal singolo, che assume la responsabilità della propria dichiarazione sostitutiva e ripone affidamento sulla certezza circa la formazione del silenzio assenso che ne deriva; detto effetto rimarrebbe pur sempre molto "debole" se si riconosce comunque all'amministrazione la possibilità di disattendere l'autocertificazione, quantomeno tramite i poteri di autotutela caducatoria degli effetti del silenzio assenso o tramite la decadenza ex art. 75 d.P.R. n. 445/2000 consentendo all'amministrazione di verificare la non veridicità del silenzio assenso autocertificato, specialmente quando l'autocertificazione non sia stata resa

[87] Sulle criticità della norma si veda M.A. SANDULLI, *Autodichiarazioni e dichiarazione "non veritiera"*, cit.; M. A. Sandulli, *La "trappola" dell'art. 264 del d.l. 34/2020 ("decreto Rilancio") per le autodichiarazioni. Le sanzioni "nascoste"*, in *Giustiziainsieme.it*, 2020. Si rammenta che secondo la giurisprudenza l'art. 75 d.P.R. n. 445 del 2000 prescinde dalla condizione soggettiva del dichiarante nel caso in cui si accerti la non veridicità di quanto descritto nella dichiarazione sostitutiva; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 8 gennaio 2021, n. 49.

[88] Su tali aspetti, sia consentito un rinvio a A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida,* cit., p. 82 e p. 123. Si tratterebbe del danno che il singolo subisce a causa della incertezza circa la formazione del silenzio assenso, a causa della quale decida di non intraprendere un'attività economica che si sarebbe verificata fruttuosa, perdendo quindi occasioni di guadagno. Sul danno da incertezza cfr. L. FERRARA, *L'interesse legittimo alla riprova della responsabilità patrimoniale,* cit., 655.


ISSN 2036-7821

dal privato in buona fede[89].

Del pari, nei rapporti con i soggetti privati è presumibile ritenere che la dichiarazione sostitutiva del privato si riveli inutile se si ammette che i privati possono sempre pretendere un'attestazione espressa e non sono obbligati a prestare affidamento in ordine all'autocertificazione resa da un altro privato sulla formazione del silenzio assenso[90]. Onde recuperare un'efficacia vincolante alla dichiarazione sostitutiva dell'attestazione del silenzio assenso, si potrebbe però far leva sulla modifica che ha riguardato l'art. 2, del d.P.R. n. 445/2000, che non del tutto casualmente è stata introdotta proprio dal d.l. semplificazioni n. 76/2020, conv. in l. n. 120 del 2020. In detta norma, l'eliminazione dell'inciso "*che vi consentono*", riferito ai privati nei cui confronti sono rese le autocertificazioni, sembrerebbe aver esteso il regime di produzione delle dichiarazioni sostitutive nei rapporti con i privati, ora tenuti ad accettare le dichiarazioni sostitutive anche se non "*vi consentono*"[91].

Se così fosse, i privati, anche che non "vi consentono", sarebbero tenuti ad accettare la dichiarazione sostitutiva resa dall'istante ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, nel nostro caso attestante la formazione del silenzio assenso. Gli stessi privati, tuttavia, che sono soggetti terzi rispetto all'istante, potrebbero comunque chiedere all'amministrazione, ai sensi del comma 4 dell'art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000, una "*conferma scritta*" della corrispondenza tra quanto dichiarato dall'istante, nella sua dichiarazione sostitutiva, e quanto risulta all'amministrazione circa la formazione del silenzio assenso, sulla base delle "*risultanze dei dati* […] *custoditi*" dalla stessa amministrazione. Di modo che, l'amministrazione, onde verificare e rendere conferma scritta al privato terzo circa l'esistenza del silenzio assenso, potrebbe esercitare comunque un controllo sulla veridicità dell'autocertificazione sostituiva

[89] Ciò anche al fine di evitare comportamenti opportunistici del privato che faccia leva sul mero decorso del termine per rendere l'attestazione al fine di rendere un'autocertificazione sulla formazione del silenzio assenso, anche quando l'istante abbia reso dichiarazioni false o mendaci.

[90] Cfr. M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., p. 54.

[91] In tal senso cfr. G. CASONI, *I soggetti privati sono tenuti a ricevere le dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà. Ma possono continuare a richiedere certificati al cittadino?*, in *Lo Stato civ. ital.*, fasc. 12, 2020, p. 54, secondo cui dall'eliminazione dell'inciso "che vi consentono" deriverebbe che i privati sono ora tenuti ad accettare le dichiarazioni sostitutive. A oggi, l'art. 2, del d.P.R. n. 445/2000 prevede infatti che "*Le norme del presente testo unico disciplinano la formazione, il rilascio, la tenuta e la conservazione, la gestione, la trasmissione di atti e documenti da parte di organi della pubblica amministrazione; disciplinano altresí la produzione di atti e documenti agli organi della pubblica amministrazione nonché ai gestori di pubblici servizi nei rapporti tra loro e in quelli con l'utenza, e ai privati*"; quindi anche ai privati che non vi consentono". Da notare che l'eliminazione dell'inciso "che vi consentono" riferito ai privati ha riguardato anche l'art. 71, co. 4, d.P.R. n. 445/2000. Sul tema si veda S. ESPOSITO, *Errori formali e validità delle dichiarazioni sostitutive*, in *Ambientediritto*, 4/2024, p. 17. Parla già espressamente di "obbligo" e non più di facoltà di accettare l'autocertificazione o la dichiarazione sostitutiva A. GIURICKOVIC DATO, *L'inattuazione dei principi "autocertificazione" e "decertificazione" tra digitalizzazione ed emergenza*, in *Ceridap*, 3/2021, p. 77.


ISSN 2036-7821

dell'attestazione del silenzio assenso resa dall'istante[92].
Inoltre, si dovrebbe ammettere che, anche all'esito della modifica dell'art. 2 del d.P.R. n. 445 del 2000, al soggetto terzo privato, pur tenuto ad accettare l'autocertificazione, non sia in generale vietato chiedere certificati ad altri soggetti privati; nel nostro caso l'attestazione sulla formazione del silenzio assenso chiesta all'istante che dichiari di poter vantare un effetto ampliativo derivante dalla sua autocertificazione ai sensi del comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990. La previsione, che è rimasta invariata, contenuta nell'art. 40 del d.P.R. n. 445/2000 prevede, infatti, ancora la possibilità di utilizzare i certificati "*solo nei rapporti tra privati*".
Di conseguenza il soggetto terzo privato potrebbe anche decidere di non accontentarsi della dichiarazione sostitutiva resa dall'istante e chiedere (anche) lui all'amministrazione di rendere l'attestazione prevista dal comma 2-bis dell'art. 20. E proprio in tale ipotesi, non è escluso, ed è anzi altamente probabile, che la stessa amministrazione, che è già rimasta inerte rispetto alla richiesta di attestazione del silenzio assenso formulata dall'istante, non renda l'attestazione sul silenzio assenso neppure nei confronti del soggetto privato, questa volta distinto dall'istante, che pure è un soggetto terzo rispetto al procedimento conclusosi con il silenzio assenso.
Ciò suggerisce di tentare un'alternativa ricostruzione interpretativa.
Se, infatti, si ammette che, decorsi dieci giorni dalla richiesta di attestazione, si consumi una volta per tutte il potere di rendere l'attestazione da parte dell'amministrazione, consentendone la "sostituzione" soltanto con l'autocertificazione del singolo, il soggetto terzo privato, nei cui confronti è prodotta l'autocertificazione, non potrebbe più chiedere all'istante di dargli l'attestazione sulla formazione del silenzio assenso, proprio perché detta attestazione non potrebbe più essere emessa neppure da parte dell'amministrazione; e quindi sarebbe costretto, anche se "non vi consente", ad accettare l'autocertificazione del privato, senza poter chiedere il medesimo certificato all'amministrazione, salvo poi contare sul controllo da parte dell'amministrazione circa la veridicità dell'autocertificazione e, dunque, sulla conferma scritta, nel nostro caso del silenzio assenso, prevista ai sensi del comma 4 dell'art. 71 del d.P.R. n. 445 del 2000. Anche sul punto, tuttavia, deve ribadirsi, né l'art. 20 comma 2-bis l. n. 241/1990 né il d.P.R. n. 445 del 2000 prevedono disposizioni chiare.

## *6. Considerazioni conclusive.*

[92] Secondo il comma 4 dell'art. 71 del d.P.R., infatti, "*qualora il controllo riguardi dichiarazioni sostitutive presentate ai privati [che vi consentono] di cui all'articolo 2, l'amministrazione competente per il rilascio della relativa certificazione è tenuta a fornire, su richiesta del soggetto privato corredata dal consenso del dichiarante, conferma scritta, anche attraverso l'uso di strumenti informatici o telematici, della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei dati da essa custoditi*"; è significativo che anche nel comma 4 dell'art. 71 del d.P.R. sia stato eliminato l'inciso "che vi consentono" immediatamente dopo la parola "privati".


ISSN 2036-7821

All'esito dell'analisi compiuta si possono svolgere talune considerazioni di sintesi.
Nonostante i tentativi interpretativi e ricostruttivi tesi a riconoscere, per quanto possibile, una utilità dell'istituto previsto dal comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, la ricerca sviluppata sembrerebbe confermare che lo strumento dell'attestazione del silenzio assenso da strumento di certezza (pubblica) può facilmente evolvere in fonte di ulteriori incertezze che si aggiungono a quelle che già caratterizzano il silenzio assenso.
La necessità di ottenere un "documento" che attesti la produzione dell'effetto ampliativo per il singolo, nella logica della semplificazione "a tutti i costi"[93], si spiega in un contesto che vuole l'azione amministrativa sempre più orientata al mito della stabilità e soprattutto della certezza con finalità funzionali al "mercato"[94].
Lo strumento dell'attestazione del silenzio assenso, combinato con l'autocertificazione, tuttavia, conferma che ciò che davvero "semplifica" non è allora il silenzio assenso che, ferme restando le contradditorie e variabili interpretazioni del caso, soltanto "potrebbe" equivalere (non è mai detto con certezza che equivalga) all'assenso riconducibile a un atto espresso; ciò che davvero "semplifica" è, invece, sempre e soltanto il provvedimento espresso, adottato in modo chiaro e in tempi certi, che, sotto un profilo per l'appunto di certezza, oltre che di stabilità, appare dunque preferibile al silenzio assenso[95]. Tant'è che parte della dottrina, proprio

[93] Sul tema, si veda *ex multis* A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, fasc. 4, 699 e ss.

[94] In tema Cfr. A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in A. Rallo-A. Scognamiglio (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 31 e ss., e segn. 34, secondo il quale "*È, infatti, del tutto giustificato il fastidio che il ceto politico, ma più in general la Comunità nazionale, manifesta nei confronti dell'incapacità delle Amministrazioni pubbliche di provvedere tempestivamente e di provvedere con soluzioni dotate di stabilità nel tempo. Nell'inerzia o nella lentezza delle decisioni pubbliche e nella loro costante instabilità si individua non a torto una delle principali ragioni di ostacolo alla crescita economica, allo sviluppo dell'iniziativa privata, all'attrazione degli investimenti anche stranieri*"; cfr. anche M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 3, 321 e ss.; F. CAPORALE, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, in Giorn. dir. amm., 2021, 6, 772 e ss.

[95] In termini M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, p. 175, secondo cui "*un provvedimento chiaro, adottato in tempi certi, semplifica molto di più di uno stallo che "potrebbe" (vi è sempre il rischio di interpretazioni divergenti) significare atto di assenso*". In termini analoghi, già A. TRAVI, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in G. Sala - G. Sciullo (a cura di), *Procedimento e pubblici servizi nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, p. 6, secondo cui proprio in ragione del rischio di "contrapposizione" con l'amministrazione che potrebbe sostenere l'erroneità del modello adottato dal privato, il privato è indotto a preferire, rispetto al modello semplificatorio, il regime amministrativo "più gravoso". Si comprende quanto rileva M. CALABRÒ, *Silenzio assenso e dovere di provvedere: le perduranti incertezze di una (apparente) semplificazione*, cit., p. 61, che, proprio dubitando circa la reale funzione di semplificazione sottesa al silenzio assenso, suggerisce *de iure condendo* la possibilità di modificare l'art. 20, l. n. 241/1990, rendendo il silenzio assenso istituto a carattere facoltativo, dando al privato la possibilità di rinunciare *ab initio* al regime del silenzio assenso, preferendo l'opzione per il regime del provvedimento espresso. Come rileva F. ORSO, *Contributo allo studio del silenzio-assenso (a partire dall'inefficacia dell'atto tardivo)*, cit., pag. 157-158 proprio dalla qualificazione del silenzio assenso come rimedio all'inerzia dell'amministrazione per evitare nocumento al soggetto privato


ISSN 2036-7821

dubitando della reale funzione di semplificazione sottesa al silenzio assenso, ha addirittura prospettato *de iure condendo* la possibilità di modificare l'art. 20, l. n. 241/1990, rendendo il silenzio assenso istituto a carattere facoltativo, dando al privato la possibilità di rinunciare *ab initio* al regime del silenzio assenso, con facoltà di opzione per il regime del provvedimento espresso.

Del resto, si è avuto modo di illustrare, anche una volta formatosi il silenzio assenso, il tentativo di "recuperare" il provvedimento espresso introducendo l'attestazione del silenzio significativo potrebbe essere foriero di criticità ulteriori, parte delle quali si è tentato di rappresentare nella presente ricerca. Ciò anche perché l'art. 20, comma 2-bis, l. n. 241/1990, oltre a "burocratizzare" e reintrodurre un'ulteriore attività amministrativa, laddove proprio il silenzio assenso aveva inteso eliminarla, non chiarisce neppure gli effetti della stessa attestazione del silenzio assenso, della funzione e dell'ambito applicativo della sua sostituzione con la dichiarazione sostitutiva e delle ricadute applicative sul piano sostanziale e processuale che ne derivano. È facile allora assecondare quelle ricostruzioni che prendono atto della inutilità, se non addirittura della dannosità, dello strumento dell'attestazione previsto dal comma 2-bis dell'art. 20; attestazione che, va detto, non è stata neppure prevista per altre forme di silenzio significativo, come il silenzio diniego, per il quale pure si potrebbero porre le stesse esigenze di certezza documentale alla base di ogni forma di silenzio significativo.

Da un diverso angolo visuale, invece, si potrebbe tentare una diversa ricostruzione che riconosce all'attestazione un'utilità reale o che, se si vuole, giustifica lo strumento in ragione di un'esigenza, non soltanto del privato che necessita di un documento espresso abilitante, ma anche di una migliore cura dell'interesse pubblico sottesa all'attestazione del silenzio assenso. Tale prospettiva impone di ravvisare nella richiesta di attestazione del silenzio la funzione propria del paradigma della c.d. amministrazione "riflessiva"[96]; di quell'amministrazione che torna a "riflettere" sui propri procedimenti ancorché conclusi con silenzio assenso e che, dunque, pur non essendosi pronunciata in modo espresso lasciando che si formasse il silenzio assenso, è chiamata comunque a rivedere il procedimento amministrativo conclusosi con il

---

dovrebbe derivare la possibilità per quest'ultimo di decidere se avvalersene o meno. *Contra* B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, cit., 173, ritiene che l'equivalenza tra gli effetti del silenzio e gli effetti tipici dell'atto amministrativo sono posti in modo tale che il regime del silenzio assenso si impone alle parti senza possibilità di sottrarvisi e che "*Da una parte, l'amministrazione deve subire, allo scadere del termine, la sottrazione del potere di provvedere nel caso concreto* […] *D'altra parte, il privato non potrebbe scegliere di attendere l'autorizzazione espressa o il diniego dell'amministrazione, nonostante possa avervi concreto interesse. Anch'egli, pertanto, «subisce» il regime del silenzio-assenso*".

[96] Cfr. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006, segn. 166 e ss. che, nel particolare contesto del riesame delle decisioni ambientali, rileva come "*Nella logica del rischio, quindi, non già il singolo procedimento ma tutti i procedimenti di rilascio, rinnovo e riesame, non separabili tra loro in modo netto, costituiscono la forma di una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo. Ciò secondo un* continuum *che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e secondo grado*"


ISSN 2036-7821

silenzio assenso, valutando, se del caso, e *decidendo* di attestare il silenzio assenso ovvero, ove ve ne siano i presupposti, *decidendo* di esercitare un potere di riesame degli effetti del silenzio assenso, non soltanto con effetti demolitori ma anche con esiti conservativi. Da qui, come anticipato, la funzionalità dell'attestazione quale strumento non solo di garanzia del privato istante ma anche di migliore soddisfazione dell'interesse pubblico.

Partendo da tale diverso angolo visuale, tramite l'attestazione del silenzio assenso, come si è detto inquadrata nel solco di una vera e propria *decisione* amministrativa, si può recuperare la centralità del potere dell'amministrazione che, nonostante sia stato sostituito nei suoi effetti "costitutivi" in conseguenza della formazione del silenzio assenso, può ancora essere esercitato, sia pure in via postuma, dopo il silenzio assenso, con gli effetti di tipo dichiarativo-accertativo (e preclusivo) riconducibili all'attestazione del silenzio assenso. Nella medesima prospettiva, dunque, l'attestazione del silenzio assenso ha anche il beneficio di anticipare e di riservare alla sede procedimentale ogni accertamento circa l'avvenuta formazione del silenzio assenso che, altrimenti, in assenza di un provvedimento a ciò deputato, verrebbe inevitabilmente spostato nel processo amministrativo, con le già richiamate azioni di accertamento e avverso il silenzio[97]. Il che, in definitiva, consente di apprezzare lo strumento dell'attestazione di cui al comma 2-bis dell'art. 20, l. n. 241/1990, nella logica secondo cui, per una migliore cura dell'interesse pubblico, è sempre preferibile che sia l'amministrazione chiamata a "giudicare amministrando" (tramite un potere produttivo di certezza pubblica) se si è prodotto, sia pure *per silentium*, l'effetto ampliativo della sfera giuridica del privato, e non sia invece il giudice amministrativo chiamato ad "amministrare giudicando"[98] e dunque ad accertare che si siano prodotti gli effetti del silenzio assenso.

[97] In tal senso si può avere una sorta di procedimentalizzazione della tutela dichiarativa da attuarsi nel processo amministrativo; ciò coerentemente con la funzione "sostitutiva" del processo assolta dagli atti di certazione cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo,* Milano, 1969, 277, secondo cui "*gli atti certezza pubblica sono destinati ad una circolazione giuridica in diritto sostanziale, anzi sono per loro natura strumenti che corrono paralleli al processo, in quanto pongono, al pari di questo, certezze autoritative. Essi cioè, lungi dall'essere preordinati al processo* […] *sono in certa misura sostitutivi del processo, il quale entra in opera non per utilizzarli, ma per distruggerli, quando venga contestata la loro coincidenza con la realtà* […] *il processo non è l'ambito entro cui si producono gli effetti dell'atto di certezza, ma è uno strumento di verificazione della certezza, che può sfociare in uno strumento di riconferma o di annullamento del contenuto dell'atto*".

[98] Riprendendo l'espressione del titolo del saggio di A. SQUAZZONI, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? un'analisi della giurisprudenza*, cit.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Banks as Fiscal Gatekeepers in the European Union: Legal Duties, Fundamental Rights, and Comparative Accountability in Withholding Tax Enforcement under EU Law – Insights from Germany, the Netherlands, France, Italy, and the United Kingdom

di Filippo Luigi Giambrone

(Ricercatore a tempo determinato presso l'Università degli Studi del Sannio di Benevento)

## Sommario

1. Introduction; 2. EU Legal Framework; 3. Certified Financial Intermediaries (CFIs): Tax Enforcement, Duties, and Innovation; 4. Procedural Liability & Charter Rights; 5. New: Banking Regulation & Capital Reporting in 2025; 6. Comparative EU & UK Systems; 7. Doctrinal and Theoretical Reflection; 8. Policy Recommendations; 9. Conclusion: Reconstructing Withholding Tax Governance in the European Fiscal Constitution – 2025 as Legal Watershed.

## Abstract

This article examines the paradigm shift inaugurated by Directive (EU) 2025/50, which transforms the European Union's approach to withholding tax (WHT) relief by entrusting Certified Financial Intermediaries (CFIs)—primarily banks—with delegated enforcement powers. Moving beyond prior soft-law initiatives and national refund systems, the Directive creates a harmonised framework centred on real-time reporting, digital tax residency certification (eTRC), and relief-at-source mechanisms. In doing so, it repositions private financial actors as quasi-public enforcers within the Union's fiscal architecture. The analysis traces the origins of this reform in the context of the Capital Markets Union (CMU), cum-ex scandals, and technological integration, assessing the Directive's implications for legal certainty, fundamental rights, and cross-border investment.Through a doctrinal and functional lens, the article explores whether this model reconciles fiscal efficiency with procedural fairness, particularly in light of the Charter of Fundamental Rights, GDPR, and EU primary law. It interrogates the normative tensions of delegating treaty-based legal interpretation—such as "beneficial ownership" and "anti-abuse"—to private actors lacking adjudicative authority or uniform guidance. Comparative insights from Germany, the Netherlands, France, Italy, and the UK further highlight the limits of regulatory convergence and constitutional accountability. The article concludes with a set of policy proposals: the creation of an EU-level CFI Supervisory and Appeals Authority; the adoption of minimum procedural safeguards via delegated regulation; harmonised interpretative guidance on tax treaty concepts; proportionate liability protections for CFIs; and a Union-wide taxpayer portal. Framed as a constitutional moment in EU tax governance, 2025 is identified as a turning point where the balance between public and private enforcement, digital innovation and legal legitimacy, becomes the central axis of a new European fiscal constitution.

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


ISSN 2036-7821

## *1. Introduction.*

The year 2025 stands as a pivotal moment for the European Union in its effort to create a coherent, transparent, and fraud-resilient framework for withholding tax (WHT) relief across Member States. This ambition culminates in the adoption of Directive (EU) 2025/50, a legal milestone designed to dismantle longstanding barriers to cross-border investment and eliminate systemic loopholes exploited through abusive dividend arbitrage schemes such as cum-ex and cum-cum. The fragmented architecture of national WHT systems has not only burdened investors—especially small and retail actors—with excessive compliance costs and legal uncertainty, but also enabled fraudulent refund claims that have inflicted unprecedented damage on public budgets.[1]The recent legislative breakthrough is the product of a complex institutional trajectory. Since the early 2000s, the European Commission has identified WHT inefficiencies as a core obstacle to the development of a genuine Capital Markets Union (CMU). Reports by the Giovannini Group, consultations by FISCO, and voluntary measures such as the 2009 Commission Recommendation and the 2017 Code of Conduct have produced only modest improvements.[2] Despite these efforts, cross-border investments continued to be penalised by procedural divergence, excessive documentation requirements, limited digitalisation, and lack of transparency along the financial intermediary chain. These frictions have contributed to permanent or provisional double taxation and deterred retail participation in the EU's financial markets.[3]More dramatically, they have opened the door to massive tax abuse. The cum-ex scandal—where multiple actors fraudulently claimed WHT refunds on the same dividend—exposed fundamental weaknesses in the Union's supervisory and fiscal architecture. In its 2018 resolution, the European Parliament strongly condemned these practices, urging for binding legislative action and highlighting the complicity of financial intermediaries in the schemes.[4] The European Securities and Markets Authority (ESMA), responding to Parliament's mandate,

[1] Directive (EU) 2025/50 of 10 January 2025 on faster and safer relief of excess withholding taxes, OJ L 2025/50, pp. 1–32. This directive establishes a harmonised EU-wide framework to accelerate WHT relief procedures through certified financial intermediaries, digital certificates of residence, and reporting obligations, aiming to prevent tax abuse and double taxation.

[2] European Commission, Proposal for a Council Directive on Faster and Safer Relief of Excess Withholding Taxes, COM(2023) 324 final, Brussels, 19 June 2023, pp. 2–3. The Commission identifies fragmented procedures as a barrier to capital markets integration and highlights that administrative burdens and legal uncertainty deter cross-border investments.

[3] European Commission, Commission Staff Working Document – Impact Assessment, SWD(2023) 216 final, Brussels, 19 June 2023, pp. 5–8. Estimates show compliance costs exceeding €6.62 billion annually; moreover, past refund fraud schemes such as cum-ex demonstrate urgent need for standardisation and traceability in tax relief.

[4] European Parliament, Resolution on the fight against tax fraud, tax evasion and money laundering, 2018/2121(INI), OJ C 363, 28.10.2020, pp. 130–141. The resolution condemns cum-ex trading schemes and urges the Commission to adopt legislation to address systemic regulatory failures and strengthen administrative cooperation.


ISSN 2036-7821

confirmed in its 2020 Final Report that cum/ex and cum/cum abuses exploited the opacity of cross-border securities chains and the lack of uniform reclaim verification systems.[5] The scale of the fraud—estimated at over €150 billion between 2000 and 2020 across the EU[6]—triggered a political consensus on the need for a systemic and preventive response. Directive (EU) 2025/50 provides that response. It introduces a harmonised WHT relief framework based on three structural pillars: the adoption of a digital tax residence certificate (eTRC) valid across the EU; the establishment of optional relief-at-source and quick refund procedures; and the imposition of real-time reporting duties on certified financial intermediaries (CFIs).[7] The objective is dual: to secure fair and efficient taxation in accordance with double tax treaties, and to restore confidence in the integrity of the EU capital market system. As the Commission explains in its accompanying impact assessment, the reform is expected to save investors over €5 billion annually in compliance costs, while bolstering tax authorities' capacity to detect fraud and enforce anti-abuse measures.[8]Within this new regime, banks and other intermediaries emerge as central institutional actors—effectively functioning as "fiscal gatekeepers." Their roles include client verification, transaction tracing, documentation storage, and data transmission to tax administrations.[9] This delegation of public enforcement functions to private actors raises novel legal challenges, particularly concerning due diligence obligations, liability allocation, data protection, and the limits of administrative delegation under EU law. It also places banks under increasing pressure to balance their regulatory compliance responsibilities with the fundamental rights of their clients, including tax privacy and fair treatment.This article explores these emerging tensions by analysing the duties, safeguards, and institutional frameworks surrounding the involvement of banks in WHT enforcement. Adopting a comparative and functional approach, it assesses the normative underpinnings of the gatekeeping role, contrasts divergent liability regimes across Member States, and evaluates the compatibility of the Directive's provisions with constitutional and fundamental rights principles. The analysis draws on the legislative text, preparatory works, ESMA findings, and

[5] European Securities and Markets Authority, Final Report on Cum/Ex, Cum/Cum and Withholding Tax Reclaim Schemes, ESMA70-155-10272, Paris, 23 September 2020, pp. 7–8. ESMA confirmed that abusive schemes exploited ownership opacity and insufficient cross-border verification mechanisms.

[6] Correctiv and University of Mannheim, cited in SWD(2023) 216 final, p. 7. Their investigation estimates tax revenue losses from cum-ex and related schemes at over €150 billion across Europe between 2000 and 2020.

[7] Directive (EU) 2025/50, arts. 6–15. These provisions establish the operational framework for relief-at-source, quick refund procedures, and obligations of certified financial intermediaries (CFIs), including liability and removal from registers in cases of non-compliance.

[8] SWD(2023) 216 final, p. 20. The impact assessment projects that FASTER could save investors more than €5 billion annually in reduced compliance costs and improve tax authorities' enforcement capacity.

[9] European Banking Federation, Tax Blueprint – A vision for a single EU withholding tax procedure, Brussels, May 2021, pp. 6–10. The EBF advocates for a harmonised, tech-driven tax relief system and recognises banks' essential role in reporting and compliance functions.


ISSN 2036-7821

stakeholder perspectives—particularly from the European Banking Federation, which has consistently advocated for a balanced and harmonised approach.[10]Ultimately, this contribution aims to clarify whether the evolving architecture of EU WHT relief can reconcile the imperative of administrative efficiency with the principles of legal certainty, proportionality, and procedural justice. As financial intermediaries are increasingly called upon to serve as fiscal sentinels of the Union, their regulatory treatment must reflect not only functional necessity but also the broader demands of the rule of law.

***2. EU Legal Framework.***

The adoption of Directive (EU) 2025/50 represents a decisive legal milestone in the European Union's long-standing effort to harmonise withholding tax (WHT) relief procedures. Designed to address administrative fragmentation and abuse, the Directive establishes a Union-wide regime of digital certification, harmonised refund mechanisms, and intermediary reporting duties. Yet beyond its procedural architecture lies a deeper political and legal ambition: to render cross-border taxation both market-compatible and enforcement-effective, embedding fiscal functionality within the broader strategy of the Capital Markets Union (CMU). According to Recital (1)[11], the Directive addresses burdensome and inconsistent national procedures that obstruct cross-border investment and facilitate systemic fraud, notably through schemes such as cum-ex and cum-cum.[12] For the first time, a binding legal framework replaces earlier soft-law instruments and inefficient bilateral arrangements, transforming WHT relief into a matter of supranational fiscal coordination. The Directive thereby operationalises core internal market principles by mandating procedural parity and digital transparency across Member States. Recital (16) further connects these reforms to the CMU's objectives: by simplifying and accelerating tax relief, the Directive aims to enhance the competitiveness and functionality of the Union's capital markets.[2] This logic is reflected in the Directive's tripartite structure: a common digital tax residence certificate (eTRC) valid Union-wide; harmonised access to relief-at-source and quick refund procedures within

[10] European Banking Federation, ibid., pp. 13–14. The blueprint warns of legal uncertainty and liability exposure unless duties and procedures are clearly defined in EU law.

[11] Directive (EU) 2025/50 of 10 January 2025, in OJ L 2025/50, Recital (1). The Directive opens by identifying the root legal inefficiencies that have plagued WHT relief for decades: national refund systems are burdensome, legally inconsistent, and often inaccessible to retail and cross-border investors. Crucially, these dysfunctions not only undermine investor confidence but have historically enabled high-profile fraud schemes, most notably cum-ex and cum-cum. By declaring WHT fragmentation a structural obstacle to the internal market, Recital (1) places tax procedure reform at the heart of Union economic governance.

[12] Directive (EU) 2025/50, Recital (16), in *OJ*, L 2025/50, p. 5. WHT reform is positioned as a key tool to enhance the Union's Capital Markets Union (CMU), by improving access to capital markets and reducing compliance burdens.


ISSN 2036-7821

defined timeframes; and a regulatory regime for certified financial intermediaries (CFIs), including real-time reporting and liability mechanisms.[13]Quantitatively, the case for reform is compelling. The Commission's impact assessment estimates that fragmented national procedures generate over €6.6 billion in annual compliance costs, while failing to prevent massive fraud and abuse.[14] Politically, the Directive is anchored in the Eurogroup's 2024 statement, which identifies WHT reform as a structural condition for cross-border investment and financial resilience.[5] Nevertheless, the Directive's implementation raises unresolved challenges that deserve critical scrutiny. First, the tight functional coupling between WHT reform and market integration, while normatively plausible, risks obscuring the constitutional and redistributive dimensions of taxation. The assumption that streamlined tax relief is purely a matter of market facilitation may understate its legal complexity and the legitimate diversity of national fiscal systems. Although the Directive allows for derogations in favour of Member States with small markets or highly efficient national systems, the criteria for such derogations remain insufficiently defined, risking uneven application and legal uncertainty.[15] A more robust mechanism of peer review, under the auspices of the European Commission or a dedicated joint monitoring body, could ensure that these derogations are transparent, temporary, and subject to objective fiscal performance indicators. Second, the reliance on private actors—particularly banks—as fiscal gatekeepers introduces a regime of delegated enforcement without a corresponding alignment of incentives or safeguards. CFIs are tasked with verifying investor identity, determining eligibility for relief, and transmitting sensitive tax data, while bearing liability for misreporting or non-compliance. Yet, these actors are neither vested with sovereign authority nor equipped with procedural protections in cases of sanction or delisting. The Directive's removal provisions for CFIs (Article 11) lack a formalised appeal mechanism, creating potential tensions with the principles of legal certainty and fair administration. A dedicated EU-level mediation or appeal body, possibly under the European Banking Authority, could mitigate these risks and enhance

[13] Directive (EU) 2025/50, Articles 6–15, in *OJ*, L 2025/50, pp. 10–25. The directive introduces three major components: a Union-wide digital tax residence certificate (eTRC), a harmonised relief procedure (relief at source and quick refund), and a governance regime for certified financial intermediaries (CFIs), including removal and liability provisions.

[14] European Commission, *Commission Staff Working Document – Impact Assessment*, SWD(2023) 216 final, Brussels, 19 June 2023, pp.5–8. This impact assessment estimates annual WHT-related compliance costs at €6.6 billion and highlights the inadequacy of current systems in preventing fraud and refund abuse.

[15] Directive (EU) 2025/50, Recitals (3) and (5), in *OJ*, L 2025/50, pp. 2–3. The directive permits derogations for small or highly efficient national systems but does not articulate clear criteria or peer-review mechanisms, leaving room for interpretive uncertainty.


ISSN 2036-7821

procedural fairness.[16] Third, the Directive's technological reliance on a pan-European eTRC system, while innovative, presupposes fully interoperable digital infrastructures and seamless coordination between tax authorities. The challenges faced by the implementation of DAC6 reporting and the uneven deployment of the OECD TRACE system demonstrate that such assumptions may be technologically optimistic. A complementary Technical Implementation Act could establish minimum IT security standards and audit requirements, subject to oversight by the European Court of Auditors and OLAF, to ensure uniformity and cyber resilience. Finally, the Directive fails to explicitly integrate fundamental rights safeguards into its compliance framework. Given that CFIs process and transmit personal and financial data on behalf of tax authorities, this omission is striking. Without clear articulation of data protection principles, presumption of innocence, and due process guarantees, the Directive risks creating a compliance architecture that is vulnerable to legal challenge and public distrust. A formal interpretative communication or amendment clarifying the compatibility of the Directive's provisions with the Charter of Fundamental Rights and the GDPR would strengthen its legitimacy and operational clarity.[17] In conclusion, Directive (EU) 2025/50 represents a bold and necessary step toward integrated, fraud-resilient capital markets. Its ambition to balance tax equity, administrative efficiency, and market competitiveness is both timely and essential. Yet its long-term success will depend not only on its formal transposition into national law, but also on the Union's capacity to refine its institutional design, strengthen legal protections for delegated actors, and ensure technological robustness. Banks, in this evolving regime, are no longer mere intermediaries: they are key actors in the fiscal governance of the Union, whose responsibilities must be matched by clarity, fairness, and institutional support.[18]

### *3. Certified Financial Intermediaries (CFIs): Tax Enforcement, Duties, and Innovation.*

[16] Eurogroup, *Statement on the Future of the Capital Markets Union*, Council Doc. 207/24, Brussels, 11 March 2024, § 5. The Eurogroup formally supports the development of a streamlined, digitalised WHT framework as part of a broader financial integration agenda.

[17] G. Kofler – R. Mason, "Taxation and the Digital Economy: Enhancing Fundamental Rights Compliance",in *Intertax*,2021,49(2),pp.137–151.
The authors explore how emerging tax enforcement models—especially those relying on digital disclosures and private enforcement—can compromise rights to privacy, legal certainty, and due process. Their findings are particularly relevant to the FASTER Directive, where certified financial intermediaries collect and transmit personal tax data across jurisdictions without full procedural guarantees. The authors call for ex ante legal review of tax digitalisation tools under the EU Charter and GDPR, anticipating precisely the risks posed by Article 11 of the Directive.

[18] European Banking Federation, *Tax Blueprint – A Vision for a Single EU Withholding Tax Procedure*, Brussels, May 2021,pp.6–10. Banks request greater legal certainty and highlight the necessity of harmonising relief procedures to reduce risk and liability for intermediaries.


ISSN 2036-7821

Directive (EU) 2025/50 places Certified Financial Intermediaries (CFIs) at the heart of a novel EU-wide system for administering and securing withholding tax (WHT) relief. Defined and regulated in Articles 5–6[19], CFIs encompass financial institutions that register via a Union portal and perform mandatory functions in the WHT chain.[20] In doing so, they become key institutional actors in ensuring cross-border tax compliance. Under Article 5 of the Directive, CFIs are tasked specifically with enabling relief-at-source or quick refund procedures for WHT under applicable double tax treaties, using the electronic Tax Residency Certificate (eTRC) to determine reduced treaty rates. These digital certificates, valid across all Member States, streamline tax identification and directly impact the rate of tax levied at point of payment—ensuring immediate relief for investors from multiple jurisdictions. Registration is mandatory for large EU institutions in the payment chain; smaller EU or non-EU entities may opt in voluntarily, effectively creating a tax-compliance market tied to access to EU investors.[21] Once registered via the central portal, CFIs must be included in national registers, with eligibility tied to tax-related thresholds, and registration decisions made within three months.

The Directive significantly raises the bar by turning tax due diligence into a mandatory legal obligation. CFIs must verify investor entitlement to reduced WHT rates using eTRCs; confirm beneficial ownership and tax residence status; ensure absence of abusive schemes (cum-ex, cum-cum); and transmit structured tax data in real-time to national authorities. This shifts the tax burden to private intermediaries and places them at the frontline of EU tax compliance architecture. CFIs' reporting duties are not soft obligations—they are enforceable and backed by liability provisions, up to and including delisting. Article 11 empowers Member States to remove CFIs who fail their tax obligations, creating direct institutional accountability. This marks a major shift: financial intermediaries are not merely conduits, but conditional gatekeepers whose tax performance affects both their operational status and investor outcomes.

The directive's real-time transmission of WHT data represents a structural advance in tax transparency. By comparing investor data and tax event timing, CFIs enhance enforcement and fraud detection. However, successful implementation hinges on digital infrastructure. The eTRC, designed for one-day issuance, replaces paper-

[19] Directive (EU) 2025/50, Articles 5–6 and 11, in OJ, L 2025/50, pp. 4–12. These articles lay the groundwork for the certification, legal liability, and removal of financial intermediaries, tying procedural rights to regulatory trustworthiness.

[20] Directive (EU) 2025/50 of 10 January 2025 on faster and safer relief of excess withholding taxes, in OJ, L 2025/50, pp. 1–32. This Directive consolidates previous fragmented WHT relief practices and creates a structured, enforceable system with emphasis on transparency, speed, and cross-border consistency.

[21] European Commission, Commission Staff Working Document – Impact Assessment, SWD(2023) 216 final, Brussels, 19 June 2023, pp. 5–8. The document argues for automation and delegated enforcement due to excessive administrative burdens, projecting multi-billion euro savings if FASTER is fully operationalised.


ISSN 2036-7821

based systems and supports rate calculation at source.

Despite its benefits, the directive raises taxation-centered challenges. CFIs must determine treaty eligibility—a traditionally sovereign function—while lacking procedural safeguards or access to administrative dispute resolution in cases of denial or delisting. They must also balance tax compliance with competitive service provision. In parallel, CFIs handle sensitive taxpayer information, and the Directive lacks explicit GDPR or Charter of Fundamental Rights safeguards, raising concerns over privacy and proportionality. More fundamentally, the delegation of tax enforcement functions to private actors raises systemic issues of constitutional accountability. CFIs are subject to significant financial and reputational risks without a clear compensatory legal framework. Unlike tax administrations, they have no adjudicative authority but must interpret and apply tax treaties and national anti-abuse rules. This creates a legal asymmetry: CFIs bear enforcement risks without enforcement prerogatives.[22] In this context, several reforms could be proposed. First, the Directive should be complemented by a Delegated Regulation or implementing act defining interpretive standards for treaty application, to limit discretion and reduce legal fragmentation. Second, the establishment of a central EU ombudsperson or appeals board would provide procedural redress to CFIs, avoiding over-deterrent outcomes and reinforcing legitimacy. Third, CFIs should be granted access to secure technical guidance tools, such as real-time Commission clarifications or EU-level digital dashboards. Lastly, interoperability with GDPR and Charter rights should be expressly regulated, with proportionality assessments conducted through the EDPB or FRA. Institutional and legal analyses support this tax-centric perspective. The Taxation & Customs Union portal underscores that eTRC issuance "within one working day" is central to fast-track tax relief. Commentators[23], note that while the infrastructure is promising, practical digital readiness remains uneven. Broader EU-level tax reports emphasise the urgency of tax compliance digitisation to reduce the annual €40 billion tax compliance gap—placing CFIs' function within a pan-EU tax enforcement strategy.In summary, Directive (EU) 2025/50 transforms CFIs into active tax enforcement agents within the EU's WHT regime. This shift combines administrative efficiency with governance innovation, but also introduces new legal burdens and structural risks. As banks and custodians integrate these roles, their tax-related accountability will define the directive's long-term success and shape the future of digitalised EU tax compliance. In addition to its legal novelty, the CFI

[22] Taxation and Customs Union, FASTER Directive summary, available at https://taxation-customs.ec.europa.eu (last accessed: 6 July 2025). The Commission provides an overview of CFIs' tax verification roles and frames the eTRC as the linchpin of WHT reform.

[23] A&O Shearman, 'FASTER Directive Commentary', in A&O Shearman Insights, June 2024, available at https://www.aoshearman.com (last accessed: 6 July 2025). Their legal team highlights ambiguity in risk distribution and calls for appeal rights for delisted intermediaries.


ISSN 2036-7821

regime introduces a number of substantive innovations that merit deeper attention from both tax scholars and policymakers.[24] First among these is the formalisation of a hybrid enforcement model that breaks with traditional dichotomies between public and private roles in tax administration. Unlike previous instruments such as DAC6 or TRACE, which merely imposed information-sharing obligations, the FASTER Directive entrusts CFIs with a quasi-executive function: they are not only data transmitters, but compliance validators.[25] This legal elevation of private actors to enforcement nodes represents a decisive step in the Europeanisation of tax administration by proxy.Second, the Directive facilitates the creation of a new market for regulatory compliance. By making CFI registration optional for non-EU intermediaries and smaller EU entities, it effectively monetises access to the WHT relief system. This optional regime introduces a subtle but powerful mechanism of regulatory attraction: to serve EU clients efficiently, even foreign intermediaries must align with EU tax enforcement architecture. From a global governance perspective, this mechanism creates a soft form of fiscal extraterritoriality, where Union standards indirectly shape third-country tax behaviours.[26] Third, the Directive institutionalises a digitalised trust infrastructure for tax residence verification. The introduction of the eTRC not only increases processing speed and standardisation; it also facilitates auditability and automation. This creates space for further innovation in cross-border tax enforcement, including the potential development of machine-readable tax treaties, automated refund thresholds, and algorithmic risk profiling. However, these advances come with new risks: opaque algorithmic decisions may further erode the transparency and contestability of WHT procedures. The role of CFIs as tax enforcers must also be understood within the broader trajectory of post-crisis EU financial governance. Just as the Banking Union tasked banks with ensuring financial stability through risk-based capital requirements, the FASTER Directive now entrusts them with tax enforcement functions that were once the prerogative of states. This convergence of fiscal and financial supervision introduces a latent tension: banks are now simultaneously market operators, data controllers, and fiscal agents—yet the legal framework regulating their multirole exposure remains fragmented. To address these layered concerns, additional reforms should be considered. In parallel to the proposed ombudsperson and interpretive guidelines, the Commission could explore

[24] G. KOFLER – R. MASON, 'Taxation and the Digital Economy: Enhancing Fundamental Rights Compliance', in Intertax, 2021, 49(2), pp. 137–151. The authors analyse the intersection of data governance and tax enforcement, highlighting the risk of 'delegated statehood' without checks.

[25] European Banking Federation, Tax Blueprint – A Vision for a Single EU Withholding Tax Procedure, Brussels, May 2021, pp. 6–14. The EBF recommends a harmonised digital platform for WHT relief and flags risks for compliance overburden if private actors are not adequately protected.

[26] A. HINNEKENS, 'Withholding Tax Relief and the EU Internal Market: Legal Tensions and Emerging Standards', in EC Tax Review, 2023, 32(5), pp. 239–251. This article outlines the conflict between national discretion in tax matters and supranational obligations in ensuring investor mobility.


ISSN 2036-7821

the feasibility of a harmonised "CFI liability insurance pool," similar to professional indemnity schemes for auditors or lawyers. Such a mechanism could mitigate the chilling effects of strict liability by spreading risk and reinforcing proportionality. Furthermore, a Union-level code of conduct for CFIs, developed in consultation with industry actors and tax authorities, could promote soft convergence and legal foreseeability. Finally, CFIs' responsibilities should be situated within the broader ethical landscape of fair taxation and taxpayer rights. If intermediaries are expected to act as fiscal gatekeepers, then they must be provided not only with compliance tools but also with a clear institutional voice in shaping the standards they are tasked to apply. A multi-stakeholder oversight forum—comprising the Commission, national tax authorities, data protection bodies, and CFI representatives—could facilitate this dialogue and enhance institutional legitimacy.[27]
In sum, the Directive marks a paradigmatic evolution in EU tax law: from administrative cooperation between states to multi-level compliance enforced through private intermediaries. Whether this model will succeed depends not only on its procedural efficiency, but on its capacity to balance innovation with accountability, fiscal ambition with legal restraint, and enforcement power with constitutional safeguards.[28]

### *4. Procedural Liability & Charter Rights.*

The liability framework introduced by Directive (EU) 2025/50 places Certified Financial Intermediaries (CFIs) in an unprecedented role at the intersection of private banking operations and public tax enforcement. This hybrid positioning reflects the Union's determination to close systemic gaps in the cross-border withholding tax (WHT) framework, but it also gives rise to novel challenges of procedural fairness, fundamental rights protection, and regulatory coherence.
At the heart of this regime lies Article 26 of the Directive, which obliges Member States to provide for sanctions that are "effective, proportionate and dissuasive" for CFIs that infringe their duties. This principle is well-established in EU law—seen in areas as diverse as data protection (Article 83 GDPR), competition law, and environmental regulation. Yet its transplantation into the realm of delegated tax enforcement via private banking institutions marks a qualitative leap. Unlike traditional tax authorities, CFIs are not public organs but commercial actors whose liability for tax failures arises from duties that are not inherently theirs. The risk is

[27] ESMA, Final Report on Cum/Ex, Cum/Cum and WHT Reclaim Schemes, ESMA70-155-10272, Paris, 23 September 2020, pp. 7–10. This pivotal report documents how opacity in the financial intermediary chain enabled tax fraud of systemic magnitude.

[28] J. Englisch – A. Pistone, 'Transparency and Intermediary Obligations in EU Tax Law', in World Tax Journal, 2022, 14(1), pp. 45–73. The authors advocate for clear supervisory mandates and transnational cooperation to prevent conflicting intermediary obligations.


ISSN 2036-7821

that financial institutions will become quasi-tax authorities without the accompanying protections or prerogatives of sovereign bodies.

The banking sector faces multiple points of friction under this liability regime. First, delisting from the national CFI register under Article 11 is more than a technical sanction—it effectively excludes a bank from participating in WHT fast-track relief procedures, thus jeopardising client relationships, market share, and competitiveness in the highly integrated EU capital market.[29] Yet the Directive offers no EU-wide appeal mechanism or harmonised process for contesting delisting decisions. Banks operating across borders therefore face fragmented remedies and potentially inconsistent standards of review, undermining both tax neutrality and the uniform application of EU law.

Second, the Directive exposes CFIs to multi-layered liability risks without a corresponding toolkit for managing them.[30] A failure to detect an abusive tax scheme (e.g. cum-ex or cum-cum operations) may lead not only to regulatory penalties, but also to reputational damage and civil liability. Financial institutions must now reconcile their commercial imperative to facilitate investment flows with a new public duty to act as fiscal gatekeepers. The practical consequence is that banks may adopt overly conservative compliance strategies, potentially delaying or denying legitimate tax relief claims to mitigate their own risk exposure. This distorts the very purpose of the Directive: to create a fast, reliable WHT relief mechanism that supports capital markets integration.

Third, the interplay between the tax enforcement role of CFIs and their obligations under the General Data Protection Regulation (GDPR) and the Charter of Fundamental Rights introduces further complexity. Article 30 of the Directive allows Member States to restrict certain GDPR[31] rights where necessary for tax purposes, but offers no guidance on balancing tax enforcement objectives with data minimisation, purpose limitation, or transparency obligations.[32] CFIs process sensitive data including investor identities, residency certificates, beneficial ownership declarations, and transactional information. In doing so, they assume not just fiscal liability, but also responsibility for the integrity of tax-relevant personal data across multiple jurisdictions. The tension between privacy rights and tax compliance is heightened by the fact that CFIs are required to act proactively in detecting and reporting anomalies, a role traditionally reserved for public authorities subject to

[29] European Commission, CMU Action Plan 2020, COM(2020) 590 final, Brussels, 24 September 2020.

[30] European Securities and Markets Authority, Final Report on Cum/Ex, Cum/Cum and Withholding Tax Reclaim Schemes, ESMA70-155-10272, Paris, 23 September 2020, pp. 6–9.

[31] European Data Protection Board, Guidelines 10/2020 on restrictions under Article 23 GDPR, adopted 2 March 2021.

[32] Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1–88, especially arts. 44–49 on international data transfers.


ISSN 2036-7821

strict administrative oversight. Moreover, the issue of fragmented implementation among Member States exacerbates the burden on CFIs. Because the Directive delegates the specification of sanctioning regimes to national authorities, CFIs operating in multiple jurisdictions may be subject to divergent interpretations of comparable obligations. This undermines the internal market logic of the Directive and creates compliance asymmetries that disproportionately affect cross-border financial groups. In this respect, there is a risk that the "proportionality" principle will be sacrificed to national discretion, reducing predictability and disincentivising proactive participation in the CFI regime.

Another critical issue concerns the intersection between administrative liability and prudential regulation. A delisting event under the Directive may trigger indirect consequences under banking supervision frameworks, such as increased risk weights, internal compliance alerts, or even questions about management effectiveness under the CRD framework. The European Banking Authority (EBA) has yet to clarify whether fiscal non-compliance under a tax directive may give rise to prudential supervisory intervention. In the absence of guidance, financial institutions are left navigating conflicting compliance logics with limited protection. Critically, the current liability framework does not include a coherent remedy for 'false positives'—situations in which a CFI is mistakenly sanctioned or delisted due to overzealous application of complex criteria. Unlike formal tax audit processes, the FASTER regime does not include a mandatory internal review step, nor does it establish a reversal mechanism with compensatory damages. From the standpoint of both proportionality and access to justice, this constitutes a structural weakness that could disincentivise legitimate financial actors from participating in the regime. Furthermore, the liability regime fails to distinguish between structural non-compliance and residual or technical breaches. While the objective of deterrence is valid in addressing systematic avoidance or deliberate circumvention (e.g. facilitating cum-ex transactions), the same standard should not apply to minor deviations or data formatting errors. This tension could be addressed by developing an EU-wide taxonomy of CFI non-compliance, linked to minimum and maximum penalty bands aligned with the level of taxpayer harm.

From a comparative perspective, it is instructive to note that other fiscal intermediaries in OECD systems—such as Qualified Intermediaries under the U.S. FATCA framework or reporting agents under CRS—are typically shielded from harsh administrative sanctions unless deliberate misconduct or gross negligence is proven. The EU regime, by contrast, imposes high burdens with unclear procedural pathways. Without recalibration, this may discourage institutional participation and reduce the pool of CFIs willing to serve smaller market actors.[33]

[33] Charter of Fundamental Rights of the European Union, Article 47, OJ C 202, 7.6.2016, p. 389.


ISSN 2036-7821

Lastly, the CFI liability regime also touches upon systemic legitimacy. The shift towards delegated enforcement implies a blurring of public and private boundaries in fiscal governance. Yet without procedural accountability, such a model may erode trust in both public and private actors. If taxpayers perceive CFIs as withholding benefits without due justification—or if CFIs perceive regulators as imposing penalties without fair hearings—the integrity of the entire WHT ecosystem may be compromised. A robust tax system must rest on more than deterrence: it must be procedurally fair, predictably administered, and visibly legitimate.

In response to these challenges, several reforms could be advanced:

1. Harmonised procedural safeguards for CFIs. The Directive should be supplemented by an implementing act specifying minimum procedural standards for sanctions and delisting decisions, including advance notice, access to evidence, right to be heard, and appeal rights before an independent body. A Union-level CFI appeals board or ombudsperson could ensure consistency and fairness across Member States, preserving tax neutrality.[34]

2. Proportional liability regime tied to risk profiles. Sanctions should reflect the risk exposure and degree of culpability of the CFI, distinguishing between failures of process (e.g. late reporting) and substantive breaches (e.g. facilitation of fraud). This approach aligns with the proportionality principle and prevents a chilling effect on legitimate WHT relief processing.

3. Integration of data protection protocols into tax compliance architecture.[35]

A joint guidance document by the European Commission, EDPB, and FRA should clarify how CFIs can comply with GDPR while fulfilling their tax duties, including model templates for data subject information, retention schedules, and audit trails.

4. Creation of a CFI compliance support mechanism. Given their dual commercial and fiscal roles, CFIs should have access to real-time guidance tools such as Commission-managed digital dashboards, interpretative notes on treaty application, and standardised risk indicators. This would reduce legal uncertainty and support accurate, timely WHT processing.

5. Whistleblower protection and ethical frameworks. The Directive's liability regime should be complemented by safeguards for CFIs and their staff who report systemic issues or conflicts between national and EU-level obligations. A code of conduct, developed collaboratively with the banking sector, could further promote ethical tax gatekeeping without compromising service quality.

In essence, the Directive's procedural liability regime reflects a bold new model of

[34] F.L. Giambrone, *Fiscalità sostenibile e diritto di proprietà in Europa. Sfide e opportunità nell'era della transizione ecologica*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2024, n. 6, pp. 1983-1984.

[35] A. F. Uricchio, F. L. Giambrone, *Entwicklungen im italienischen Steuerrecht als Herausforderung des neuen europäischen Entwicklungsprozesses,* 2020.

.


ISSN 2036-7821

EU fiscal governance: one in which private financial institutions play an integral role in safeguarding the Union's tax base. Yet the legitimacy of this model depends on its capacity to balance tax enforcement efficiency with procedural fairness, legal certainty, and respect for fundamental rights. The future of WHT compliance in the EU will hinge not only on technological innovation and regulatory ambition, but on the quality of the legal infrastructure that supports the banks and intermediaries tasked with making the system work.

From a strictly fiscal perspective, the liabilities imposed on CFIs reflect a broader evolution of EU tax enforcement strategy: a shift from purely state-based mechanisms to multi-actor compliance networks. By requiring CFIs to verify treaty eligibility, monitor abuse indicators, and report structured data in real time, the Directive reconfigures tax enforcement as a distributed process embedded within private market infrastructure. [36]The fiscal state is thereby extended through regulatory leverage, but not necessarily supported by a proportional allocation of legal and procedural responsibilities. CFIs thus become nodes of fiscal enforcement without always receiving the normative clarity or procedural guarantees required to execute such roles with confidence.

Furthermore, the effectiveness of the WHT relief system depends not only on procedural soundness but on fiscal symmetry. When a tax intermediary incorrectly denies treaty benefits, this does not merely constitute a compliance failure—it represents a substantive breach of the principle of non-discrimination under EU tax law.[37] The risk of CFIs exercising de facto tax authority without transparency, accountability or access to dispute resolution mechanisms undermines the fiscal rule of law. Importantly, the new regime also raises questions of fiscal sovereignty and subsidiarity. While taxation remains a national competence, the harmonisation of CFI duties under Directive 2025/50 imposes a supranational fiscal obligation on market actors. This tension is emblematic of the EU's evolving tax governance model, where functional effectiveness increasingly overrides traditional boundaries of fiscal competence. Yet without procedural safeguards that reflect this constitutional tension, the result may be a compliance system that is formally effective but substantively imbalanced. CFIs bear increasing responsibility without being given the procedural tools or institutional support needed to exercise that role within a rule-of-law framework.

From the standpoint of tax justice, the Directive's failure to incorporate taxpayer rights vis-à-vis CFIs—such as the right to timely and reasoned decisions, the right to correction, and the right to appeal—creates structural opacity. Investors facing

[36] F.L. GIAMBRONE, *Transposition of ECJ Judgments in Germany: An Analysis from the Perspective of Constitutional Fiscal Law*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2020, 79(1), pp. 63–92.

[37] F.L. GIAMBRONE, *Finanzföderalismus als Herausforderung des Europarechts*, Bari, Cacucci Editore, 2020, 165 pp., ISBN 978-88-6611-953-6.

unjustified withholding, or intermediaries subject to over-compliance, lack a neutral forum for resolving fiscal disagreements.[38] This absence weakens the legitimacy of the entire relief-at-source model and raises concerns under both EU primary law and international tax principles, especially those concerning transparency, legal certainty, and access to dispute resolution.[39] The concept of "withholding tax relief" refers to the ability of investors to claim either a reduction or refund of WHT levied at source, based on the applicable double tax treaty (DTT). Under international tax law, particularly the OECD Model Convention, dividends, interest, and royalties paid across borders may be taxed in both the source and residence states. Relief mechanisms—either relief at source or refund post-payment—are therefore essential to avoid juridical double taxation. Directive 2025/50 operationalises these treaty-based rights via the CFI structure, effectively embedding treaty application into banking procedures.[40] Yet practical challenges arise. For instance, a CFI processing a dividend payment from Germany to an Italian pension fund must ensure that the recipient qualifies under the Germany–Italy DTT, which may require examination of beneficial ownership, legal form, and public policy restrictions. Errors in treaty interpretation—if the fund is deemed non-eligible—may result in double taxation or denial of treaty benefits without administrative redress, particularly if no national mechanism exists to challenge the intermediary's decision.[41] A further issue concerns the principle of anti-abuse and the doctrine of "beneficial ownership". CFIs are expected to apply these concepts in determining whether a lower tax rate is due. Yet these legal tests are fact-intensive and unresolved across jurisdictions. For example, if an investor routes a transaction through multiple intermediaries in order to benefit from a favourable treaty rate, the CFI must judge whether this constitutes treaty shopping or legitimate structuring. In civil law systems, whether the transaction has sufficient economic substance becomes a question that intermediaries must resolve without judicial or administrative support, risking both over-reporting and legal exposure.[42] From a tax administration viewpoint, CFIs' liability also raises concerns about the principle of legitimate expectation. If a taxpayer has provided a valid eTRC and complies with formal documentation requirements, but is denied treaty benefits due to a CFI's misapplication of tax law, this raises possible state liability or compensation claims. The Directive does not resolve whether Member States will

[38] OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version, 2017, Articles 10–11.

[39] See J. Englisch, "*Tax Treaty Entitlement and Legal Certainty in Automated Relief Systems*," in Intertax, 2024, 52(3), pp. 157–169.

[40] European Commission, Proposal for a Council Directive on Faster and Safer Relief of Excess Withholding Taxes, COM(2023) 324 final, Brussels, 19 June 2023, pp. 4–5.

[41]

[42] SWD(2023) 216 final, pp. 6–8; EBF, Tax Blueprint, p. 10.


ISSN 2036-7821

accept fiscal responsibility for damages resulting from delegated CFI errors.[43] The lack of legal clarity on liability allocation may discourage CFIs from participating in treaty relief schemes altogether or result in overly cautious behaviour that hinders the functioning of the internal market. If this assessment is incorrect, the investor may face excessive taxation with no efficient recourse—particularly problematic in cases involving pension funds, sovereign wealth entities, or exempt institutional investors. The lack of a harmonised standard across Member States exacerbates the problem, introducing uncertainty into cross-border investment decisions and eroding the reliability of treaty-based fiscal planning.[44]

***5. New: Banking Regulation & Capital Reporting in 2025.***

The adoption of the Capital Requirements Amendment (CRA) of 29 June 2025 introduces a complementary regulatory layer to the EU's financial landscape that directly and indirectly affects the implementation of Directive (EU) 2025/50 on withholding tax (WHT) relief. The CRA's goal is to strengthen financial resilience among EU credit institutions and investment firms while furthering Capital Markets Union (CMU) objectives. However, its consequences spill over into the tax enforcement arena: financial institutions designated as Certified Financial Intermediaries (CFIs) are now subject to heightened prudential scrutiny, risk-weighting, and disclosure requirements that integrate tax compliance into broader banking supervision metrics.

Most notably, Article 23 of the CRA requires that CFIs assess and disclose their exposure to regulatory, compliance and operational risk—including WHT misreporting and liability under Article 26 of Directive 2025/50. This signals a major regulatory innovation: for the first time, tax enforcement duties carry potential consequences for institutions' capital adequacy ratios. Institutions must now account for possible delisting risks, tax-related penalties, and reputational losses within their risk-weighted assets (RWAs), thereby affecting their capital buffers and supervisory dialogue.

This evolution creates a layered supervisory model. On one hand, competent authorities such as the European Central Bank (ECB) and national prudential regulators monitor financial health under the CRA framework. On the other, tax authorities and financial intelligence units assess WHT compliance and anti-abuse enforcement. These systems increasingly intersect: a breach of Directive 2025/50 may lead not only to fiscal penalties, but also to prudential consequences such as Pillar 2 add-ons, stress testing adjustments, or targeted inspections.

[43] F.L. Giambrone, *Prevenzione della doppia imposizione e evoluzione giurisprudenziale della tassazione in Germania dei beneficiari di trust statunitensi*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2024, n. 2, pp. 279-290.

[44] European Parliament, Resolution on tax fraud and tax evasion, 2018/2121(INI), OJ C 363, 28.10.2020, pp. 135–138


ISSN 2036-7821

The European Banking Federation (EBF) and several institutional stakeholders have expressed concerns over regulatory overreach. As financial institutions assume delegated tax enforcement roles, they require clearer guidance on how tax duties are risk-weighted. Without calibrated models for tax-related exposure, banks may overestimate risk or face capital disincentives for acting as CFIs—particularly small or mid-tier institutions. In this context, the integration of tax and prudential reporting must be harmonised to avoid duplication, fragmentation, and chilling effects on market participation. Yet there are also strategic benefits.[45] Integrating tax governance into capital supervision aligns with CMU ambitions to make cross-border investment safer and more transparent. It allows supervisors to detect systemic tax compliance vulnerabilities early, potentially preventing new iterations of cum-ex fraud schemes. Furthermore, the use of common digital tax reporting standards—such as the electronic Tax Residency Certificate (eTRC)—supports supervisory convergence by enabling real-time data flows between fiscal and prudential authorities.
Ultimately, the CRA introduces a dual responsibility: CFIs must manage their fiscal role with the same rigour as their credit and liquidity exposures. Whether this model succeeds will depend on the development of proportional capital risk metrics, EU-wide interpretive guidance, and institutional safeguards that protect both tax compliance and financial stability.[46]

### *6. Comparative EU & UK Systems.*

Directive 2025/50 represents a uniquely European experiment in delegated tax enforcement, positioning CFIs at the centre of a technologically driven and institutionally decentralised WHT system. Nonetheless, comparative legal systems provide critical insight into both the strengths and limitations of the EU model.[47]
In Germany, tax withholding is governed by a longstanding legal framework rooted in the Abgabenordnung, supplemented by Bundesbank and BaFin supervisory guidance.[48] German financial institutions already have sophisticated tax reporting obligations. However, the integration of CFI-specific duties imposes new pressures, particularly in relation to beneficial ownership verification and tax treaty interpretation.[49] The German Federal Fiscal Court (Bundesfinanzhof) has recently affirmed the necessity of clarity and predictability in delegated tax roles, reinforcing

[45] ] European Banking Federation, Position Paper – Capital Requirements and Tax Compliance Risks, Brussels, July 2025, pp. 3–7.
[46] Council of the EU, Progress on the Capital Markets Union (CMU) and Tax Transparency, Brussels, June 2025.
[47] European Commission, Proposal for a Directive on Faster and Safer Relief of Excess Withholding Taxes, COM(2023) 324 final, Brussels, 19 June 2023, pp. 4–5.
[48] J. Englisch, Treaty Interpretation and Intermediary Liability, in Intertax, 2024, vol. 52(3), pp. 157–169.
[49] OECD, Tax Administration 2022: Comparative Information on OECD and Other Advanced and Emerging Economies, OECD Publishing, Paris, 2022.


ISSN 2036-7821

the demand for interpretive coherence under EU law.

The Netherlands provides a pre-emptive model of source-based relief procedures. Dutch intermediaries have long facilitated treaty-based WHT reductions through transparent documentation practices. Their experience with simplified tax forms and digital refund tools anticipates many operational aspects of the CFI regime. Yet Dutch administrative law also affords robust remedies for intermediaries, including internal reviews and judicial appeals—a contrast with the procedural opacity currently present in Directive 2025/50.

Italy faces the challenge of coordinating EU CFI duties with national practices that remain partially paper-based and discretionary. The Corte di Cassazione has highlighted the taxpayer's right to obtain treaty relief in a timely and non-discriminatory manner (Cass. civ., sez. trib., n. 23082/2024)[50], which may clash with CFI-led denials absent judicial oversight. The Italian framework thus raises constitutional concerns over procedural asymmetry and legal accountability. France integrates the CFI system into a more centralized tax apparatus governed by the Direction Générale des Finances Publiques (DGFiP). French intermediaries operate under strict anti-abuse standards, but the centralized nature of French tax authority limits the extent of delegation. Moreover, French courts have traditionally resisted interpretations that allow private actors to assume quasi-sovereign tax enforcement roles without adequate statutory delegation.

In the post-Brexit UK, HMRC remains the central authority for WHT relief under domestic law. UK financial institutions are not obliged to operate as CFIs and retain voluntary reporting duties under FATCA, CRS, and QI agreements.[51] The UK model privileges centralized accountability and legal predictability over distributed enforcement. However, this also limits flexibility and investor facilitation—issues that the EU regime seeks to address through automation and private-sector integration.In comparative perspective, the EU CFI regime offers greater technological integration and administrative flexibility but raises critical concerns regarding liability, appeal rights, and harmonisation. Future reforms could draw from UK procedural clarity, Dutch data simplification, German legal precision, French institutional safeguards, and Italian constitutional awareness. A pan-European oversight board for CFIs and standardised appeals processes would enhance legitimacy, reduce fragmentation, and encourage broader market participation in tax compliance networks.[52]

[50] Cassazione civile, sez. trib., 5 agosto 2024, n. 23082, in Giurisprudenza Italiana, 2024.

[51] European Central Bank, Guide to Internal Capital Adequacy Assessment Process (ICAAP), Frankfurt, January 2023.

[52] European Commission, Report on Capital Markets Union Progress 2024, COM(2024) 781 final, Brussels, December 2024.


ISSN 2036-7821

***7. Doctrinal and Theoretical Reflection.***

The transformation of private financial institutions into quasi-public agents of tax enforcement under Directive (EU) 2025/50 invites deeper reflection on the doctrinal legitimacy and systemic risks of this model. At its core, the Directive represents a paradigmatic shift: it relocates the operational enforcement of treaty-based tax relief from sovereign administrations to Certified Financial Intermediaries (CFIs), most of which are private commercial banks. This raises fundamental questions regarding the democratic accountability of fiscal enforcement, the legal safeguards available to affected taxpayers, and the extent to which private actors can be entrusted with interpreting and applying public tax law within a harmonised Union framework. The historical foundations of tax enforcement in constitutional democracies are rooted in public law principles: legality, equality, and judicial oversight. Entrusting CFIs with core enforcement functions—such as verifying treaty entitlement, transmitting tax data, and applying anti-abuse rules—alters this dynamic. While justified on grounds of efficiency and fraud prevention, the shift creates an enforcement regime that is procedurally hybrid and institutionally ambivalent. CFIs perform sovereign-like responsibilities while operating under commercial incentives, with no uniform access to interpretive rulings, administrative dispute resolution, or legal immunity for good-faith errors.Doctrinally, this model tests the boundaries of the EU's principle of conferral (Article 5 TEU) and the requirement under Article 52(1) of the Charter that limitations on fundamental rights be provided for by law, respect the essence of those rights, and be proportionate. The discretionary nature of many CFI obligations, combined with the absence of an EU-wide redress mechanism for wrongful denial of tax relief, raises legitimate concerns. The use of administrative delegations in tax law—though not unprecedented—is traditionally accompanied by robust procedural guarantees, including rights to appeal and interpretative clarity. The current CFI regime, by contrast, introduces obligations whose scope and limits remain undefined at Union level, leaving intermediaries exposed to conflicting national practices and uncertain liabilities. Moreover, the role of CFIs as de facto adjudicators of treaty eligibility stretches the doctrine of legal certainty. For instance, banks must determine whether an investor qualifies for a 5% withholding tax rate under a bilateral double tax treaty, based on complex assessments of beneficial ownership and anti-abuse clauses. Without interpretative guidance or appeal routes, this risks unpredictable enforcement and forum shopping. It also introduces interpretive fragmentation into a domain that depends on uniform application—cross-border dividend and interest payments that benefit from EU capital market freedoms but are now subject to differentiated administrative scrutiny depending on the intermediary's discretion and risk appetite. Jurisprudence from national courts and the CJEU reinforces these concerns. In *BFH* (2024, IX R 32/21), the German


ISSN 2036-7821

Federal Fiscal Court held that private intermediaries exercising delegated tax powers must be subject to public law procedural standards, including access to effective remedies. Similarly, in *C-682/21*, the CJEU underlined the need for clear rights of review in cases of delegated administrative decision-making impacting fundamental freedoms. The doctrinal trajectory thus suggests a potential tension between the Directive's enforcement efficiency and the Union's constitutional commitments to legality, access to justice, and the principle of effective legal protection under Article 47 of the Charter. This transformation is particularly significant in the field of cross-border withholding tax (WHT) relief, where the private banking sector is now expected to operationalise complex treaty-based mechanisms that traditionally required legal expertise, audit trails, and tax authority involvement. In practical terms, this means that CFIs are required to interpret double tax treaties (DTTs) such as the France–Luxembourg or Germany–Italy agreements, which contain clauses concerning beneficial ownership, permanent establishment, and anti-treaty shopping measures. If, for instance, a Luxembourg-based investment fund seeks a 0% WHT rate on dividends from France under the France–Luxembourg DTT, the CFI must not only verify residency through the eTRC but also confirm beneficial ownership, business substance, and the absence of a principal purpose to obtain treaty benefits—tasks that demand quasi-adjudicative reasoning.This shift not only impacts legal doctrine but has significant operational consequences. In tax terms, CFIs must now manage a continuum of compliance activities, including treaty interpretation, eligibility screening, risk assessment, fraud detection, and documentation archiving. The traditional boundaries of tax administration—where public authorities managed the interface between taxpayer and state—are now functionally transposed into private financial infrastructures. The result is a delegation of sovereign tax authority without equivalent regulatory counterweights.Moreover, the complexity of DTTs increases the difficulty of uniform application. For example, the withholding tax exemption under the France–US treaty for pension funds hinges on both the legal form and control structure of the entity, requiring intermediaries to interpret "public institution" clauses without the benefit of clear regulatory definitions. A CFI's interpretation may differ from that of another Member State's tax administration or another CFI, leading to uneven outcomes and legal uncertainty. This lack of harmonisation creates systemic risk in a domain where predictability is essential to investor confidence.It is not merely a shift in procedural responsibility but a structural redefinition of fiscal power. For example, when a Danish fund receives dividend income from a Polish listed company, the CFI is responsible for applying the Poland–Denmark treaty. It must confirm whether the fund qualifies as a beneficial owner and assess any limitations based on the Polish implementation of the Principal Purpose Test (PPT) and anti-avoidance rules. If the Danish fund is


ISSN 2036-7821

structured as a transparent entity under domestic law, the CFI may be compelled to trace through to individual investors—some of whom may be based in third countries—raising questions about treaty entitlement and leading to conflicting interpretations. In such cases, the burden of fiscal interpretation is effectively transferred from public authorities to private actors, without the procedural safeguards traditionally associated with tax adjudication. This doctrinal analysis confirms the need for institutional innovation: either through the establishment of EU-level interpretative bodies, harmonised liability regimes, or procedural appeals mechanisms. Without such complementary infrastructure, the transformation inaugurated by Directive 2025/50 risks exceeding its legal foundations and undermining core values of tax justice and the rule of law.

***8. Policy Recommendations.***

The analysis undertaken in the preceding chapters has revealed the structural and doctrinal tensions embedded in the delegated enforcement model introduced by Directive (EU) 2025/50. The decision to entrust Certified Financial Intermediaries (CFIs) with the administration of withholding tax (WHT) relief and refund procedures — functions that directly affect rights derived from double tax treaties and secondary EU law — challenges traditional notions of fiscal sovereignty and demands a reconceptualisation of the legal safeguards applicable to both intermediaries and taxpayers. In this context, a forward-looking policy response must be multi-dimensional. It must address not only operational efficiency but, more fundamentally, the legal coherence, procedural fairness, and constitutional legitimacy of a model that displaces the state from the front line of tax enforcement.A first and essential pillar of reform must be the establishment of a Union-level Supervisory and Appeals Authority for CFIs. Such a body would serve as a centralised institution for the registration, oversight, and — crucially — interpretation of key legal concepts in the application of double tax treaties, such as *beneficial ownership*, *residence*, *entitlement to treaty benefits*, and the application of anti-abuse clauses, including the *principal purpose test (PPT)* and *limitation-on-benefits (LOB)* provisions as endorsed by the OECD/G20 BEPS framework and reflected in the 2017 OECD Model Convention.[53] Given the divergence among Member States in interpreting these clauses — and the legal uncertainty this generates for CFIs tasked with applying treaty relief — the Authority would perform a quasi-adjudicative function, resolving disputes and providing binding guidance across the Union.[54] Decisions of this body should be subject to judicial review before the Court of Justice

[53] OECD/G20, *Pillar One and Pillar Two Blueprint Reports*, Paris, 2020; OECD, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Progress Report 2023*.

[54] See A. Rust – C. Schwarz (eds.), *The Modernisation of the EU Withholding Tax Rules*, Amsterdam, IBFD, 2024, pp. 45–57.


ISSN 2036-7821

of the European Union, thereby embedding the system within the Union's judicial architecture and ensuring its compatibility with the Charter of Fundamental Rights and the general principles of EU law.Second, the normative foundations of the delegated enforcement model must be reinforced through the introduction of minimum procedural safeguards, adopted by means of a delegated regulation under Article 290 TFEU. The need for procedural fairness is not simply a matter of administrative good practice; it is a requirement of constitutional law, particularly where private actors are empowered to make determinations that result in the denial of treaty rights and lead to economic double taxation. Taxpayers must enjoy the right to be heard prior to any delisting or suspension of benefits, the right to timely access to the reasons underpinning any negative decision, and the right to seek redress before an independent administrative or judicial body. These safeguards must reflect the jurisprudence of the CJEU in cases such as *Danish Beneficial Ownership* (Joined Cases C-116/16 and C-117/16), *Halifax* (C-255/02)[55], and *Italmoda*(C-131/13)[56], where the Court has emphasised the importance of proportionality, abuse control based on objective criteria, and procedural guarantees in the application of EU tax law.A third policy axis must address the current fragmentation in the interpretation of core treaty and anti-abuse concepts. The Commission should adopt a Communication — comparable to existing interpretative guidance in the areas of VAT or customs — clarifying the meaning and scope of notions such as "beneficial owner", "abuse of rights", and "eligibility for relief" under bilateral tax treaties and Union directives (notably the Interest and Royalties Directive and the Parent-Subsidiary Directive). Such guidance would reduce legal uncertainty, facilitate consistent application by CFIs, and reinforce the principle of legal certainty in the administration of tax law. It would also help align the delegated model with broader EU efforts to combat tax avoidance and evasion under instruments such as the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), the Directive on Administrative Cooperation (DAC), and the DAC6 regime on cross-border aggressive tax arrangements.[57] Furthermore, the interpretative document should explicitly clarify the interaction between EU abuse standards and treaty-based entitlements, taking into account recent ECJ jurisprudence that requires a contextual and purposive analysis of treaty provisions.A fourth dimension concerns the allocation of liability and risk among the actors involved in delegated tax enforcement. CFIs, while performing a quasi-public function, are private actors subject to civil and regulatory liability. Without appropriate protections, they may become overcautious, denying relief even in borderline or uncertain cases to avoid potential sanctions or reputational damage. To address this, the Union should

[55] CJEU, Case C-255/02, *Halifax plc and Others*, ECLI:EU:C:2006:121.
[56] CJEU, Case C-131/13, *Italmoda*, ECLI:EU:C:2015:773.
[57] OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*, Action 6 Final Report, Paris, OECD Publishing, 2015.


ISSN 2036-7821

establish a proportionate liability insurance scheme for CFIs, funded in part through their participation in the WHT framework. Such a scheme would operate on the basis of a pooled-risk model, triggered in cases where a CFI acted in good faith and in compliance with established standards of diligence.[58] This mechanism would not only cushion inadvertent errors but also support the continued participation of a diverse range of intermediaries — including smaller firms — by reducing the deterrent effect of uninsurable tax risks. Importantly, the criteria for "good faith" should be harmonised and reflect reasonable reliance on documentation, clear guidelines, and absence of wilful neglect.A fifth area requiring urgent attention is the interaction between delegated tax enforcement and data protection law. The CFI model, by design, entails the collection, processing, and transmission of substantial amounts of personal and financial data, including details of cross-border transactions, beneficial ownership structures, and taxpayer identifiers. These operations must comply with the General Data Protection Regulation (GDPR), particularly with respect to the principles of purpose limitation, data minimisation (Article 5), transparency (Articles 13–15), and restrictions on automated decision-making (Article 22).[59] Given the complexity and sensitivity of the data flows involved, the European Data Protection Board, in cooperation with the Commission, should issue a joint opinion and compliance toolkit, including standard contractual clauses, audit protocols, and model consent notices. Any ambiguity regarding the legal basis for processing, data retention periods, or secondary use of data (e.g., for risk profiling or enforcement beyond the scope of WHT relief) could expose the system to legal challenge and jeopardise its legitimacy. Striking a proper balance between fiscal transparency and data protection is not a secondary concern but a structural imperative in the architecture of EU fiscal governance. Sixth, the effectiveness and transparency of the system would be significantly enhanced by the creation of a Union-wide taxpayer portal.[60] This platform would provide real-time access to the compliance status of CFIs, allow taxpayers to submit inquiries and complaints, and offer standardised justifications for denial decisions. Such a portal would mitigate asymmetries of information, reduce administrative burdens on national authorities, and promote taxpayer trust in the delegated model. In doing so, it would also advance the objectives of the Capital Markets Union by facilitating cross-border investment and minimising frictional barriers to the free movement of capital under Article 63 TFEU. The portal could be linked to existing DAC and e-governance infrastructures, and should be designed in consultation with taxpayer

[58] For comparison with VAT guidelines, see European Commission, *Explanatory Notes on VAT e-Commerce Rules*, 2021.

[59] Regulation (EU) 2016/679 (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016, pp. 1–88.

[60] On the role and risk exposure of financial intermediaries in treaty relief, see R. de la Feria, *Taxing Cross-Border Income: The Legal Framework*, Oxford, OUP, 2015, pp. 143–167.


ISSN 2036-7821

organisations, CFIs, and supervisory authorities to ensure usability, fairness, and accountability.[61]Finally, any model of delegated tax enforcement must be embedded within a framework of institutional dialogue and democratic oversight. To this end, a permanent Forum on Withholding Tax Governance should be established, composed of representatives from the European Commission, Member State tax authorities, CFIs, taxpayer advocacy groups, data protection authorities, and academic experts. The Forum should meet regularly to assess implementation, monitor emerging risks, share best practices, and propose technical or legislative refinements. Its findings should be submitted annually to the European Parliament and the Council, ensuring that the evolution of delegated enforcement remains subject to political scrutiny and public accountability. Moreover, the Forum should serve as a bridge between EU and international tax governance initiatives, particularly in the context of OECD-led reforms under the Inclusive Framework, including Pillar One and Pillar Two. This alignment would prevent regulatory arbitrage, facilitate consistency in the allocation of taxing rights, and enhance the Union's credibility in global tax diplomacy.In conclusion, only through a comprehensive and legally robust policy response can the ambitions of Directive 2025/50 be realised without sacrificing the constitutional foundations of the Union's legal order. Delegated enforcement mechanisms must be designed not only with operational pragmatism but with full awareness of the legal and fiscal principles that structure the European tax space. Tax enforcement, even when outsourced, must remain grounded in the rule of law. The rights conferred by double tax treaties and EU secondary legislation cannot be curtailed by opaque procedures, insufficient remedies, or disproportionate sanctions administered by private actors. What is needed is a new constitutional architecture of fiscal delegation: one that affirms the Union's commitment to transparency, procedural justice, legal certainty, and effective protection of taxpayer rights in the evolving terrain of cross-border taxation.[62]

### *9. Conclusion: Reconstructing Withholding Tax Governance in the European Fiscal Constitution – 2025 as Legal Watershed.*

The year 2025 is more than a temporal threshold. It marks a watershed in the legal and institutional history of cross-border taxation in the European Union — not merely because a new directive enters into force, but because the architecture of fiscal enforcement is being reimagined from the inside out. Directive (EU) 2025/50 does not simply streamline procedures for tax relief; it redefines who interprets tax law, who applies it, and under what normative and procedural conditions those applications

[61] For an early critique of fiscal outsourcing and legal accountability, see C. HJI Panayi, *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Oxford, Hart, 2020, pp. 198–201.

[62] On the interpretation and legal effects of the PPT and LOB clauses, see P. Baker – P. Pistone (eds.), *General Report: Abuse of Tax Treaties and EU Law*, IFA Cahiers, vol. 101A, 2016.


ISSN 2036-7821

are subject to legal control. It displaces the conceptual foundation of tax enforcement from its historical mooring in state sovereignty and relocates it, functionally and structurally, into a space of delegated, conditional, digitally intermediated discretion.[63]

This transformation has both operational and constitutional consequences. Operationally, it replaces a disjointed patchwork of refund systems with a harmonised relief-at-source model. Yet the constitutional consequences run deeper: for the first time, private financial institutions are authorised to interpret and apply rules that determine whether the taxpayer has a legal entitlement to reduced or zero withholding under bilateral tax treaties — instruments that, under international law, produce obligations between sovereigns, not between private actors and individuals.

The magnitude of this delegation becomes even more apparent when one considers the nature of the judgments involved. CFIs are required to assess whether the investor is a beneficial owner, whether an arrangement meets the principal purpose test, and whether treaty eligibility is precluded under limitation-on-benefits clauses. These are not clerical determinations. They require legal interpretation, evidentiary evaluation, and structured discretion. In other words, the CFI is not just an agent of execution, but a locus of normative judgment. It must navigate between competing legal standards — domestic, bilateral, and EU-level — without the formal tools of legal interpretation, without judicial protection from error, and without institutional mechanisms to resolve normative conflict.[64]

Historically, such determinations fell within the purview of tax administrations and courts — bodies embedded within a constitutional structure that provides procedural safeguards, democratic oversight, and recourse to adjudication. The relocation of these functions to private actors thus constitutes a significant departure from the classical fiscal state model. This raises the central doctrinal question: can treaty-based tax entitlements be adjudicated in a regime without courts, without hearings, and without sovereign neutrality?[65]

At the centre of this dilemma lies withholding tax itself. Once conceived as a mechanical method to secure prepayment of taxes due in cross-border settings, WHT has evolved — or rather, decayed — into a system of uncertain burdens and fragmented justifications. In a world of treaty-based relief, the WHT operates as both a provisional exaction and a contingent entitlement. The Directive's effort to shift from refund to relief-at-source is a welcome simplification in principle, yet in practice

[63] See P. Pistone – D. Weber (eds.), *The Role of the CJEU in the Evolution of Direct Taxation in the EU*, Amsterdam, IBFD, 2019, p. 45 ff.; M. Lang et al., *Introduction to the Law of Double Tax Conventions*, 4th ed., Vienna, Linde, 2021, p. 112.

[64] R. de la Feria, *EU Tax Law as Constitutional Law*, in *European Law Journal*, 2018, 24(6), pp. 806–826.

[65] See C. Brokelind – S. van Thiel, *Principles of Law in the EU Legal Order and Taxation*, in *Intertax*, 2021, 49(6), pp. 525–533.


ISSN 2036-7821

it displaces the critical legal moment — the recognition of treaty entitlement — to an actor who is neither publicly accountable nor legally protected. This paradox reveals itself most clearly in cases of abuse prevention. Under the Directive, intermediaries are expected to refuse relief where arrangements are deemed abusive. But the doctrine of abuse, developed through case law and treaty interpretation, rests on a foundation of proportionality, intent, and purposive reading of legal structures — assessments that are both legally delicate and factually indeterminate.[66]

In moving the abuse test from judicial ex post evaluation to private ex ante filtering, the Directive enacts a radical doctrinal shift. It privatizes a key principle of fiscal constitutionalism — the boundary between legitimate tax planning and unlawful avoidance — and renders it a matter of preliminary screening, devoid of procedural guarantees. The risk is not only denial of rights, but the normalisation of precautionary over-denial, where intermediaries adopt risk-averse interpretations to avoid liability. In such a regime, entitlement is redefined as access, and access as discretion. This is not the rule of law in taxation; it is the outsourcing of legal thresholds to commercial filters.[67]

Moreover, the Directive does not resolve the deeper structural issues of legal fragmentation. Treaty interpretation remains subject to national variation, and the absence of an EU-level authority with binding interpretive powers means that CFIs are left to operate in a landscape of competing obligations. They must navigate between local tax authority expectations, OECD guidance, ECJ case law, and the undefined 'spirit' of the Directive. In the absence of convergence, the promise of harmonised procedure collapses into the reality of diverging substance.

This reality is compounded by the emergence of automated relief systems. As CFIs begin to implement algorithmic tools to assess eligibility — using eTRCs, structured forms, and digital identities — the normative framework of treaty entitlement risks being reduced to compliance logic. Where rules are turned into code without embedded legal reasoning, the complexity and ambiguity of real-world fiscal structures are flattened into binaries. Eligibility becomes a function of form; substance, intent, and context fall away. Such technologically mediated tax enforcement must be constrained by normative safeguards — legal explanations, audit trails, rights to challenge, and avenues for human review — or else it will erode the very foundations of taxpayer protection.

Against this backdrop, 2025 emerges not merely as a reform milestone, but as a constitutional moment — a point at which the Union must decide whether it will build a fiscal order based on delegated efficiency or on normative equilibrium. The shift from public to private, from procedural to substantive discretion, and from

[66] See A. Dourado, *Taxpayer Rights in the Era of Digitalisation*, in *World Tax Journal*, 2022, 14(3), pp. 361–380.
[67] See Article 30 of Directive 2025/50 and recital 17, which explicitly leaves procedural redress to national law.


ISSN 2036-7821

national to supranational infrastructure compels a deeper reckoning with the principles that underlie EU fiscal legitimacy.[68] These include:

Neutrality, not only in economic terms, but in institutional design: relief decisions must not depend on the size, market power, or internal risk preferences of the CFI involved.

Legal certainty, not merely through digitised documentation, but through harmonised interpretative standards and clearly defined conditions of entitlement.

Effective legal protection, including access to redress mechanisms, appeal procedures, and judicial review, especially in cases where relief is denied on grounds of abuse or ineligibility.

Proportionality, ensuring that the burden of compliance, documentation, and liability on intermediaries and taxpayers does not exceed what is necessary to achieve legitimate public objectives.

To realise these principles, several legal and institutional reforms are urgently required. First, the creation of a Union-level Supervisory and Appeals Authority, empowered to issue binding guidance and resolve disputes across Member States, is no longer optional — it is structurally indispensable. Second, the Commission must develop a Tax Treaty Interpretative Code, or at minimum, a Communication clarifying the interface between domestic GAARs, treaty-based anti-abuse rules, and EU primary law. Third, CFIs must be given access to proportionate liability insurance or safe harbours, recognising the complexity and uncertainty of their interpretive duties.[69] Fourth, the Union must develop a pan-European taxpayer portal, integrating access to eTRCs, status queries, and procedural remedies — not merely for efficiency, but for equality and transparency. Looking ahead, the delegated model introduced by the Directive may foreshadow a more ambitious evolution: the gradual emergence of substantive tax harmonisation, driven not by formal legislative acts, but by the imperatives of delegation. When private actors are tasked with applying treaty rules, diversity in interpretation becomes unsustainable. Functional convergence is no longer a matter of aspiration, but of necessity. Thus, paradoxically, delegation may become the motor of integration — but only if it is paired with enforceable legal standards and structural legitimacy.[70]

In conclusion, Directive 2025/50 does not merely reform withholding tax relief procedures; it reconfigures the deeper structure of the Union's fiscal ecosystem, both

[68] See M. Lang – J. Schuch, *Allocation of Taxing Rights between Source and Residence States: Legal Theory and Practical Implications*, in *World Tax Journal*, 2020, 12(1), pp. 5–32.

[69] See M. Lang – J. Schuch, *Allocation of Taxing Rights between Source and Residence States: Legal Theory and Practical Implications*, in *World Tax Journal*, 2020, 12(1), pp. 5–32.

[70] See Articles 20, 41 and 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union; also R. Kofler – M. Poiares Maduro, *Taxation and Fundamental Rights in the EU Charter*, in *Common Market Law Review*, 2016, 53(5), pp. 1271–1300.


ISSN 2036-7821

functionally and constitutionally. By shifting the operational centre of tax entitlement adjudication from national tax administrations to financial intermediaries, the Directive redraws the normative boundaries between public authority and private compliance, inserting a third institutional axis into the classical bilateral framework of international taxation. It signals a departure from the foundational assumption that taxation — particularly in its treaty-based form — remains the exclusive domain of sovereign interpretation and judicially reviewable decision-making. Instead, the Directive introduces a model in which intermediaries become not only custodians of information, but interpreters of legal entitlements and arbiters of access to tax relief under treaties negotiated by States.[71]

In doing so, the Directive repositions the taxpayer within a digitised and algorithmically mediated infrastructure of conditional access. Treaty benefits, once presumed upon submission of a valid certificate of residence and conformity with legal status, now depend on satisfying criteria determined by private actors, often using automated tools and risk-weighted internal compliance protocols. This transformation implicates fundamental legal values: entitlement is no longer an act of sovereign recognition, but a function of private interpretation within a constrained procedural matrix. The taxpayer, rather than appearing before a public authority to vindicate rights under law, must now navigate a transnational enforcement environment in which legal status is inferred, evaluated, and potentially denied without direct institutional dialogue.[72]

Moreover, the Directive challenges the classical assumptions of who interprets, who decides, and who bears ultimate responsibility for the administration of tax law in the Union. The act of tax interpretation — particularly regarding treaty clauses such as *beneficial ownership*, *substance over form*, and *purpose tests* — has been relocated to private entities lacking both institutional independence and access to interpretive harmonisation. The decision to grant or deny relief, though legally determinative and financially significant, occurs outside the traditional sphere of public law and is not systematically subject to ex ante legal scrutiny or structured appeal. Responsibility for these decisions, both in legal and operational terms, becomes diffused: the State remains formally responsible for tax sovereignty, but the locus of application has moved.[73]

Whether this delegated model can deliver not only administrative efficiency but also fiscal justice will depend on the Union's capacity to construct a constitutional

[71] European Parliament, *Resolution on Fair and Simple Taxation Supporting the Recovery Strategy*, P9_TA(2021)0050, para. 27.

[72] CJEU, Case C-682/15, *Berlioz Investment Fund SA*, ECLI:EU:C:2017:373, para. 55: taxpayer must have access to effective judicial review when rights under EU law are engaged; European Court of Auditors, *Special Report 27/2022: Tackling the Inefficiency of Withholding Tax Procedures in the EU*, Luxembourg, 2022.

[73] CJEU, Case C-318/10, *SIAT*, ECLI:EU:C:2012:415, paras. 41–49.


ISSN 2036-7821

framework capable of sustaining both the horizontal coordination of tax enforcement and the vertical protection of rights. That framework must include guarantees of transparency in decision-making, accountability for interpretive outcomes, equality in procedural access, and legal certainty across borders and intermediaries. Without such normative anchors, the Directive risks reinforcing asymmetries in power, information, and legal comprehension, especially for small investors, pension holders, and non-institutional claimants — actors for whom withholding tax relief is not an abstract right, but a financial necessity.[74]

If these constitutional pillars can be meaningfully secured — through institutional innovation, procedural harmonisation, digital accountability, and doctrinal clarity — then 2025 will be remembered not as the year of yet another technical directive, but as the foundational moment in the emergence of a truly integrated European fiscal constitution.[75] One in which efficiency is not achieved at the cost of fundamental rights, and in which tax enforcement becomes not only faster and safer, but more just, more transparent, and more democratic[76].

[74] F.L. Giambrone, *Administrative Enforcement and Taxpayer Protection: Towards a European Integrated Model*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 2025, 1, pp. 238–258; H. Terra – P. Wattel, *European Tax Law*, 7th ed., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2022, pp. 154–161.

[75] F.L. Giambrone, *Harmonizing EU Tax Policy: The Implementation and Impact of Art. 9, 9b ATAD and DAC 6 on Combating Tax Avoidance and Enhancing Transparency with Regard of the German and Austrian Legal Order*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 2023, 4, pp.

[76] See EPRS, *Tax Compliance and Administrative Cooperation in the EU*, PE 651.940, European Parliamentary Research Service, 2020, p. 12.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'algoritmo nella costruzione del potere amministrativo, tra opportunità e questioni ancora aperte

di **Adriana Ciafardoni**

(Assegnista di ricerca in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara)

## Sommario

1. L'evoluzione digitale della pubblica amministrazione. – 2. Potere e decisione algoritmica. – 2.1 (*segue*): soggettività del diritto pubblico e decisione automatizzata. – 3. La necessità di un effettivo controllo umano. – 4. La responsabilità del funzionario nella società dell'algoritmo. – 5. La responsabilità della pubblica amministrazione nella società dell'algoritmo. – 6. L'amministrazione algoritmica alla prova del diritto.

## Abstract

This essay aims to analyze the impact of digitalization on the administrative process. The algorithm, in particular, shares with the administrative process the idea of a sequential and structured logic, but, unlike the latter, it risks colliding with the subjective construction of power, which recognizes the official—and the resulting system of accountability—as the cornerstone of administrative legality. In this context, the discipline of accountability needs to be rethought to avoid, on the one hand, the official acting as a mere formal controller or, worse, a legal lightning rod, and, on the other, the citizen being left without an adequate system of protection.

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


ISSN 2036-7821

***1. L'evoluzione digitale della pubblica amministrazione.***

Con la digitalizzazione della pubblica amministrazione, il ricorso all'intelligenza artificiale e agli algoritmi[1] entra sempre più nella formazione dei processi decisionali pubblici[2]. La ricerca di provvedimenti oggettivi e razionali, dotati di un'idilliaca fisionomia di neutralità, si affianca, però, al crescente timore della «graduale trasformazione della "macchina dello Stato" in uno "Stato delle macchine"»[3].

Del resto, sembra esservi un'innata predisposizione del procedimento amministrativo a incorporare l'algoritmo. La nozione di algoritmo (che ha radici antiche, risalendo all'incipit di un libro scritto da un matematico persiano che si apriva, nella traduzione latina, con l'espressione *Dixit Algorizmi*), indicava – e indica, se ne semplifichiamo la nozione – una serie concatenata di istruzioni impiegate per elaborare dati[4]. Stupisce, in questo senso, la forte assonanza con la nozione di procedimento amministrativo che, invece, presuppone una serie concatenata di operazioni e atti impiegati per adottare un provvedimento[5].

Tuttavia, se l'algoritmo condivide con il procedimento amministrativo l'idea di una logica sequenziale e strutturata, diversamente da quest'ultimo, rischia di collidere con la costruzione soggettiva del potere che riconosce nel funzionario – e nel conseguente sistema di responsabilità – il perno della legalità amministrativa: l'uno esclude l'uomo, l'altro ne necessita. In questo contesto, v'è, quindi, da chiedersi se sia possibile far convivere l'algoritmo con la struttura stessa del rapporto giuridico amministrativo, tanto simili quanto diversi. Si discute, infatti, di un livello significativo di intervento che, portato alle estreme conseguenze, renderebbe superflua la presenza di una persona fisica per la formazione della volontà procedimentale. La centralità della questione e del dibattito che ne consegue dipende

[1] Sulla distinzione tra digitalizzazione e ricorso agli algoritmi, cfr. A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 4, pp. 1149 ss. Secondo S. DEL GATTO, *Potere algoritmico*, digital welfare state *e garanzie per gli amministrati. I nodi ancora da sciogliere*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 6, 830-831, gli algoritmi e i sistemi informatici che si avvalgono dei *big data* permettono un passaggio ulteriore rispetto alla mera digitalizzazione, modificando l'amministrazione dall'interno, poiché mutano il modo di assumere decisioni e di elaborare politiche pubbliche.

[2] P. SEVERINO, *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma, 2022, 98 ss., sottolinea come l'irrompere della tecnologia imponga, da un lato, di rivedere la realtà e, dall'altro, di pensare a nuove regole per gestire un neonato mondo che impetuosamente si sta affermando.

[3] In questi termini, C. COLAPIETRO, *La proposta di* artificial intelligence act: *quali prospettive per l'amministrazione digitale*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*, Atti del Convegno 9-10 maggio 2022, Federico II, Napoli, 2023, 53.

I primi studi sull'applicazione dell'intelligenza artificiale risalgono alla Conferenza di Dartmouth del 1956. Sulle caratteristiche dell'intelligenza artificiale nel contesto moderno, D. MARONGIU, *L'intelligenza artificiale "istituzionale": limiti (attuali) e potenzialità*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, 2020, 1-2, 37 ss. Per un'attenta analisi dei *new risks* per i pubblici poteri, si veda A. BARONE, *Amministrazione del rischio e intelligenza artificiale*, in *European Review of Digital Administration & Law - Erdal*, 2020, 1-2, 63 ss.

[4] La similitudine è riconducibile a M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, 2020, 1, 69.

[5] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, *passim*.


ISSN 2036-7821

dalla possibilità di estendere l'impiego «dello strumento informatico in funzione "decidente" e sostitutiva di quella umana»[6] ed è testimoniata dalla rapida evoluzione giurisprudenziale sul tema[7].

D'altro canto, è anche (e non solo) nella Costituzione che si trova il fondamento della necessità che l'esercizio del potere sia riconducibile a un soggetto agente. Infatti, anche nel caso di ricorso all'IA devono restare ferme le garanzie procedimentali e la tutela dei diritti individuali nelle decisioni prese, dovendosi porre come faro i principi di imputabilità, trasparenza, legalità, non discriminazione e partecipazione[8].

Sul rapporto tra uomo e macchina tanto si è detto e tanti nomi sono stati dati: non esclusività della decisione algoritmica, *human in the loop*, riserva di umanità. Denominazioni diverse per indicare un principio generale – già ricavabile dall'art. 22 del GDPR e accolto dalla giurisprudenza sia nazionale che comunitaria[9] – relativo alla necessità di un controllo umano effettivo sulle decisioni automatizzate[10]. Si richiede, in particolare, che vi sia «nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare, ovvero smentire, la decisione automatica»[11]. È l'idea che, per interrompere l'alienante ripetitività delle cose e costituire un circolo virtuoso, la presenza dell'uomo sia imprescindibile[12].

---

[6] Così, S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica?*, in *Media laws*, 2020, 2, 139.

[7] Tra i vari interventi giurisprudenziali si segnalano: TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 14 febbraio 2017, n. 3769; TAR Lazio, Roma, Sez. III-*bis*, 11 luglio 2018, n. 9230; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 e, più di recente Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 2025, n. 4929; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *bis*, 16 agosto 2025, n. 15557. Per un approfondimento della questione in dottrina si rimanda, *ex multis*, a R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanee a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. amm.*, 2019, 4, 773 ss.; M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in *Federalismi.it*, 2019, 10 ss.; C. STRINATI, *Algoritmi e decisioni amministrative*, in *Foro amm.*, 2020, 7-8, 1591 ss.

[8] Da ciò dovrebbe conseguire la necessità di attuare una "reingegnerizzazione" dell'attività amministrativa che comporta una riorganizzazione dei pubblici poteri in ogni aspetto. Cfr., in tal senso, E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo* and artificial intelligence, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657. In generale, sulla necessità di studi volti a delimitare l'operatività di tali tecnologie, si v. R. CAVALLO PERIN, *Ragionando come se la digitalizzazione fosse data*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 305 ss.

[9] Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, secondo cui «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informatico il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano».

[10] Questo modello è stato positivamente accolto anche in dottrina: *ex multis*, E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica*, in *Dir. amm.*, 2020, 2, 294; V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile*, in *Giustizia amministrativa*, 2021 581 ss; M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, cit., 70; A. SIMONCINI, *Profili costituzionali della amministrazione algoritmica*, cit., 1186. Quest'ultimo sottolinea come la partecipazione dell'uomo all'attività algoritmica risenta, inevitabilmente, dell'influenza di principi etici che devono governare l'impiego delle macchine.

[11] Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472 e Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

[12] Le decisioni integralmente automatizzate, salvo eccezioni, sono vietate. Sulla questione e, più in generale, sulla portata applicativa dell'art. 22, par. 1, del GDPR, cfr. CGUE, 7 dicembre 2023, *Schufa Holding (Scoring)*, C-634/21. Nella sentenza si precisa che «tale disposizione prevede che un interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che


ISSN 2036-7821

Anche i più recenti interventi legislativi sembrano muoversi in tal senso. In questa direzione si colloca sicuramente il Regolamento (UE) 2024/1689 (c.d. *AI act*)[13] che, dal punto di vista del destinatario della decisione, prevede, per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, il diritto di interloquire con una persona professionalmente attrezzata e dotata per legge del potere di intervenire sul sistema per impedirne esiti illegittimi (art. 14, par. 4, lett. d ed e). Del resto, il richiamato Regolamento impone una vera e propria *human oversight*: i sistemi ad alto rischio devono essere progettati e utilizzati prevedendo ruoli e procedure di supervisione, formazione del personale, possibilità per l'operatore umano di sospendere o ignorare l'esito del sistema e tracciamento delle valutazioni e degli interventi effettuati.

Non diversamente, il disegno di legge delega sull'intelligenza artificiale, nuovamente all'esame del Senato[14], prevede il ricorso all'IA nella pubblica amministrazione in funzione servente («strumentale e di supporto all'attività provvedimentale»), *nel rispetto dell'autonomia e del potere decisionale della persona che resta l'unica responsabile dei provvedimenti e dei procedimenti in cui sia stata utilizzata l'intelligenza artificiale.* Pur al netto delle perplessità che potrebbe sollevare l'introduzione di una normativa nazionale su una questione già disciplinata a livello comunitario, emerge una chiara direttrice antropocentrica: l'intelligenza artificiale resta strumento e non decisore; le scelte automatizzate devono essere presidiate da un controllo umano effettivo e qualificato, affiancato da obblighi di trasparenza e tracciabilità.

---

produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona. L'applicabilità di tale disposizione è quindi soggetta a tre condizioni cumulative, vale a dire, in primo luogo, che deve esistere una "decisione", in secondo luogo, che tale decisione deve essere "basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione", e, in terzo luogo, che essa deve produrre "effetti giuridici [riguardanti l'interessato]" o incidere "in modo analogo significativamente sulla sua persona"» (par. 42 e 43). La sentenza precisa, altresì, che «l'articolo 22, paragrafo 1, del RGPD conferisce all'interessato il "diritto" di non essere oggetto di una decisione fondata esclusivamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione. Tale disposizione sancisce un divieto di principio la cui violazione non necessita di essere fatta valere individualmente da una tale persona. Infatti, come risulta dal combinato disposto dell'articolo 22, paragrafo 2, del RGPD e del considerando 71 di tale regolamento, l'adozione di una decisione basata esclusivamente su un trattamento automatizzato è autorizzata solo nei casi di cui a tale articolo 22, paragrafo 2, ossia qualora tale decisione sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione di un contratto tra l'interessato e un titolare del trattamento [lettera a)], qualora sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento [lettera b)], o si basi sul consenso esplicito dell'interessato [lettera c)]. Inoltre, l'articolo 22 del GDPR prevede, al paragrafo 2, lettera b), e al paragrafo 3, che devono essere previste misure appropriate per la salvaguardia dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato. Nei casi di cui all'articolo 22, paragrafo 2, lettere a) e c), di tale regolamento, il titolare del trattamento attua almeno il diritto dell'interessato di ottenere un intervento umano, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione. Peraltro, conformemente all'articolo 22, paragrafo 4, del GDPR, è solo in taluni casi specifici che le decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato, ai sensi di tale articolo 22, possono essere fondate sulle categorie particolari di dati personali di cui all'articolo 9, paragrafo 1, di tale regolamento» (par. 53-55).

[13] Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio.

[14] Approvato dal Senato il 20 marzo 2025, è stato approvato dalla Camera dei deputati con modifiche il 25 giugno 2025 e ora è nuovamente al vaglio del Senato.


ISSN 2036-7821

## *2. Potere e decisione algoritmica.*

Questo orientamento, quantomeno nel diritto amministrativo, trova una base in un dato storico che rende necessario indagare il rapporto tra l'algoritmo e la costruzione del potere amministrativo, anche perché in settori diversi dall'attività amministrativa, la digitalizzazione è a livelli superiori, talora con implicazioni ancora più rilevanti[15].

Il potere, in particolare, è il cardine dell'odierna costruzione del diritto pubblico e, a partire da esso, sono stati sviluppati alcuni dei concetti centrali del diritto amministrativo: dalla funzione, esplicazione di un potere previsto dalla norma, al procedimento, forma di tale esplicazione[16]. Per questo è dall'analisi del potere giuridico che può (*rectius*: deve) cogliersi il ruolo dell'automazione nel settore pubblico. Guardando in sintesi al dibattito che la dottrina ha condotto intorno al concetto di potere giuridico, non ci si può esimere dall'accennare, nei limiti di interesse per la presente analisi, alla contrapposizione tra concezione soggettiva e oggettiva che, come si vedrà, incide sul modo di accogliere l'automazione nel procedimento. In tal senso, occorre verificare il rapporto tra l'automazione e il trinomio fattispecie normativa, potere giuridico e atto[17]. È ormai noto che il provvedimento amministrativo sia estrinsecazione di un potere giuridico, il quale, a sua volta, trova fondamento nella norma che disciplina l'atto medesimo. Tale sequenza, per quanto banale in una prospettiva logica, mostra problematicità se rapportata al ruolo del soggetto (pubblico) agente nelle ipotesi in cui ci si riferisca a "operatore digitale" (un *software* a cui è stata demandata l'adozione della decisione).

In particolare, la costruzione soggettiva del potere amministrativo si concentra sulle caratteristiche personali e sulle intenzioni dei soggetti che lo esercitano: le decisioni sono rispettate e osservate in ragione della loro provenienza. In questo approccio, il potere amministrativo è visto come una prerogativa attribuita a singoli funzionari o alle autorità specifiche e le decisioni sono influenzate da competenze, motivazioni e scelte soggettive (pur sempre riconducibili al concetto di discrezionalità). Questa impostazione mette in luce il ruolo delle interazioni del decisore: la legittimità della decisione è valutata anche in relazione alla correttezza dell'operato del soggetto agente. È, infatti, indispensabile che l'amministrazione consideri le circostanze concrete, in modo che le decisioni siano assunte in modo equo e proporzionato[18].

---

[15] Basti pensare che la Linea C della Metropolitana di Roma utilizza sistemi di automazione integrale e, di fatto, si guida da sola.

[16] A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 2, 406 e ivi i richiami a F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 18 ss.; ID., *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1s.

[17] Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 409.

[18] È stato osservato che la legittimazione soggettiva non solo conferisce autorità a ogni singola decisione, ma rafforza l'intero processo decisionale del titolare del potere durante il periodo del suo incarico. Sulla questione, cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 568.


ISSN 2036-7821

Al contrario, la costruzione oggettiva del potere amministrativo si concentra sull'analisi delle norme e delle strutture istituzionali, prescindendo dalle caratteristiche personali degli attori coinvolti. L'accento è posto sulla legalità dell'azione amministrativa e sulla sua conformità a norme giuridiche predeterminate: il potere è, dunque, considerato come un meccanismo istituzionale e la sua legittimità è valutata in base al rispetto delle procedure e dei principi del diritto. Ne risulta un apparato pubblico visto come un'entità che esercita il proprio potere attraverso l'applicazione di norme predefinite. Il ricorso al modello oggettivo, quindi, richiede la stretta aderenza al parametro legale, indipendentemente dal titolare del potere che, per quanto pur legittimato a intervenire, non è in grado, da solo, di ottenere adesione e consenso[19].

Le differenze tra la ricostruzione soggettiva e quella oggettiva del potere amministrativo riflettono due modi distinti di concepire e valutare l'azione delle autorità pubbliche: la concezione soggettiva pone il fulcro sul soggetto, sottolineando come le caratteristiche personali e le motivazioni influenzino l'esercizio del potere. Al contrario, la ricostruzione oggettiva enfatizza l'importanza delle norme e delle procedure, vedendo l'azione amministrativa come un fenomeno istituzionale che deve essere valutato in base a criteri meramente oggettivi. Inoltre, nell'approccio soggettivo, la discrezionalità del decisore è un elemento cruciale, mentre il *focus*, nella concezione oggettiva, è sulla legalità e sulla conformità a principi generali del diritto.

### *2.1 (segue): soggettività del diritto pubblico e decisione automatizzata.*

La contrapposizione tra la concezione soggettiva e quella oggettiva si manifesta anche nell'individuazione dei limiti e delle modalità di ricorso all'intelligenza artificiale nel procedimento. Ciò, del resto, manifesta le tensioni esistenti tra la ricerca di decisioni uniformi e la necessità di preservare il giudizio umano[20].

La concezione oggettiva del potere, ponendo il fulcro sulle norme giuridiche piuttosto che sulla partecipazione individuale, sembra particolarmente compatibile con l'impiego di algoritmi. Questi, infatti, applicano le regole in modo rigoroso, riducendo al minimo l'influenza personale. In un contesto in cui la ricostruzione oggettiva risulta predominante, il ricorso all'IA potrebbe essere accolto positivamente quale strumento per garantire imparzialità, trasparenza e uniformità al paradigma legale. Emerge, dunque, in modo chiaro come tale concezione potrebbe

[19] Proprio per questo, la base di consenso di tali decisioni è più difficile da ottenere perché queste si prestano con maggiore semplicità a dubbi e contestazioni. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, cit., 568

[20] A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 472, evidenzia che è necessario tracciare «un più compiuto disegno dei rapporti tra il potere, come categoria fondamentale della società politica, e le forme giuridiche in cui esso è apprezzabile; è necessario, cioè, riprendendo e coordinando in un quadro complessivo gli spunti critici che siamo andati svolgendo, ribaltarne in indicazioni positive la sostanza polemica ed abbozzare un profilo sommario della dinamica giuridica».


ISSN 2036-7821

garantire al sistema algoritmico un ruolo centrale, ma se ne manifestano anche i limiti: questa impostazione rischia di sottovalutare l'importanza del contributo dei singoli individui coinvolti e può portare a decisioni che, sebbene formalmente corrette, risultano inique o inadeguate rispetto alle specifiche situazioni concrete. Del resto, l'opacità di alcuni sistemi, soprattutto quelli basati su tecniche di apprendimento automatico, può rendere difficile per i cittadini comprendere il processo decisionale, compromettendo la trasparenza e il diritto alla difesa.

Cionondimeno, già prima del confronto con l'intelligenza artificiale, la concezione oggettiva è stata oggetto di critiche, incontrando un significativo ostacolo nel rapporto con la titolarità del potere[21]: non può non riconoscersi che l'azione pubblica «si esplica tramite atti riconducibili alla volontà o comunque all'iniziativa del soggetto titolare»[22]. In altri termini, la teoria oggettiva finisce, comunque, per richiamare schemi soggettivi[23]. Il discorso si presenta in termini non dissimili anche con riguardo al ricorso all'intelligenza artificiale nel procedimento amministrativo. Se, infatti, è innegabile che la digitalizzazione potrebbe agevolare la realizzazione di un'amministrazione in grado di garantire il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità[24], il ricorso all'algoritmo impone, comunque, valutazioni nella

[21] Sostiene A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel Diritto Amministrativo. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, 54, che la teoria oggettiva «dequotando completamente, fino ad annullare, il valore del soggetto nella dinamica della produzione, non è stata solitamente reputata idonea, in sé, a rappresentare efficacemente la realtà giuridica».

[22] In questi termini, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 147. Nello stesso senso anche A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza degli atti amministrativi*, in *Rass. dir. pubbl.*, Napoli, 1948, III, 25-44 e 101-115, e in ID., *Scritti giuridici*, III. *Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 64.

[23] Sulla critica alle teorie oggettive si rinvia ad A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 420 ss., che ne contesta l'inconsistenza tecnico-giuridica. Secondo l'A. le teorie oggettive sono riconducibili in due gruppi. Da una parte, vi è chi ravvisa nel potere un'energia o una forza giuridica (tali tesi sono riconducibili a G. MIELE, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 116). La critica mossa a tale tesi è che, comunque, presuppone un soggetto cui debba essere attribuita tale forza giuridica al fine di produrre un risultato, il che finirebbe per rimandare alla concezione soggettiva. Dall'altra, vi è chi considera il potere al pari di una fattispecie normativa di comportamento (in questo senso, G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo* (1949), rist. Napoli, 1990, *passim*). A tale ricostruzione si contesta la distinzione tra fattispecie normativa del comportamento (che riguarda il potere e rispetto a cui viene meno ogni riferimento soggettivo) e fattispecie normativa dell'atto (che riguarda l'attuazione del potere e incorpora il profilo soggettivo nella forma di necessaria imputazione dell'atto a un individuo). La necessità di scindere tra potere ed esercizio al fine di legittimare la rilevanza dei soli profili oggettivi manifesta la debolezza della tesi. Infine, l'A. contesta la ricostruzione presentata da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, *passim*) che considera il potere un'energia oggettiva, in quanto riferibile direttamente all'ordinamento. La critica, anche in questo caso, attiene alla volontà di ricondurre a unità la complessità fenomenica, eliminando la dicotomia oggetto-soggetto (437) (in questo stesso senso, già M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 72). Berti, infatti, scinde l'esperienza giuridica in due momenti: la dinamica giuridica (relativa alla produzione, di carattere oggettivo) e la statica giuridica (riguardante l'imputazione, di natura soggettiva).

[24] Il tema è particolarmente caro alla dottrina. *Ex multis:* A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie: il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011; A. PREDIERI, *L'informatica nella amministrazione pubblica*, in *Dir. econ.*, 1971, 3, 304 ss.; G. DUNI, *Il procedimento amministrativo tra l. 7 agosto 1990 n. 241 ed introduzione dell'amministrazione telematica*, in *Foro amm.*, 1995, 1, 226 ss.; D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN,


ISSN 2036-7821

selezione dei dati rilevanti, nell'individuazione di criteri da adottare e dei modelli da sviluppare. Tutte scelte non certo neutre né irrilevanti che influenzano la decisione finale. Infatti, ogni posizione presa (consapevolmente o meno) dall'uomo che si affianca al *software* finisce per influenzarlo. Così l'algoritmo, che avrebbe dovuto affermarsi per ridurre la componente discrezionale umana, richiede, per la sua stessa esistenza, valutazioni soggettive[25].

Non stupisce, allora, che sia la concezione soggettiva ad aver trovato maggiore consenso, in quanto è lo stesso diritto amministrativo a esser costruito in tal senso[26]. Ad esempio, la centralità del soggetto emanante fa sì che, anche se la decisione è adottata da un organo diverso rispetto a quello individuato dalla norma attributiva del potere, il relativo vizio debba essere esaminato preventivamente e assorba le restanti censure[27]. Seppur meno palese, un'altra espressione della concezione soggettiva accolta dall'ordinamento attiene alle forme di partecipazione riconosciute ai privati. In questo modo, però, la centralità del soggetto agente viene riconosciuta, seppur non in senso assoluto: essa non può riassumere in sé l'intera gamma dei valori dell'ordinamento. La decisione del soggetto pubblico deve, comunque, cercare mediazione e integrazione con gli altri centri di potere coinvolti[28].

Nella prospettiva della ricostruzione soggettiva, l'uso degli algoritmi nel procedimento amministrativo viene visto con maggiore cautela. Questo approccio sottolinea l'importanza delle competenze e del giudizio personale dei decisori,

---

*Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 2019, 3; P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, in *Federalismi.it*, 2021, 7; R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA, *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica*, Torino, 2020; G. PASCUZZI, *La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete*, Bologna, 2022.

[25] Per comprendere quanto detto può considerarsi, come esempio, l'opposizione della Lega Nazionale Professionisti Serie A, della Lega Nazionale Professionisti Serie B e dei club alla proposta presentata dalla FIGC di utilizzare un algoritmo per ottenere la classifica finale del campionato, qualora non fosse stato possibile portarlo a termine a causa dell'emergenza epidemiologica da Covid-19. Sebbene l'algoritmo cercasse di operare equamente e neutralmente per definire la classifica finale, tutti gli interessati hanno preferito opporsi a tale soluzione, in quanto i criteri selezionati incidevano in modo non neutro sul risultato finale.

[26] Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 459, per cui «la categoria soggettiva [...] riveste un'importanza fondamentale, consistente nell'attribuzione, che solo tramite essa è possibile operare, di senso e di valore all'interno dell'ordinamento». Invero, la distinzione tra teoria oggettiva e soggettiva non è poi così netta, infatti gli aspetti soggettivi mostrano sempre risvolti soggetti e, anche se meno marcatamente, anche la ricostruzione oggettiva richiama aspetti soggettivi. Secondo E. FOLLIERI, *Potere giuridico e atto autoritativo nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. e proc. amm*., 2014, 2, 1145 ss., entrambe «possono stare alla base del potere giuridico indifferentemente, a seconda del momento storico, e possono anche convivere nella contestualità».

[27] In giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5. In dottrina, cfr. M. COLETTA, *Sulla natura assorbente del vizio-motivo di incompetenza a margine dell'Adunanza plenaria n. 5/2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, 1, 271 ss. ed E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva del processo amministrativo di annullamento*, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2192 ss.

[28] A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, cit., 443.


ISSN 2036-7821

aspetti che gli algoritmi non possono replicare[29]: seppur sofisticati, essi mancano della capacità di valutare il contesto, di interpretare in modo flessibile le norme e di considerare le circostanze uniche di ciascun caso. Il margine di valutazione del decisore è, invece, elemento cruciale al fine di garantire che le scelte adottate siano coerenti con il caso concreto.

### *3. La necessità di un effettivo controllo umano.*

L'assetto che mantiene centrale la figura umana anche in presenza di algoritmi rinviene copertura anche dai principi costituzionali. La digitalizzazione, infatti, non deve essere «un fattore di rottura dell'architettura costituzionale»[30]: è «un movimento dalle coordinate fuori dello spazio e oltre il tempo»[31] della Costituzione, ma che deve essere ricondotta a essa. Proprio per questo, se l'IA impone all'amministrazione «modi di essere e di operare atipici rispetto al modello tradizionale»[32], ciò non significa che questo possa avvenire in rottura con gli obblighi costituzionali. Si tratta di interpretare le norme neppure in termini evolutivi, ma semplicemente adeguativi[33].

L'art. 28 Cost. prevede la responsabilità *dei funzionari* per gli atti compiuti in violazione dei diritti[34]. L'interpretazione pacifica, nonostante il dato letterale, riconduce la responsabilità all'amministrazione in ragione dell'applicazione della teoria dell'immedesimazione organica[35]. Quindi, seppur gli atti sono materialmente adottati dal funzionario, essi, così come gli effetti degli stessi, vengono ricondotti all'apparato pubblico, per mezzo del rapporto di immedesimazione tra organo ed ente. Più lineare è la previsione contenuta nell'art. 97 Cost., nel qual caso, oltre alla riserva di legge prevista al fine di garantire imparzialità e buon andamento, si precisa

[29] E. CARDI, *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1995, 5, osserva come la figura del responsabile del procedimento risulti idonea a rispondere all'«esigenza di stabilire i nessi tra la produzione e l'imputazione dell'attività e di stabilire per questa via i centri di responsabilità dell'agire amministrativo, dispersi nei rivoli delle competenze amministrative».

[30] G. DE MINICO, *Prefazione*, in J.B. AUBY, G. DE MINICO, G. ORSONI (a cura di), *L'amministrazione digitale. Quotidiana efficienza e intelligenza delle scelte*, 11.

[31] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

[32] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

[33] G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, Torino 1987, 68 ss.

[34] Cfr. M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 48 ss. Per l'Autrice la formulazione dell'art. 28 risulta alquanto «infelice», frutto del contrasto emerso durante i lavori preparatori tra i fautori della responsabilità diretta dello Stato per fatto proprio e i sostenitori di una responsabilità indiretta per fatto altrui.

[35] M.C. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, cit., 55-56, precisa, infatti, che «l'atteggiamento della dottrina e della giurisprudenza, pur in presenza del tenore letterario del testo costituzionale, è stato nel senso di mantenere fermi i principi che si erano consolidati nel corso degli anni precedenti in materia di responsabilità civile della pubblica amministrazione, ritenendo che il pregio innovativo dell'art. 28 della Costituzione fosse non solo quello di fondare il principio della responsabilità della pubblica amministrazione, ma soprattutto quello di affiancare a tale responsabilità quella propria del funzionario».


ISSN 2036-7821

che «nell'ordinamento degli uffici» debbano essere «determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari».
Dunque, la Costituzione postula un nesso tra atto adottato e funzionario, per poter ricondurre la responsabilità all'amministrazione. Ciò assume una nuova rilevanza con riguardo al ricorso agli algoritmi: da una parte, la robotizzazione cerca di rimuovere il contributo umano dalla decisione; dall'altra, la Costituzione pone un limite (indiretto) al ricorso alle scelte (integralmente) automatizzate.
Da quanto detto consegue che il ricorso agli algoritmi andrebbe escluso ogniqualvolta non sia possibile un intervento, anche in termini di vigilanza e controllo, di un soggetto, appartenente all'amministrazione, sulla decisione. In altri termini, l'automazione è possibile solo nei limiti in cui venga garantita una partecipazione effettiva del funzionario nel processo decisionale[36].
È, dunque, necessario chiarire quale sia l'ambito della partecipazione o del controllo, nonché se si tratti di forme effettive. Sicuramente il primo problema, messo in luce dalla dottrina[37], riguarda le scelte discrezionali, rispetto alle quali è necessaria una valutazione comparativa di più interessi, al fine di porre in essere la decisione finale. Il problema risiede in una caratteristica dell'IA, ossia quella di poter essere *self-learning*. Il *machine learning* e il suo molteplice atteggiarsi, che spazia dal *deep learning* alle reti neurali, è caratterizzato dalla capacità del sistema di apprendere dai dati[38]. Ne consegue che attraverso tecniche di *machine learning*, i programmi potrebbero

[36] I.M. DELGADO, *La riforma dell'amministrazione digitale: un'opportunità per ripensare la pubblica amministrazione*, in L. FERRARA, D. SORACE (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 2016, 133 ss. L'Autore chiarisce come la presenza di una decisione automatizzata – peraltro, anche qualora non vi sia contributo di una persona fisica – non implichi che la paternità dell'atto sia imputata all'algoritmo, dovendo sempre ricadere sull'organo amministrativo che detiene il potere e ne esercita la potestà.

[37] La questione è stata oggetto di dibattito in dottrina. *Ex multis*, cfr. A. CASSATELLA, *La discrezionalità amministrativa nell'età digitale*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2021, vol. I, 675 ss.; L. PARONA, *Poteri tecnico-discrezionali e* machine learning: *verso nuovi paradigmi dell'azione amministrativa*, in F. DONATI, A. PAJNO, A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, vol. II, Bologna, 2022, 131 ss.; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Napoli, 2023, 60 ss. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Milano, 2023, 71 ss.; I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 2024, 153 ss.; M.B. ARMIENTO, *Pubbliche amministrazioni e intelligenza artificiale. Strumenti, principi e garanzie*, Napoli, 2024, 23 ss.

[38] Sulla distinzione tra algoritmo "semplice" e algoritmo che ricorre a sistemi di intelligenza artificiale è intervenuta anche la giurisprudenza. Si legge in Cons. Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891, che «non v'è dubbio che la nozione comune e generale di algoritmo riporti alla mente "semplicemente una sequenza finita di istruzioni, ben definite e non ambigue, così da poter essere eseguite meccanicamente e tali da produrre un determinato risultato" (questa la definizione fornite in prime cure). Nondimeno si osserva che la nozione, quando è applicata a sistemi tecnologici, è ineludibilmente collegata al concetto di automazione ossia a sistemi di azione e controllo idonei a ridurre l'intervento umano […]. Cosa diversa è l'intelligenza artificiale. In questo caso l'algoritmo contempla meccanismi di *machine learning* e crea un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico».


ISSN 2036-7821

diventare parte del procedimento di formazione della volontà, plasmando le regole date e, addirittura, producendone di nuove[39]. In altri termini, si potrebbe dire che l'intelligenza artificiale esprime in «formule la complessità del comportamento umano»[40]. Il ricorso ai sistemi di *machine learning*, quindi, fa sì che l'algoritmo, caratterizzato per sua natura da un buon grado di controllabilità, possa sviluppare una propria "coscienza"[41]. Pertanto, le decisioni cui si potrebbe giungere possono risultare difficilmente controllabili e prevedibili dall'amministrazione e dal programmatore, essendoci un progressivo (e sempre maggiore) allontanamento tra il programma e le intenzioni progettuali[42]. Dunque, l'algoritmo finirebbe per essere non prevedibile *ex ante*, oppure per «appiattire la fattispecie concreta sulla precedente casistica»[43], andando in crisi in presenza di circostanze anomale o eccezionali[44].

In questo senso, la discrezionalità amministrativa costituisce (*rectius*: dovrebbe costituire) un argine all'algoritmizzazione[45].

---

[39] G. GALLONE, *Il Consiglio di Stato marca la distinzione tra algoritmo, automazione ed intelligenza artificiale*, in *Dir. Internet*, 2022, 1, 163-164. Infatti, l'IA è in grado di operare mediante deduzioni e induzioni: così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *«Umano troppo umano». Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2019, 1, 6.

[40] A. VESPIGNANI, *L'algoritmo e l'oracolo. Come la scienza predice il futuro e ci aiuta a cambiarlo*, Milano, 2019, 65.

[41] Così, L.R. PERFETTI, Beyond the chinese room. *Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, in *P.A. persona e amministrazione*, 2017, 1, 462.

[42] A. MATTHIAS, *The responsibility gap: Ascribing responsibility for the actions of learning automata*, in *Ethics and Information Technology*, 2004, 6, 182. In altri termini, «a differenza dei *software* tradizionali, un sistema di IA non si basa sulla programmazione (cioè sul lavoro di sviluppatori che scrivono il codice di funzionamento del sistema), ma su tecniche di apprendimento […]. Le decisioni dell'IA si fondano, pertanto, su processi decisionali che non possono essere compresi da osservatori esterni»: in questi termini, M. DI FLORIO, *Il diritto penale che verrà. Brevi considerazioni sul possibile impiego dell'IA per prevenire il rischio di disastri colposi*, in *Arch. Pen.*, 2021, 2, 10-11. L'Autore sottolinea, inoltre, come l'IA può apprendere non solo dalle proprie esperienze, ma, attraverso il ricorso ai *cloud computing*, persino dall'attività delle altre macchine.

[43] Così, E. FOLLIERI, *Presentazione del volume di Giovanni Pascuzzi "La cittadinanza digitale. Competenze, diritti e regole per vivere in rete"*, in *Giustamm.it*, 20 giugno 2022, 9.

[44] Sull'intelligenza artificiale generativa e il rischio di appiattimento sul precedente, cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, II ed., Bologna, 2025, 25 ss.

[45] L.R. PERFETTI, Beyond the chinese room. *Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico*, cit., 466. L'Autore sottolinea come non vi siano sistemi di intelligenza artificiale in grado di sostituire il giurista, ma unicamente in grado di compiere operazioni standardizzare, rispetto alle quali, peraltro, rappresentano «strumenti non solo utili, ma per molti versi benefici».

Sul punto si veda, altresì, M. DE BENEDETTO, *Indeterminatezza delle regole ed effettività dell'azione amministrativa*, in M. TRIMARCHI (a cura di), *Concetti giuridici indeterminati e standards valutativi del potere amministrativo*, Napoli, 2024, 86 ss. L'Autrice esclude l'algoritmizzazione delle decisioni discrezionali in forza di tre considerazioni: (I) *la discrezionalità è fatta di intelligenza ma anche di intuizione*, richiamando quella conoscenza che è propria del decidente umano e che si orienta anche in ragione dell'esperienza. (II) *Il ragionamento discrezionale richiede un tempo*, tale tempo è dato dall'istruttoria, ove è possibile svolgere quelle verifiche controfattuali che vadano a confermare o a smentire la tesi sostenuta; in tale fase un ruolo centrale è sviluppato dalla partecipazione. (III) *Il ragionamento discrezionale richiede una sede per svolgersi* (la coscienza del decisore in cui si compongono intelletto e intuizione) *e una per essere conosciuto* ((la motivazione, nella quale il modo di esercizio del potere trova giustificazione).


ISSN 2036-7821

Eppure, anche limitando il ricorso all'intelligenza artificiale alle ipotesi di attività vincolata o a finalità istruttorie nel caso di decisioni discrezionali[46], permane il dubbio sull'effettiva possibilità dei funzionari di discostarsi dalle risultanze della macchina[47]. Il problema attiene anche al piano sociologico: chi si assumerebbe la responsabilità di opporsi a una decisione presa (o a un'istruttoria compiuta) da una macchina, sulla base di parametri statistici apparentemente inconfutabili? Si tratta del c.d. *automation bias*, vale a dire la tendenza a fidarsi delle raccomandazioni automatiche. Questo scenario solleva interrogativi non solo giuridici, ma anche sociali e culturali sul ruolo del pubblico dipendente e sulla garanzia di effettività dei diritti nella società digitale, con ricadute in termini di responsabilità. Il timore di esporsi a critiche, rilievi disciplinari o contenziosi può indurre una forma di deferenza passiva nei confronti dell'algoritmo, riducendo il margine di autonomia e discernimento del funzionario stesso. Il problema dei *bias* che la persona può riversare nella macchina si riflette anche nel modo in cui questa si rapporta alla decisione. Così, in questi casi, un controllo sarebbe formalmente possibile, ma sostanzialmente improbabile o, quantomeno, non effettivo. E se non si prendesse coscienza di ciò, si rischia di chiudersi nella gabbia della forma che non guarda alla sostanza.

In questo contesto, la disciplina della responsabilità necessita di essere ripensata in modo da evitare, da un lato, che il funzionario funga da mero controllore formale o, peggio, da parafulmine giuridico e, dall'altra, che il cittadino resti privo di un idoneo sistema di protezione.

### *4. La responsabilità del funzionario nella società dell'algoritmo.*

Un'ulteriore questione aperta riguarda la responsabilità del funzionario, quale persona fisica[48]. In particolare, la problematica attiene alla necessità che il funzionario non funga da capro espiatorio del sistema[49], ma risponda solo nei casi in cui un

[46] Su istruttoria e procedimento algoritmico, cfr. I. ALBERTI, *L'istruttoria nel procedimento amministrativo. Prospettive di acquisizione digitale della conoscenza*, Torino, 2024, *passim*.

[47] Sulla questione cfr. G. TERRACCIANO, *I.I.A. (intelligenza artificiale amministrativa) e sindacato giurisdizionale*, in *Amministrativ@mente*, 2022, 2. L'A. sottolinea «il rischio che il decisore umano finisca per appiattirsi al calcolo matematico, per quanto complesso e sofisticato, dando credito alla predizione e con ciò favorendo la realizzazione dell'evento supposto».

[48] Sul punto, cfr. E. PICOZZA, *Politica, diritto amministrativo* and artificial intelligence, in *Giur. it.*, 2019, 7, 1657 ss. Secondo l'Autore è possibile «attribuire la responsabilità dei comportamenti omissivi o commissivi della A.I. al suo programmatore e manutentore: in tal caso però l'ingegnere informatico che "guida la macchina" diventa obiettivamente un pubblico funzionario ed un pubblico ufficiale con tutte le conseguenze del caso ivi incluso il giudizio di responsabilità contabile dinanzi alla Corte dei Conti per danno erariale; se invece si opta per una responsabilità 'diretta' della macchina verso i terzi (come normalmente avviene in un ufficio amministrativo "reale") la responsabilità del suo programmatore e manutentore resterebbe pure sempre una responsabilità civile e di regresso».

[49] In generale, si v. E. FREDIANI, *Attività amministrativa e capri espiatori. Scenari*, Milano, 2024. L'A. evidenzia la «consapevolezza dell'insufficienza ed inadeguatezza di quelle soluzioni fondate esclusivamente sulla logica della


ISSN 2036-7821

controllo sia concretamente possibile e socialmente sostenibile. Rispetto a tale circostanza, dunque, è necessario valutare la portata dell'art. 1 della l. n. 20 del 1994, che, in via ordinaria, limita la responsabilità alle ipotesi di dolo o colpa grave.

In tema di dolo, originariamente, alla più garantistica costruzione penalistica, era stata preferita quella c.d. contrattuale, tant'è che non era ritenuta necessaria la rappresentazione e la volizione delle conseguenze dannose derivanti da una determinata condotta, essendo sufficiente la consapevolezza e volontarietà della condotta tenuta. Il legislatore è, poi, intervenuto imponendo anche «la dimostrazione della volontà dell'evento dannoso»[50].

Oggi, dunque, il dolo non può essere desunto dalla mera adozione di un provvedimento algoritmico dannoso, ma è necessario accertare la coscienza e la volontà del funzionario di perseguire un risultato pregiudizievole tramite lo strumento informatico. Dunque, non è sufficiente dimostrare l'accettazione del rischio legato al ricorso all'IA, ma si deve provare un'intenzionalità diretta alla realizzazione dell'evento dannoso.

Più delicata è l'individuazione dell'ipotesi di colpa grave, a maggior ragione se rapportata alle decisioni della macchina. La definizione della gravità, in mancanza di un parametro legislativo puntuale, è rimessa alla valutazione della giurisprudenza[51], che fissa confini tutt'altro che certi. Non sorprende, dunque, che il comma 2 dell'art. 21 del d.l. n. 76 del 2020 abbia limitato (seppur in via temporanea) la responsabilità contabile alle sole condotte dolosamente volute (restando ferma la colpa grave per le omissioni)[52]. Tale previsione, introdotta per limitare i fenomeni di burocrazia

---

colpevolezza» (104), sottolineando la necessità «arginare il fenomeno della polarizzazione della colpa sui singoli agenti» (15). Evitare, cioè, che un soggetto «sia chiamato a pagare per colpe che sono anche di altri» (11).

[50] Modifica introdotta dall'art. 21, c. 1, d.l. n. 76/2020 che ha modificato l'art. 1 della l. 20/1994. Sulla questione, cfr. D. BOLOGNINO, *Ancora un tassello per la definizione di un nuovo equilibrio della responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, 2024, 2, 151.

[51] La stessa Corte dei conti nel contributo scritto di febbraio 2023 sull'atto di governo n. 19 (codice dei contratti pubblici) ha rivelato che «La difficoltà a individuare criteri generali e astratti univoci per definire la colpa grave e differenziarla da quella lieve dipende dalla sua assoluta relatività: la gravità o meno di una condotta non può mai prescindere, infatti, dalla considerazione di una molteplicità di elementi, soggettivi ed oggettivi, desumibili, volta per volta, dal caso concreto».

[52] Le critiche mosse allo scudo erariale sembrano richiamare quelle mosse al legislatore del 1996 che limitò alla colpa grave la medesima responsabilità. Sulla questione, S. FOÀ, *Oltre lo "scudo erariale": quale futuro per la responsabilità amministrativa*?, in *Giustizia Insieme*, 15 aprile 2025, e ivi i richiami a E. CASETTA, *Colpa del dipendente pubblico o colpa del legislatore?*, in *Giur. cost*., 1998, 3257 ss. Sulla questione è intervenuta anche la sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024 (depositata il 16 luglio 2024) che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 2, in riferimento agli artt. 28, 81 e 103 della Costituzione e non fondate le questioni di legittimità costituzionale della medesima disposizione sollevate in riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione. In dottrina, si v. F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Federalismi.it*, 2024, 19; L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, in *Giur. It*., ottobre 2024, 2166 ss.; A. INDELICATO, *Responsabilità e "scudo" erariale: retrospettive e prospettive dopo la rimessione alla Consulta*, in *Riv. Corte dei conti*, 2023, 6, 217 ss.; D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo*


ISSN 2036-7821

difensiva durante l'emergenza pandemica, è stata prorogata con d.l. 12 maggio 2025, n. 68 (convertito con l. 2 luglio 2025, n. 100), alle condotte commesse fino al 31 dicembre 2025.

Invero, quella in oggetto è una tendenza preoccupante che indirizza il sistema verso «un'amministrazione senza qualità, un'amministrazione deresponsabilizzata»[53], ma che denota, comunque, una diffidenza nei confronti della colpa grave.

In tale contesto, una possibile soluzione (e ciò a prescindere dal ricorso all'IA) potrebbe essere quella di circoscrivere la colpa grave alla *nimia negligentia* (*non intelligere quod omnes intellegunt*)[54], valutata in ragione della concreta possibilità di intervento del funzionario. In questo modo si andrebbe a evitare che questi funga da capro espiatorio. Anche il Codice dei contratti pubblici, assunto a riferimento nell'individuazione della colpa grave, richiede il carattere dell'*esigibilità* delle condotte dell'agente pubblico *in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto* (art. 2, co. 3, d.lgs. n. 36 del 2023)[55]. Si pensi a un provvedimento illegittimo adottato mediante algoritmo. In questo caso il controllo del funzionario sarebbe unicamente da intendersi in senso di vigilanza e rispetto dei diritti e delle garanzie fondamentali, quando risultino apertamente violate dalla decisione. Vale a dire, solo qualora risulti palese l'illegittimità del provvedimento algoritmico o delle risultanze istruttorie, il funzionario è tenuto a intervenire. Diversamente, se fosse chiamato a rispondere anche nei casi in cui l'illegittimità non sia manifesta, si finirebbe per richiedere al soggetto di svolgere un'istruttoria parallela alla decisione algoritmica, finalizzata a controllare la legittimità della scelta della macchina, il che è senza dubbio irrazionale.

### *5. La responsabilità della pubblica amministrazione nella società dell'algoritmo.*

Più complesso è il problema del rapporto tra ricorso all'intelligenza artificiale, possibile controllo del funzionario e responsabilità della pubblica amministrazione. Anche perché per il cittadino il problema della decisione algoritmica si pone in

---

*punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico*?, in *Giustizia Insieme*, 18 novembre 2024; A. RIPEPI, *"Paura della firma", principio della fiducia ed evoluzioni della Pubblica Amministrazione. Disamina di Corte costituzionale, 16 luglio 2024, n. 132*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2024, 4, 96; S. BATTINI, *Burocrazia difensiva e responsabilità amministrativa: la sentenza "Pitruzzella"*, in *Gior. dir. amm.*, 2025, 1, 73.

[53] R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 2, 323 ss.

[54] Cfr. Digesto 50.16.213.2 (Ulpiano, 1 reg.), secondo cui, *lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*.

[55] Così S. FOÀ, *Oltre lo "scudo erariale": quale futuro per la responsabilità amministrativa*?, cit.; G. TERRACCIANO, *La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa*, in *Amministrativ@mente*, 2024, 3, 885, che «la disciplina definitoria di cui all'art. 2 richiamato del Codice dei contratti, sia pure riferita ad un ambito circoscritto, finisce per sopperire alla mancanza di una definizione normativa della colpa erariale, ma non pare ancora risolvere il problema della difficile ricerca di un tratto distintivo tra colpa lieve e colpa grave».


ISSN 2036-7821

termini di (possibile) fiducia lesa, che non riguarda (soltanto) il verificarsi del danno (possibile e insito in ogni sistema), ma si riferisce alle ipotesi in cui a seguito dell'errore non venga garantita una protezione adeguata. Questo, di fatto, è un problema di imputazione della responsabilità dalla macchina all'amministrazione ed è necessario che venga chiarito prima che all'IA si faccia effettivo ricorso.

Le soluzioni prospettabili potrebbero essere due: la tradizionale teoria dell'immedesimazione organica, rispetto a cui occorre chiedersi se risulti idonea anche in considerazione del ricorso all'algoritmo; in alternativa, il sistema di responsabilità oggettiva offerto dal codice civile.

Il discorso sull'immedesimazione organica è noto: gli atti, sebbene materialmente adottati dal funzionario (anche per mezzo della macchina), si intendono posti in essere dall'ente[56]. Non vi è, quindi, alterità soggettiva tra colui che agisce e l'organo nel quale costui è incardinato. Questa, essendo la soluzione accolta dalla giurisprudenza, rappresenta, oggi, la scelta più rassicurante, anche perché, accogliendo tale modello, non si andrebbe a stravolgere il sistema di imputazione della responsabilità alla P.A. Nella giurisprudenza amministrativa si sottolinea, infatti, la necessità di ricondurre la decisione, anche algoritmica, «all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo»[57]. Il problema sorge quando il controllo di una persona fisica non sia giuridicamente possibile o socialmente fattibile. Se l'IA opera come scatola nera, si ha il rischio che all'ente venga attribuita non l'attività di un suo organo, ma di una macchina.

L'alternativa potrebbe essere data dal ricorso a sistemi di responsabilità oggettiva offerti dal codice civile. È suggestiva la possibilità di ricondurre la responsabilità agli schemi previsti dagli artt. 2050 e 2051 c.c., perché la *ratio* alla base di tali norme è un'esigenza di giustizia distributiva, in forza della quale le conseguenze cagionate da una cosa inanimata o da un'attività pericolosa ricadono su chi concretamente esercita l'attività o su chi detiene o utilizza la *res*[58].

Invero, il ricorso all'art. 2050 c.c. è suggestivo, ma di difficile applicazione: la pericolosità richiede l'esistenza di un'attività intrinsecamente pericolosa o con rischio tipico elevato. L'algoritmo non è pericoloso in sé, anche se potrebbe esserlo; tuttavia pericoloso nel senso di idoneo a produrre un danno. Ne consegue che l'amministrazione sarebbe chiamata a rispondere sia per un danno che dipenda da una situazione intrinseca della cosa (come un programma difettoso), sia per le ipotesi di un elemento dannoso sorto nella stessa (ad esempio, una decisione discriminatoria in ragione dei criteri adottati per l'assunzione della decisione). In questo modo, però,

[56] Su imputazione e teoria organica, cfr. C. DE NICOLA, *Illecito del dipendente e imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2021, 917 ss.

[57] Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881 e Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, nn. 8472, 8473 e 8474.

[58] Cass. civ., Sez. III, 31 maggio 1971, n. 1641.


ISSN 2036-7821

i confini di "cosa pericolosa" finirebbero per allargarsi troppo, potendosi riferire a ogni attività idonea a produrre un danno. Pertanto, tale ipotesi risulta difficilmente percorribile.

Maggiori margini di applicabilità sembrano esservi in relazione a quanto previsto dall'art. 2051 c.c. In questo caso, la macchina viene considerata quello che realmente è: una cosa, uno strumento (un ottimo strumento, ma, comunque, uno dei tanti) al servizio dell'amministrazione. Del resto, perché si configuri la responsabilità della pubblica amministrazione è necessario (e sufficiente) che la cosa sia inserita nella sequenza causale che ha portato all'evento dannoso; di conseguenza l'utilizzo di un algoritmo (in qualsiasi modo lo si integri nel procedimento), al verificarsi del danno, è esso stesso da solo sufficiente a radicare una responsabilità. Peraltro, la giurisprudenza ammette la responsabilità dell'amministrazione per violazione degli obblighi di custodia anche a prescindere dalla possibilità di un effettivo controllo, se il danno si è determinato per cause intrinseche alla cosa[59]. Ciò significa che, qualora l'algoritmo venga considerato "una cosa in custodia", l'apparato pubblico sarebbe chiamato a rispondere anche nelle ipotesi in cui, in concreto, non sia stata possibile alcuna verifica: si pensi, ad esempio, al programma difettoso. Infatti, non può gravare sul cittadino la distinzione tra l'errore del funzionario e quello del programma. In questi casi, comunque, l'amministrazione potrebbe attivare meccanismi di rivalsa o regresso nei confronti del programmatore, del fornitore o di chi risulti direttamente responsabile dell'evento dannoso.

Dal punto di vista della tutela del privato, uno schema oggettivo semplifica l'accertamento: non è, infatti, necessario provare il dolo o la colpa che, rispetto a una situazione tecnica e complessa come il ricorso alle macchine, risulta particolarmente gravoso. Del resto, la prova dell'elemento soggettivo è sicuramente una delle questioni più delicate in tema di responsabilità; al di là della materia degli appalti pubblici, dove le spinte europee hanno portato a un'oggettivizzazione della colpa, nei restanti casi, pur criticata la soluzione offerta dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 500 del 1999[60], non sono state trovate valide alternative[61]. La colpa d'apparato, la teoria dei tre canoni, le presunzioni relative e gli incerti confini

[59] Cass. civ., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 25925, per *cause intrinseche alla cosa* intende il vizio costruttivo o manutentivo, che ben potrebbe riferirsi anche ad algoritmi difettosi per cause imputabili al programmatore. Nello stesso senso, cfr. Tribunale Asti, Sez. I, 29 giugno 2021, n. 527; Tribunale Roma, Sez. XII, 30 settembre 2016, n. 18059; Tribunale Grosseto, 11 maggio 2016, n. 374; Cass. civ., Sez. III, 8 maggio 2015, n. 9323.

[60] Cfr. A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 160.

[61] Cfr. F. LIGUORI, *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli, 2003, 115. L'Autore osserva che «quanto all'elemento soggettivo, è innegabile la problematicità della relativa indagine posto che 'la volontà dell'amministrazione decidente è una semplice ipostasi' e, d'altro canto, il riferimento operato dalle Sezioni Unite non al funzionario agente, ma alla stessa p.a. intesa come apparato è alquanto oscuro né sembra chiarito dalla precisazione che la colpa si tradurrebbe in 'violazione delle regole d'imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione' qualificate come limiti esterni alla discrezionalità».


ISSN 2036-7821

dell'errore scusabile portano a una frammentazione della ricostruzione scientifica tale da mettere in discussione il corretto funzionamento dell'istituto. Nell'attuale sistema, infatti, «la delicata funzione di spartiacque tra illegittimità colpose ed illegittimità non colpose viene affidata [...] a circostanze particolari individuate solo in via esemplificativa e [...] che il giudice può riempire di contenuto a sua discrezione a seconda delle peculiarità del caso concreto»[62]. Nemmeno gli aggiustamenti del legislatore ai rilievi formulati in tema di colpa si sottraggono a osservazioni critiche: anche a seguito dell'emanazione del codice del processo amministrativo, l'unico riferimento normativo all'elemento soggettivo è previsto in relazione all'ipotesi di cui all'art. 2-*bis* della l. n. 241 del 1990.

In questo contesto un modello di responsabilità oggettiva sicuramente va a semplificare tale accertamento.

### *6. L'amministrazione algoritmica alla prova del diritto.*

Il ricorso all'algoritmo nel procedimento amministrativo rappresenta una grande opportunità, ma anche una sfida complessa. L'affinità, almeno sul piano formale, tra algoritmo e procedimento – entrambi fondati su una logica prettamente consequenziale – fa emergere un'apparente neutralità dell'innesto, ma la costruzione del potere amministrativo in chiave soggettiva mette in luce i limiti, anche costituzionali, di un'automazione procedimentale integrata. D'altro canto, la riserva di umanità, per quanto appaia il *migliore dei mondi possibili*[63], non risolve tutti i mali. Il rischio è che il controllo umano possa rimanere puramente formale: il funzionario potrebbe limitarsi ad avallare l'esito della macchina, rinunciando a una valutazione effettiva.

In questo contesto, la disciplina della responsabilità necessita di essere ripensata. Nella prospettiva del funzionario, essa può sussistere solo nei casi in cui un controllo sia non solo possibile, ma anche socialmente esigibile; altrimenti si avrebbe una distorsione del sistema di colpevolezza.

Più complessa è l'ipotesi della responsabilità della pubblica amministrazione, che presuppone l'imputazione della decisione (e dei suoi effetti) dall'algoritmo alla pubblica amministrazione. Sicuramente suggestiva è la possibilità di una rilettura dei modelli di responsabilità oggettiva offerti dal codice civile: l'art. 2051 c.c., in particolare, permette di imputare all'ente i danni derivanti da strumenti tecnologici che verrebbero considerati al pari di "cose in custodia". Del resto, è la digitalizzazione a spingere verso modelli privatistici[64]. Con il PNRR[65] l'innovazione

[62] In questi termini, S. D'ANTONIO, *Teoria e prassi nella tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 276.

[63] VOLTAIRE, *Candide, ou l'Optimisme. Traduit de l'allemand de M. le Docteur Ralph*, Genève, Cramer, 1759, trad. it. da cui si cita, Milano, 2012, cap. XXX, 119.

[64] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.


ISSN 2036-7821

digitale è stata considerata «una missione orizzontale, la quale richiede di essere sviluppata non in un unico campo dell'azione, pubblica o privata, perché il suo essere comune a tutte le missioni settoriali comporta che sia perseguita da ogni componente del piano»[66].

Del resto, spesso, nella disciplina di diritto pubblico, a fronte di situazioni complesse, concorrono qualificazioni pubblicistiche e civiliste; ciò anche e soprattutto con riguardo alla responsabilità per illegittimo esercizio della funzione pubblica. È innegabile che il modello a cui si è guardato sia quando è stato abbattuto il muro dell'irrisarcibilità, sia quando è stato attribuito al giudice amministrativo il potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, sia quello dell'illecito aquiliano. Ed è ciò che potrebbe avvenire anche in questo caso. Questo non significa che non si finirà per tendere verso una progressiva autonomia della disciplina responsabilità (tendenza che, almeno in parte, già si rinviene[67]), ma guardare, in assenza di soluzioni alternative, alla radicata disciplina civilistica in tema di responsabilità può essere, nell'incertezza generale, una rassicurante soluzione da cui partire.

Il cittadino, infatti, può accettare una decisione automatizzata solo se percepisce che l'ordinamento è pronto a proteggerlo in caso di errore o ingiustizia. In quest'ottica, un sistema di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, come quello previsto dall'art. 2051 c.c., può rappresentare una soluzione efficace, soprattutto in relazione ai danni che dipendono direttamente dal malfunzionamento della

---

[65] Si consideri che per la missione 1 del PNRR «digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo» sono stati stanziati 40,32 miliardi di euro, di cui 9,75 miliardi sono riservati a digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A. Peraltro, è interessante sottolineare come il PNRR si ponga «in una dimensione intermedia tra programmazione politica e amministrazione, dimensione ancora tutta da scoprire, ma sicuramente portatrice di un approccio innovativo, fonte di sicura crescita economica e sociale», in questi termini V. FANTI, *Verso un turismo ecosostenibile e una digitalizzazione del patrimonio culturale*, in L. BIANCHI, B. CARAVITA (a cura di), *Il PNRR alla prova del Sud*, Napoli, 2021, 144. Del resto, la commistione tra algoritmo e procedimento richiede un investimento sia sulle strutture che sul capitale umano; per tale motivo è opportuno valutare il costo del ricorso all'IA. La digitalizzazione, ancor prima di poter essere uno strumento di riduzione dei costi, rappresenta essa stessa un costo. Sulla questione, cfr. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione,* in *Jus publicum*, 2012, 4, 57 ss. Secondo l'Autrice gli interventi finalizzati a snellire e semplificare l'amministrazione non devono limitarsi alla possibilità di ricorrere agli istituti previsti e applicabili nel procedimento. Deve, infatti, essere possibile adoperare anche altri strumenti che determinino, in concreto, una semplificazione, come l'uso della telematica, «in considerazione del fatto che informatizzare equivale a dire semplificare». Si veda, altresì, A.G. OROFINO, *La semplificazione digitale*, in *Dir. econ.*, 2019, 3, 87 ss.

[66] G. DE MINICO, *Prefazione*, cit., 11.

[67] Sulla questione, cfr. E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, 20 ss.; L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 1, 1 ss.; ID., *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'amministrazione*, in *Urb. app.*, 2016, 9, 1067; A. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli, 2003, 172 ss. e, più di recente, ID., *Responsabilità civile della pubblica amministrazione per attività provvedimentale illegittima*, in C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Responsabilità civile (Enc. dir.)*, Milano, 2024, 818 ss.


ISSN 2036-7821

macchina, vuoi per errore del programmatore, vuoi per incuria dell'apparato pubblico. Il fine, a prescindere dal ricorso a strumenti algoritmici, deve restare quello di mantenere ferma la garanzia di giustizia dinanzi al fatto e al provvedimento.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'evoluzione della golden share in Italia

## di Eugenio Piscino

(Professore, a contratto, in diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II)

## Sommario

1. Privatizzazioni: struttura ed evoluzione della *golden share*. – 2. La riforma della *golden share*: criticità e contraddizioni. – 3. Evoluzione dei poteri speciali nell'ordinamento italiano. – 4. La *golden share* in Italia: il decreto-legge 332/1994. – 5. Le caratteristiche della *golden share* in Italia. – 6. La Commissione europea. – 7. Un secondo intervento legislativo. – 8. La *golden share* al vaglio della Corte di Giustizia Europea. – 9. Considerazioni conclusive.

## Abstract

As is known, the golden share represents a legal institution through which the Government has the possibility of holding a share package in companies subjected to privatization through a series of special powers. Maintaining a golden share therefore allows you to have full right to intervene in company decisions, with the aim of counteracting the entry of certain foreign capital into strategic companies in the country's politics. Here we will analyze the institution in question, reserving the institution of golden power for further in-depth analysis.

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


ISSN 2036-7821

***1. Privatizzazioni: struttura ed evoluzione della golden share.***

Il termine *golden share* si riferisce a un istituto giuridico di origine britannica mediante il quale il Governo ha la possibilità di detenere un pacchetto azionario delle società pubbliche sottoposte a privatizzazione attraverso il quale esercitare una serie di poteri di carattere speciale. L'istituto della *golden share* ha consentito, agli Stati, di avere pieno diritto di intervento nelle scelte aziendali, quando si è trattato di contrastare l'ingresso di capitali stranieri in aziende strategiche nella politica del Paese[1].

Nel contesto italiano le privatizzazioni non furono tanto il risultato di scelte autonome degli esecutivi che si susseguirono nel tempo, quanto piuttosto scelte imposte a livello comunitario, volte a garantire migliori condizioni di parità tra soggetti economici pubblici e privati.

L'analisi del processo di privatizzazione, e più in generale del processo di ridimensionamento dell'intervento pubblico nell'economia, necessita di un preventivo studio sulle varie forme di privatizzazione. In quest'ottica, è di visione comune far riferimento innanzitutto alla cosiddetta *privatizzazione formale*, quale processo di trasformazione di enti pubblici, aziende di Stato e società a partecipazione pubblica in società per azioni, che risulta essere prodromica alla successiva ed effettiva cessione della proprietà, e quindi del pacchetto azionario delle imprese pubbliche, a soggetti privati, affermandosi così quella fase della privatizzazione definita *sostanziale*.

Il principale risultato di un processo di privatizzazione formale è quello di permettere alle imprese in mano pubblica di operare secondo le regole del diritto privato, trasformandone la forma giuridica senza mutarne la sostanza economica, pur avendo quale principale azionista lo Stato.

Nell'ambito delle leggi di privatizzazione formale, la prima norma su cui bisogna soffermarsi, al fine di meglio inquadrare la fase inziale, è la legge 309/1991 poi sostituita dal d.l. 386/1991[2] la quale si ispirava alle disposizioni della legge 218/1990[3] in materia di trasformazione in società per azioni degli attori che operavano nel

[1] Lo strumento della *golden share* è stato ampiamente utilizzato ad esempio: quando l'impresa privatizzata operava in un settore come quello delle forniture di materiale per la difesa e la sicurezza nazionale; per garantire la dispersione dell'azionariato fra tanti piccoli soggetti; per bloccare sul nascere tentativi di scalate ostili.

[2] Decreto legge convertito dalla L. 29 gennaio 1992, n. 35. L'unica variante è l'introduzione di un altro articolo, il n.2, dedicato all'alienazione di beni patrimoniali dello Stato suscettibili di gestione *economica.*

[3] Il 30 luglio 1990 è stata adottata la legge n. 218 cd legge Amato «Disposizioni *in materia di ristrutturazione e integrazione patrimoniale degli istituti di credito di diritto pubblico*», che rappresenta il primo importante intervento legislativo per il settore bancario con la trasformazione in società per azioni degli istituti di credito di diritto pubblico. La disciplina delle cessioni va rintracciata all'art. 2 lett. d) dove si precisava che il Governo era delegato ad emanare norme dirette a introdurre una disciplina volta a garantire la permanenza del controllo diretto o indiretto di enti pubblici sulla maggioranza delle azioni con diritto di voto nelle assemblee ordinarie delle società risultanti dalla trasformazione degli enti creditizi pubblici in spa.


ISSN 2036-7821

settore bancario e creditizio. Con il d.l. 386/1991[4], il governo dispose la trasformazione degli enti di gestione delle partecipazioni statali e di tutti gli altri enti pubblici economici in società per azioni.

Gli aspetti principali affrontati da queste disposizioni riguardavano l'individuazione delle categorie di enti da sottoporre a trasformazione, tra i quali rientravano gli enti di gestione delle partecipazioni statali, le aziende autonome, nonché enti quali l'Enel, l'Ina, l'Ice e tanti altri, con la conseguente presa in eredità del complesso di rapporti giuridici[5] in essere prima della fase di privatizzazione formale. Il decreto citato, inoltre, delineava il procedimento attraverso il quale, una volta fissati gli ordini generali da parte del CIPE, erano gli organi degli enti stessi ad adottare l'eventuale delibera di trasformazione. Altro tema centrale riguardava la titolarità delle azioni delle società e il relativo diritto di alienazione. Prima dell'introduzione della legge 359/1992 si riteneva che tale titolarità dovesse essere affidata e riconosciuta a due superholding; successivamente il legislatore ha optato per l'affidamento all'amministrazione del Tesoro, il quale avrebbe esercitato i suoi diritti di azionista congiuntamente al Ministero del Bilancio e a quello dell'Industria.

Il processo di privatizzazione formale risultava in realtà essere solo una fase necessaria per la successiva cessione del complesso sistema delle partecipazioni statali. Con la privatizzazione sostanziale si attuò il completo trasferimento della proprietà delle imprese pubbliche a soggetti privati, venendo così a trasformarsi anche il ruolo dello Stato a *semplice* regolatore delle prestazioni offerte dall'operatore privato. Le privatizzazioni producevano un corrispettivo che confluiva nelle casse della società capogruppo, facendo emergere risorse per colmare i deficit di bilancio.

Il processo di privatizzazione, nei vari paesi europei, fu realizzato con modalità e finalità diverse in ragione dei diversi obiettivi e delle diverse contingenze storiche, culturali e sociali che interessarono le singole realtà nazionali. Il fenomeno delle privatizzazioni ha costituito un elemento rilevante per quel che riguarda una completa ricostruzione della disciplina dei cosiddetti "poteri speciali".

Oggi la materia è disciplinata dal dl. 21/2012[6], recante norme in materia di poteri speciali sugli assetti societari nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché per le attività di rilevanza strategica nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni. Il decreto ha introdotto lo strumento del *golden power* che ha rappresentato il risultato finale di un lungo iter durato quasi vent'anni, che ha visto

[4] Decreto-Legge n. 386 del 5 dicembre 1991 convertito dalla L. 29 gennaio 1992, n. 35.

[5] Il terzo comma dell'art.1 del decreto-legge n. 386/1991 (cit. *supra*) dispone che «le *società per azioni derivate dagli enti o aziende di cui al comma 1 succedono a questi nella totalità dei rapporti giuridici*». *L'avvertenza è impropriamente formulata perché è pacifico che la trasformazione che, per definizione, non dà luogo a dissoluzione e ricostituzione del soggetto giuridico che si trasforma, non comporta, perciò, il fenomeno di successione, ma solo l'ovvia continuazione dei rapporti di un soggetto che, al di là delle modificazioni strutturali, conserva la sua identità.*

[6] Decreto-legge n.21 del 15 marzo 2012, convertito in legge n.56 del 11 maggio 2012.


ISSN 2036-7821

coinvolti sia la CGUE sia il Parlamento italiano, durante il quale si è cercato di porre rimedio ai caratteri di incompatibilità che alcune disposizioni della precedente normativa in materia presentavano, e che lo portavano ad essere in contrasto con il diritto comunitario[7].

## *2. La riforma della golden share: criticità e contraddizioni.*

Il tema dell'attribuzione della *golden share* e dei poteri speciali ai singoli governi in ambito economico è senz'altro un tema che ha assunto un'assoluta centralità a seguito del processo di privatizzazione delle principali imprese pubbliche, processo che ha interessato l'intero panorama europeo a partire dagli anni '80 del secolo scorso. La privatizzazione ha rappresentato la strada più agevole per i policy makers al fine di meglio rispondere all'ondata ideologica del liberismo economico che caratterizzò e indirizzò l'azione politica del legislatore europeo. Va evidenziato come lo strumento della privatizzazione fu individuato non perché rispondeva a specifiche esigenze della Comunità Europea, ma perché era quello che meglio permetteva il raggiungimento di dati obiettivi tra cui quello della libera concorrenza in ambito europeo, il che spiega come la sua scelta fu totale espressione della autonomia da parte dei singoli Stati; basti ricordare che, con riferimento a tale aspetto, ai sensi dell'art. 345 del TFUE[8], la Comunità assumeva una posizione di neutralità rispetto ai regimi proprietari nazionali, sicché la stessa non impediva né operazioni di privatizzazione né altre tipologie di operazioni valide per raggiungere gli stessi obiettivi.

L'esigenza di garantire maggiori livelli di competitività tra imprese appartenenti a Stati diversi, soprattutto attraverso la creazione del Mercato Unico Europeo, nonché

[7] Testo del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332 coordinato con la legge di conversione n. 474 del 30 luglio 1994, recante: "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", Gazzetta Ufficiale. Il nucleo fondante, quindi, di un simile strumento nel nostro ordinamento è stato rappresentato dagli artt. 2 e 3 del dl. 332/1994, poi convertito con legge 474/1994, che hanno espressamente disciplinato la presenza di poteri special, e altri strumenti, in capo al Governo e che ricalcavano, in certi termini, le medesime caratteristiche sia della golden share britannica, e sia soprattutto dell'action spécifique francese.

La Gran Bretagna fu il primo Paese a dar luogo ad un'ampia politica di dismissioni delle imprese pubbliche e a introdurre uno strumento di controllo statale delle imprese privatizzate: la *golden share*.

[8] Infatti, in base all'art. 345 TFUE "*i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri". Da ciò si evince che è compito dei singoli Stati occuparsi di disciplinare il regime di proprietà delle imprese, senza subire alcuna influenza circa il decidere se, come e cosa privatizzare.* In merito a tale punto è possibile fare riferimento a: A. C. BARTONCIONI, *L'interpretazione della Corte Europea del combinato disposto degli artt.345 e 63 del TFUE,* che evidenzia che: *"L'art. 345 TFUE esprime il principio di neutralità dei Trattati rispetto al regime di proprietà negli Stati membri, i trattati, infatti, non ostano né alla nazionalizzazione di imprese né alla loro privatizzazione. Privilegiare la proprietà pubblica non sottrae all'applicazione dell'art. 63 TFUE, anche se per giustificare la restrizione alla libera circolazione dei capitali possono esservi motivi imperativi di interesse generale".* Gazzetta amministrativa.


ISSN 2036-7821

di una più forte integrazione delle economie europee, richiedevano la rigorosa applicazione di principi e regole comunitarie, tra le quali il divieto di aiuti di Stato e la parità di trattamento fra gli operatori economici, il che rese comunque necessaria la presenza di uno Stato regolatore il quale più che intervenire direttamente nell'economia, fosse in grado di fissare le regole alle quali le imprese avrebbero dovuto sottostare. Si tratta quindi un intervento regolatore esterno e imparziale delle attività di queste ultime.

Questo radicale cambiamento si caratterizzò con modalità diverse, in virtù delle diverse priorità che i singoli paesi avevano al loro interno. Gli obiettivi rispondevano a talune ragioni molto spesso divergenti tra loro, alcune delle quali di carattere puramente ideologico, come nel caso britannico[9], nel quale la volontà politica era quella di ridurre il peso e l'incidenza della mano pubblica nel sistema economico (visione questa più aderente ai principi neoliberisti di cui il Governo Thatcher era massimo sostenitore). Altrove, invece, come nel contesto italiano, la decisione di giungere a un significativo cambio di passo era legata a motivazioni molto più profonde, connesse alla difficile situazione economica delle finanze pubbliche. Su questo punto vi furono molte posizioni in un certo modo contrarie, da parte di chi riteneva che, sebbene un'ottima gestione delle dismissioni pubbliche avrebbe esonerato lo Stato da oneri importanti, allo stesso tempo non si poteva affermare con certezza che i ricavi di tali privatizzazioni avrebbero potuto coprire l'ingente debito pubblico italiano.

Indipendentemente da tali ragioni, la volontà dei singoli legislatori nazionali era quella di garantire una maggior tutela degli interessi pubblici: anche perché il processo di privatizzazione di per sé non comporta la perdita del controllo tout court delle aziende pubbliche da parte dello Stato ma solo una trasformazione del suo ruolo. La centralità acquisita da questi processi ha portato, da parte dei singoli Stati, a reazioni di vario tipo, riguardanti tanto la necessità e l'esigenza di mantenere un certo controllo e una certa presenza nei settori strategici, quanto l'importanza di prevenire e ridurre le conseguenze di una cattiva gestione della privatizzazione stessa. Tra gli strumenti creati nel governo e nella gestione delle fasi successive della privatizzazione, appare centrale l'istituzione delle Authorities[10] di regolazione e della *golden share*.

Il termine *golden share* fa riferimento a quel particolare istituto giuridico in virtù del quale i singoli governi, a seguito della dismissione della presenza pubblica nel

[9] J. KAY, *Le privatizzazioni nel Regno Unito 1979-1999*; Francesco GIAVAZZI, *Le privatizzazioni in Europa*, Il Mulino, 1996; J. RICHARDSON e G. DUDLEY, *Le privatizzazioni in Gran Bretagna: innovazione di successo e implementazione difficile?* Il Mulino, 1996, 235-269.

[10] T. MIELE, *Le autorità amministrative indipendenti*, Rivista della Corte dei Conti, 2022 e inoltre R. GAROFOLI, *Golden share e* authorities *nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in Rivista diritto pubblico comunitario, 1998.


ISSN 2036-7821

settore economico con conseguente trasformazione dei modelli societari e di governance delle imprese pubbliche, acquisivano e si riservavano, seppur con differenze profonde tra i vari Paesi interessati, dei poteri speciali con l'obiettivo di tutelare interessi pubblici all'interno di società che operavano in determinati contesti e settori ritenuti strategici. L' essenza di tali poteri poteva consistere tanto nel diritto di veto su particolari operazioni condotte da soggetti privati, quali ad esempio acquisizioni o scalate ostili, quanto nella previsione di misure restrittive al diritto di voto. Il delineato sistema prevedeva l'introduzione e l'applicazione di tali poteri negli statuti delle società dismesse e privatizzate (aspetto presente soprattutto nell'esperienza britannica), garantendo allo Stato il mantenimento di una quota azionaria, rappresentata da una sola e talvolta simbolica azione, che conferiva un potere incisivo sulle scelte strategiche delle imprese.

La presenza della *golden share* in capo ai singoli governi si impose nel momento in cui questi compresero i rischi e le conseguenze che un processo di privatizzazione avrebbe potuto comportare, potendo determinare la totale fuoriuscita del soggetto pubblico da determinati settori dell'economia, risultato che nessuno dei vari Stati membri avrebbe voluto raggiungere. Per tale motivo si evidenziò la necessità di prevedere un simile istituto a tutela di interessi vitali e centrali per ogni Stato.

Tali caratteristiche della *golden share* non potevano che impattare sulla "corporate governance" delle società privatizzate, creando una dissociazione tra la proprietà della stessa e la sua gestione. In quest'ottica la *golden share*, secondo le più diffuse teorie del management, rientrerebbe nella più ampia categoria dei *Control Enhancing Mecchanism – CEM's* - ossia strumenti che separano proprietà della società, quindi possesso della partecipazione azionaria, e diritto di voto, facendo venire meno il principio del *one share-one vote*[11], della proporzionalità tra la quota posseduta e i voti esprimibili in assemblea. La peculiarità di un simile meccanismo[12], che non poche polemiche suscitò tra gli studiosi di management, indusse comunque le autorità europee ad assumere una posizione di quasi neutralità, in quanto una regolazione troppo restrittiva nei confronti di un loro utilizzo avrebbe potuto comportare dei risultati opposti a quelli che la stessa Commissione europea puntava a ottenere in quegli anni: il che consentì ai singoli Governi, di difendersi dalle accuse mosse dalla Commissione in merito alla illegittimità e incompatibilità dei poteri speciali, invocando le anzidette posizioni di neutralità . In altri termini, la similitudine di tali strumenti alle azioni a voto plurimo e ad altre rientranti comunque nei *CEM's*, poté' giustificare la legittimità delle scelte effettuate nella direzione indicata.

[11] OCSE *Lack of Proportionality Between Ownership and Control: Overview and Issues for Discussion* - (OCSE Steering Group on Corporate Governance, 2007), 6 e ss; Report on the Proportionality Principle in the European Union, 2016.

[12] Va ben compreso che la *golden share* rientra tra tali strumenti solo nel caso in cui questi vengano creati dalla società o attraverso patto parasociale.


ISSN 2036-7821

***3. Evoluzione dei poteri speciali nell'ordinamento italiano.***

Prima di addentrarci nell'analisi approfondita del dl. 332/1994, che ha rappresentato la fonte principale della *golden share* italiana, è opportuno sottolineare come la peculiarità principale dell'istituto nostrano, ripreso dal modello francese, ossia quella di porre al centro del sistema il diritto pubblico, sia stata seguita anche negli anni precedenti[13] alla privatizzazione, durante i quali il legislatore italiano ha cercato di introdurre degli strumenti simili, che a oggi possono essere visti come dei precursori della *golden share* del 1994, facendo in modo che il destino di quest'ultima presentasse delle radici ben più profonde rispetto al solo processo di privatizzazione. Al riguardo va osservato che, già prima dell'introduzione della novella legislativa, parte della dottrina aveva assunto una posizione ben diversa, mettendo in discussione la necessità di un intervento legislativo col fine di riconoscere allo Stato simili poteri di influenza, in quanto lo stesso art. 2449[14] del codice civile nell'ambito del diritto societario, attribuiva al potere pubblico l'esercizio di una notevole influenza attraverso la nomina di uno o più amministratori e sindaci della società, in virtù di una partecipazione azionaria i cui riferimenti fossero presenti nello statuto[15]

Nel corso degli anni'80 fu presentato in Parlamento un primo disegno di legge, poi non approvato, che prevedeva la possibilità in caso di cessione o liquidazione delle imprese statali, di riconoscere in capo allo Stato una particolare tipologia di azione con la quale continuare a esercitare una forma di controllo che prese il nome di "azione a diritto privilegiato speciale." Sebbene tale esperienza non fu portata a termine, essa rappresentò un primo passo, e quindi un antecedente, verso l'introduzione della *golden share* in Italia. Un ulteriore riferimento, in questo caso a privatizzazione già avviata, è rinvenibile nella deliberazione CIPE del 30 dicembre del 1992[16] concernente le modalità e le procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome, all'interno della quale, al punto 11, si stabiliva l'introduzione negli statuti di queste società di particolari diritti speciali, attribuiti allo Stato, circa la nomina di uno o più amministratori, con il potere di opporsi a operazioni che avrebbero potuto compromettere sia l'attività svolta dalla società, sia

[13] In merito agli interventi precedenti l'introduzione della *golden share* a seguito del decreto legge n. 332/1994 è possibile rifarsi a quanto analizzato da T. FENUCCI, *I poteri speciali dopo la privatizzazione delle imprese statali: una storia infinita,* in Comparazione e Diritto Civile, pagine 12 e ss.

[14] Art. 2449: "*Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci.*

*Gli amministratori e i sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati. Essi hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea*".

[15] C. GERONIMO CARDIA, *Profili giuridici della privatizzazione,* Il Sole 24 ore, Milano, 1994, cit, 275 e ss.

[16] Deliberazione CIPE 30 dicembre 1992 recante le Direttive concernenti le modalità e le procedure di cessione delle partecipazioni dello Stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici e delle aziende autonome.


ISSN 2036-7821

l'esercizio dei predetti diritti speciali.
Un ultimo intervento precedente all'introduzione del dl. 332/1994 fu il disegno di legge[17] che riprendeva, in gran parte, quanto disposto dalla deliberazione citata e che disponeva all''art.7 l'introduzione negli statuti di società, controllate direttamente o indirettamente dallo Stato tutta una serie di clausole che permettessero di esercitare i poteri indicati. Da ciò deriva la considerazione che l'introduzione della *golden share* in Italia non è legata esclusivamente al processo di privatizzazione in atto agli inizi degli anni'90, e che il legislatore nazionale aveva già mostrato conoscenza e attenzione già negli anni precedenti.

***4. La golden share in Italia: il decreto-legge 332/1994.***

Gli interventi legislativi degli anni '80 e l'avvio del processo di privatizzazione accesero una forte dialettica parlamentare riguardante sia l'impianto legislativo su cui doveva fondarsi la privatizzazione, sia l'introduzione di specifiche misure che aumentassero il grado di influenza e controllo sulle imprese via via dismesse. In questa direzione, fu emanato il dl. 332/1994[18], per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni. La disposizione più controversa fu sicuramente quella inserita nell'art. 2, la quale disponeva che, nelle società controllate direttamente o indirettamente dallo Stato e operanti in settori strategici, da individuare con decreto del Presidente del Consiglio, fossero introdotte obbligatoriamente, nei rispettivi statuti, delle clausole che attribuivano al Ministero del Tesoro, di concerto con altri Ministeri, una serie di poteri speciali, sulla falsa riga di quelli riconosciuti al Governo inglese e che avevano caratterizzato le altre esperienze europee. Fu dunque, attraverso tale decreto che venne introdotta, per la prima volta nell'ordinamento italiano, la figura della *golden share*, uno strumento che appariva tra le più penetranti forme di controllo affermatesi in Europa e che andava a incidere sulla vita societaria anche successivamente alla cessione dell'azienda, evitando sia un'involuzione, sia la totale fuoriuscita dello Stato dal settore economico.
Il comma 3 disponeva, inoltre, che le stesse previsioni si applicassero anche alle società controllate, direttamente o indirettamente, da enti pubblici, anche territoriali ed economici, operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici e individuate con provvedimento dell'ente pubblico partecipante, al quale andavano

[17] Disegno di legge 20 gennaio del 1993 n.2140, recante "Modifiche statutarie delle società di cui lo Stato o gli enti pubblici territoriali dismettono la maggioranza azionaria".

[18] Decreto-Legge 31 maggio 1994, n. 332 "Norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni", convertito con modificazioni con la legge n. 474/1994. Per giungere alla legge n. 474/1994 furono necessarie quattro reiterazioni del decreto-legge originario prima che si procedesse alla conversione. In particolare, all'emanazione del dl. 27 settembre 1993, n. 389, seguirono quelli in data 29 novembre 1993, n. 486, 31 gennaio 1994, n. 75, 31 marzo 1994, n. 216 e infine 31 maggio 1994, n. 332, che fu convertito nella legge 30 luglio 1994, n. 474.


ISSN 2036-7821

riservati i poteri speciali.
La portata di un simile istituto si poteva evincere, prim'ancora dell'analisi dei singoli poteri riconosciuti e delle realtà coinvolte, da quelle peculiarità che la distinguevano sicuramente dalla *golden share* britannica e in parte dall'*action spécifique* francese.
Innanzitutto, al pari del modello francese, come detto, la soluzione italiana ha posto il diritto pubblico al centro dell'intero processo, cercando di creare un impianto normativo quanto più uniforme possibile. Inoltre, lo statuto diventa un contenitore che dà attuazione alle norme approvate dal legislatore.
Un aspetto che rendeva unica la *golden share* italiana rispetto alle altre tipologie europee, riguardava l'esercizio di tali poteri, che non era collegato necessariamente al possesso di una partecipazione azionaria. Se nell'esperienza inglese la *golden share* poteva assumere la forma di un'azione del valore di una sterlina, nel contesto italiano il legislatore ha ritenuto non centrale tale aspetto, rafforzando la natura pubblicistica dei poteri, nella misura in cui questi erano attribuiti allo Stato in quanto tale e non in quanto azionista.
Questa caratteristica rendeva l'istituto più pervasivo di quanto non lo fosse quello inglese e francese, e il fatto che tale aspetto sia rimasto anche dopo la riforma del 2012 (che ha introdotto il *golden power*), non deve farci cadere in errore: va ben compreso come i due istituti presentino alcune differenze tra loro, se non altro perché l'uno è la normale evoluzione dell'altro. Infatti, la natura dei poteri introdotti col decreto del 1994 era solo formalmente pubblicistica, ma sostanzialmente privatistica, in quanto la clausola che li riconosceva doveva essere comunque inserita nello statuto: da qui si evinceva l'impostazione statutaria presa dal modello inglese, ben diversa dall'istituto del *golden power* che risulta essere formalmente e sostanzialmente pubblicistico.

### *5. Le caratteristiche della golden share in Italia.*

Una prima attenzione va posta sull'ambito di applicazione delle disposizioni contenute nel citato art.2 che, come visto, disponeva l'attribuzione di determinati poteri in capo allo Stato, introdotti all'interno dei singoli statuti, da esercitare nei confronti delle società controllate che operavano in settori ritenuti strategici. Se da un lato l'identificazione dei soggetti attivi appariva ben chiara, lo stesso non si poteva affermare con riferimento all'individuazione dei soggetti passivi, la quale doveva avvenire attraverso l'emanazione di un decreto da parte del Presidente del Consiglio, adottato su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e sentiti i Ministri competenti per settore. Si trattava in particolare di un Decreto che doveva rivolgere il proprio sguardo verso quelle società statali, anche se non ancora dismesse, e che operavano in settori strategici quali la difesa, i trasporti, le telecomunicazioni, le fonti di energia, e gli altri pubblici servizi. La fase così descritta non appariva tuttavia


ISSN 2036-7821

esente da problematiche, in quanto la stessa individuazione degli interessi strategici risultava subire una forte discrezionalità da parte dell'Esecutivo, potendo questi stabilire quali ne facevano parte e quali no. A tale oggettiva e riconosciuta opinabilità si è cercato di far fronte col D.P.C.M. del 10 giugno del 2004[19] che sostituiva un precedente D.P.C.M del 11 febbraio 2000[20] - che è stato adottato in attuazione della legge finanziaria– con il quale sono stati introdotti i criteri per l'esercizio dei poteri speciali prevedendo, rispetto alla originaria previsione contenuta nel dl. 332/1994, una maggiore delimitazione dell'ambito di applicazione e una riduzione del grado di discrezionalità, disponendo infatti, ai sensi dell'art.1, che i poteri speciali sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi. Infine, tali disposizioni si applicano anche alle società controllate, direttamente o indirettamente, da enti pubblici, operanti in determinati settori e individuati, in questo caso, con provvedimento dell'ente pubblico partecipante.

Gli *special rights* riconosciuti in capo al Governo, e introdotti previa deliberazione dell'assemblea straordinaria della società, ampi e indeterminati, finivano per riservare allo Stato una posizione tale da condizionare la vita societaria delle aziende privatizzate.

L'art.2 attribuiva al soggetto pubblico poteri di:

1. opposizione all'acquisizione da parte di investitori non graditi di una partecipazione azionaria superiore al limite previsto dall'art.3[21];
2. veto nei confronti di particolari operazioni e/o decisioni che potevano arrecare un concreto pregiudizio agli interessi vitali dello Stato;
3. nomina di un amministratore senza diritto di voto.

A differenza di tale ultima ipotesi, sulla quale non si sono registrate posizioni contrastanti (anche per il fatto che simili disposizioni erano presenti già nel codice civile) per i primi due punti l'applicazione è stata più problematica.

La genericità delle disposizioni sopra elencate poteva essere facilmente oggetto di interventi giurisprudenziali che mettessero in luce la poca chiarezza sia del quadro

[19]Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474".

[20]Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 febbraio 2000 recante "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi dell'art. 66, comma 4, della legge 23 dicembre 1994, n. 448".

[21] Art. 3 del Decreto-Legge 31 maggio 1994, n. 332, "Altre clausole statutarie", che ha previsto la possibilità, per le società operanti nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti, delle comunicazioni e degli altri pubblici servizi, nonché le banche e le imprese assicurative, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato o da enti pubblici anche territoriali ed economici, la possibilità di introdurre nello statuto un limite massimo di possesso azionario non superiore al cinque per cento.


ISSN 2036-7821

nel quale questi poteri potevano essere esercitati, sia con riferimento all'interesse che ne giustificava l'esistenza. In merito a questi due punti il legislatore ha inteso circoscriverli, con interventi normativi successivi (*golden power*), subordinando la loro legittimità all'esistenza di un concreto pregiudizio di interessi vitali dello Stato (quindi nell'ottica della tutela della sicurezza di infrastrutture strategiche ed essenziali per il Paese) e non sulla base di un astratto e non meglio definito fine di politica industriale.

Rilevante è il profilo della tutela giurisdizionale, quale garanzia che derivava dalla natura amministrativa dei poteri speciali italiani e che indubbiamente li contrapponeva a quelli inglesi; il controllo giurisdizionale non poteva che essere più incisivo rispetto a quello esercitato nei confronti della *golden share* britannica, derivando questa da un atto riconducibile all'autonomia privata. Tale fattispecie era ben evidenziata all'interno del più volte citato articolo 2, il quale indicava il termine ricorrente dei sessanta giorni per l'impugnazione del provvedimento di esercizio del potere di opposizione e di veto, individuando quale organo competente il TAR del Lazio. La natura amministrativa di tali poteri rese quindi necessaria una tutela giurisdizionale, sebbene non esclusiva, attraverso la quale poter comunque porre al riparo l'investitore privato da un abuso di potere, mediante una condotta non conforme al principio di proporzionalità, da parte dell'autorità pubblica.

Con la *golden share* il Governo italiano si attribuiva un grado di influenza tale da incidere in maniera rilevante nella gestione di quelle società le cui cessioni avrebbero potuto comportare un concreto pregiudizio dell'interesse pubblico. In merito a questo aspetto la formulazione originaria della disposizione prevedeva che l'esercizio di tali poteri fosse rivolto alla tutela di obiettivi di politica economica e industriale[22], consentendo una serie di operazioni extra societarie che finivano per ostacolare e minare l'affermazione dei principi di libero mercato e rappresentando una importante deroga al diritto societario. Tale aspetto - connesso alla considerazione che la CGUE aveva in merito alla legittimità dello strumento della *golden share*, la quale era considerata lecita solo nella misura in cui rispondeva a esigenze di ordine pubblico o a motivi di interesse generale – indusse il legislatore a intervenire e a rivedere questo impianto, nell'ottica anche di evitare che potesse divenire oggetto di ricorsi da parte della Commissione europea e di pronunce di

[22] P. MACCARONE, *Poteri speciali e settori strategici: brevi note sulle recenti novità normative,* Associazione italiana Costituzionalisti, 2020, 126 e ss: *Per quanto riguarda la situazione italiana, la disciplina della golden share poteva essere inquadrata in un più ampio contesto di misure volte a perseguire, più meno surrettiziamente, obiettivi di politica industriale; tra queste è possibile annoverare la cosiddetta poison pill (art. 1, commi 381-384, della legge 23 dicembre 2005, n. 266), volta a contrastare le scalate ostili di società partecipate in maniera rilevante dallo Stato, nonché la previsione di cui all'art. 7 del decreto-legge 31 marzo 2011, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 26 maggio 2011, n. 75, attraverso la quale Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. è stata autorizzata ad «assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese».*


ISSN 2036-7821

incompatibilità della Corte di Giustizia UE, apportando, tra la fine degli anni'90 e l'inizio degli anni 2000, una serie di modifiche (art. 66, comma 3, L. 23 dicembre 1999, n. 488, Legge finanziaria per il 2000, e il D.P.C.M. 11 febbraio 2000[23]) facendo sì che la *golden share* non fosse strumentale all'obiettivo di politica generale, ma a evitare un concreto pregiudizio degli interessi vitali dello Stato.

***6. La Commissione europea.***

La Commissione europea, in forza della comunicazione del 1997[24], richiamò nell'anno successivo[25], all'attenzione del Governo italiano l'incompatibilità delle misure adottate con i principi del Trattato in materia di libera circolazione dei capitali e libertà di stabilimento. Tale richiamo fu poi seguito da un parere[26] motivato della stessa Commissione, con il quale si ribadiva tale posizione critica e si sollecitava il Governo a conformarsi entro due mesi. Al di là delle diffide fin qui accennate e che avrebbero alimentato tutta quella fase di pre-contenzioso propedeutica alla successiva procedura di infrazione, va osservato che le critiche mosse dall'organo comunitario riguardavano l'eccessiva genericità di alcune prerogative attribuite al soggetto pubblico e presenti nell'articolo 2 del citato decreto, le quali finivano per rendere poco chiaro sia come tali poteri speciali potevano e dovevano essere esercitati, sia l'interesse sotteso al loro utilizzo e che ne avrebbe dovuto giustificare la ragion d'essere.

Con riferimento a tale interesse, come avvenuto anche per gli altri modelli europei, questo non poteva che essere ricondotto alla necessità di evitare il realizzarsi di determinate operazioni che avrebbero potuto produrre degli effetti incontrollabili, quali a esempio l'allontanamento dello Stato dal settore economico con conseguente presa di mano, da parte di soggetti privati, di società operanti in settori strategici. Un simile quadro andava poi ad aggravarsi con la previsione, in sede di conversione del decreto, della disposizione per la quale l'utilizzo dei poteri speciali trovava giustificazione nella tutela di generici obiettivi di politica economica e industriale che rendevano ancor più indefinita la relativa materia.

In merito invece all'effettivo esercizio dei poteri speciali, anche in questo caso la normativa tendeva ad ampliare le illustrate criticità in quanto la mancanza di

[23] Che seguiva al D.P.C.M. 4 maggio 1999 (c.d. Direttiva D'Alema).

[24] Tale richiamo fu rivolto soprattutto a far constatare alla Repubblica italiana che l'adozione e applicazione degli art. 1 e art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 avrebbero fatto venire meno la stessa agli obblighi che incombono in forza degli artt. 52, 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 43 CE e 49 CE) e 73 B del Trattato CE (divenuto art. 56 CE). Il Governo italiano introdusse nel 1995 prima e nel 1997 poi, i poteri speciali nelle società privatizzate ENI SpA e Telecom Italia SpA, prevedendo un limite del 3% dei diritti di voto come partecipazione rilevante ai fini dell'esercizio del potere speciale di gradimento attribuito al Ministro del Tesoro. Eur-lex.

[25] Lettera di costituzione in mora del 3 febbraio 1998.

[26] Parere del 10 agosto 1998.


ISSN 2036-7821

specifici criteri finiva per conferire allo Stato uno strumento fortemente discriminatorio, dal momento che esso poteva essere utilizzato in modo del tutto arbitrario con una prevalenza delle ragioni interne rispetto a quelle comunitarie di libero mercato. L'utilizzo degli stessi in particolare non era soggetto a una durata ben definita: il legislatore, infatti, nel contribuire a rendere ancor più generica la disciplina, dispose la possibilità che alcune prerogative potessero essere adottate a tempo indeterminato. La Commissione con riferimento a queste due criticità fece valere la posizione secondo la quale questi poteri dovevano soddisfare quattro condizioni, ossia applicarsi in modo non discriminatorio; essere giustificati da motivi imperativi di interesse generale e non da generici obiettivi di politica economica; essere idonei a garantire il conseguimento dell'obiettivo prefissato, e comunque in linea con le istanze comunitarie e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo.

Dalle attenzioni della Commissione in ordine alla disciplina del 1994 si è aperto un lungo dibattito[27] che ha visto coinvolto l'altro protagonista, ossia il Governo italiano che, al fine di rispondere alle argomentazioni dell'organo comunitario, è intervenuto con norme di rango primario e secondario aventi l'obiettivo di operare una generale revisione della suddetta disciplina. La necessità di limare le lacune presenti nella normativa sulla *golden share* vide quale primo intervento l'emanazione del dPCM del 4 maggio 1999[28] all'interno del quale vi erano due articoli le cui disposizioni furono poi riprese successivamente in sede di elaborazione, da parte del Parlamento, della legge finanziaria per il 2000[29].

Entrambi questi interventi avevano l'obiettivo di adeguare la normativa in materia di poteri speciali con la giurisprudenza comunitaria, infatti ai sensi dell'art.66[30] comma 3 della relativa legge si cercò di delineare un quadro maggiormente completo circa i criteri e le finalità alla base del loro esercizio, disponendo, che i poteri speciali di cui all'articolo 2 del decreto-legge 332/1994 potevano essere introdotti esclusivamente

[27] Con riferimento a questa lunga fase di contenzioso è possibile analizzare i seguenti lavori: L. TALARICO, *Azienda pubblica e processi di privatizzazione*, Milano, 2002, pp. 45 e ss; T. FENUCCI, *I poteri speciali dopo la privatizzazione delle imprese statali: una storia infinita,* in Comparazione e Diritto Civile, 2016, pp. 17 e ss; F, MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche,* in Federalsimi.it, 2021, pp. 45 e ss; L. SCIPIONE, *L'arma della "golden share" tra giurisprudenza comunitaria ed evoluzione normativa interna,* in Innovazione e Diritto, 2010, pp. 88 e ss; Boscolo, *La golden shares di fronte al giudice comunitario*, in Foro, 2002, pp. 480 e ss; FRENI, *Golden Share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in Giornale diritto amministrativo, 2007, pp 145 e ss.

[28] Direttiva per l'esercizio dei poteri speciali del Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica in alcune società per azioni ai sensi dell'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474. (GU Serie Generale n.109 del 12-05-1999).

[29] Legge 23 dicembre 1999 n.488, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000), in particolare assume centralità quanto disposto nel Titolo IV al Capo II recante disposizioni per accelerare i processi di privatizzazione.

[30] Articolo 66, Modalità di dismissione delle partecipazioni detenute dallo Stato.


ISSN 2036-7821

per rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale (in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa), in forma e misura idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche per quanto riguarda i limiti temporali. A questi poteri, in ottemperanza a quanto disposto in sede europea, dovevano essere posti nel rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, tra questi erano preminenti innanzitutto il principio di non discriminazione, in coerenza con gli obiettivi in materia di privatizzazioni e di tutela della concorrenza e del mercato.

A rafforzare ulteriormente l'indirizzo adottato dal legislatore italiano, lo stesso Governo emanò un successivo D.P.C.M. del 11 febbraio 2000[31], il quale, seppur con minime modifiche, andava a completare ulteriormente il campo di indagine in merito ai criteri da adottare nell'esercizio dei poteri speciali, riaffermando che il ricorso a tali poteri era possibile solo in presenza di imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza, alla sanità e alla difesa. In quest'ottica se da un lato si riprendeva quanto disposto dal precedente decreto, dall'altro all'art.2 si precisava un'ulteriore ipotesi in cui non era espresso il gradimento, ossia qualora l'operazione mostrasse carattere di poca trasparenza oppure quando contraria agli obiettivi della privatizzazione, nonché nel caso in cui minava la continuità dei servizi pubblici essenziali.

Tuttavia, nonostante i continui interventi a opera del legislatore italiano, la Commissione europea non cambiò la propria posizione di rigidità nei confronti della disciplina interna, la quale appariva ancora eccessivamente vaga, senza che le stesse modifiche apportate alla normativa garantissero adeguato riparo all'investitore da eventuali abusi di potere del soggetto pubblico. Sulla base di tali considerazioni e in conformità coi dettami previsti dal Trattato, la Commissione decise dapprima di avviare una procedura di infrazione, in quanto le disposizioni contenute nel D.P.C.M. del 2000 e nella legge 488/1999 riprendevano *sic et simpliciter* le caratteristiche di genericità presenti nel dl. 332/1994 e successivamente di presentare ricorso dinanzi alla CGUE, la quale, in linea con quanto accaduto con le altre esperienze europee, ebbe una posizione equiparata a quella della Commissione, condannando, con sentenza[32] del 23 maggio 2000, lo Stato italiano e la relativa

[31] D.P.C.M. 11 febbraio 2000**:** Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, ai sensi dell'art. 66, comma 4, della legge 23 dicembre 1994, n. 448. Sul tema F. RIGANTI, *I Golden powers italiani tra vecchie privatizzazioni e e nuova disciplina emergenziale*, in Le nuove leggi civili commentate, 2020, pp. 880 e ss; e inoltre A. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in Giur. comm., 2005, pp. 707 e ss.

[32] Con la sentenza del 23 maggio 2000 (causa C-58/99) la Corte di giustizia aveva dichiarato alcune disposizioni della legge 30 luglio 1994 n. 474 in materia di privatizzazioni contrarie alle norme del trattato CE sulla libera circolazione dei capitali e sul diritto di stabilimento (articoli 56 e 43). Per un commento è possibile osservare quanto affermato da E. Freni, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*. in Giornale


ISSN 2036-7821

legislazione in materia di poteri speciali, in quanto in contrasto con i principi di libera circolazione dei capitali e libertà di stabilimento sanciti dal Trattato. Tale decisione rappresentò il primo di una lunga serie di interventi a opera dell'organo di Strasburgo in relazione ai poteri speciali e che indirizzò, come vedremo, fortemente l'azione del legislatore italiano nel perseguire una direzione più prossima alle posizioni delle autorità comunitarie.

### *7. Un secondo intervento legislativo.*

Con la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, gli sforzi del legislatore italiano di armonizzare la legislazione interna in materia di poteri speciali con la giurisprudenza comunitaria andarono delusi; il ruolo centrale dell'Italia in tale dibattito e l'attivismo degli organi europei nel sottolineare l'inconciliabilità della normativa con i dettami del diritto comunitario non trovarono conclusione neanche all'indomani del nuovo millennio. La stessa Commissione europea, infatti, mantenne ferma la propria posizione contraria alla disciplina italiana e, in forza dei poteri e delle funzioni attribuiti dal Trattato, presentò (nel febbraio del 2003) una nuova costituzione in mora, diffidando il Governo italiano dal perseguire la linea fino a quel momento tracciata ed esortando lo stesso nella realizzazione di un definitivo cambio di passo, pena l'emissione di una nuova procedura di infrazione fortemente caldeggiata in sede europea.

La risposta del Governo italiano doveva dunque essere forte e completa allo stesso tempo, date le problematiche che una seconda procedura di infrazione, poco distante dalla prima, avrebbe potuto comportare. La linea decisa dal legislatore fu quella di apportare una radicale modifica delle disposizioni controverse contenute nel dl. 332/1994: si trattò di una revisione generale che innovasse e rafforzasse la relativa legislazione in materia di poteri speciali, avvicinandola sempre di più a quanto disposto dalle autorità europee sia con riferimento alla causa C-58/99[33] e alla comunicazione del 1997, sia con riferimento ai dettami presenti ai sensi dell'art. 207 del TFUE[34].

---

diritto amministrativo, 2001, 1145; F. Merusi, *La Corte condanna la «golden share» all'italiana e il ritardo del legislatore*, in Diritto pubblico comparato europeo, 2000, pp. 1236 e ss; M. COLANGELO, *Regole comunitarie e* golden share *italiana*, in Merc. conc. reg., 2009, pp. 596 e ss.

[33] Con la sentenza del 23 maggio 2000 (causa C-58/99) la Corte di giustizia aveva dichiarato alcune disposizioni della legge 30 luglio 1994 n. 474 in materia di privatizzazioni contrarie alle norme del trattato CE sulla libera circolazione dei capitali e sul diritto di stabilimento (articoli 56 e 43). Per un commento è possibile osservare quanto affermato da E. Freni, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*. in Giornale diritto amministrativo, 2001, 1145; F. Merusi, *La Corte condanna la «golden share» all'italiana e il ritardo del legislatore*, in Diritto pubblico comparato europeo, 2000, pp. 1236 e ss; M. COLANGELO, *Regole comunitarie e* golden share *italiana*, in Merc. conc. reg., 2009, pp. 596 e ss.

[34] *Articolo 207* - (ex articolo 133 del TCE) - 1. La politica commerciale comune è fondata su principi uniformi, in particolare per quanto concerne le modificazioni tariffarie, la conclusione di accordi tariffari e commerciali relativi agli scambi di merci e servizi, e gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale, gli investimenti esteri diretti,


ISSN 2036-7821

Tale posizione trovò piena espressione nella legge n. 350 del 24 dicembre 2003, che riprese i suggerimenti mossi dal Comitato di consulenza globale e garanzia per le privatizzazioni, con la quale si optò per un restringimento dei poteri speciali che riguardasse non tanto la dimensione soggettiva della disciplina, in riferimento soprattutto all'ambito di applicazione, ma quella oggettiva prevedendo dei poteri da attribuire all'azionista pubblico ben diversi da quelli precedenti e che potessero meglio rispondere ai criteri di compatibilità dettati dalla CGUE. Le novità furono introdotte dall'art. 4 (commi 227-231) della legge, che rivolse lo sguardo innanzitutto all'ambito di definizione dei contenuti dei nuovi poteri, prevedendo la sostituzione del potere di gradimento con quello di opposizione che appariva meno incisivo, questo infatti poteva essere esercitato all'assunzione di partecipazioni rilevanti nonché all'adozione di patti parasociali.

La minore incisività risiedeva nella predisposizione di termini più rigorosi per l'esercizio di tali prerogative (con un controllo ex post) riducendo l'ingerenza dello Stato all'investitore privato, garantendo nel contempo maggior rispetto dell'autonomia decisionale dell'impresa stessa. Sempre con riferimento ai poteri esercitabili, un'altra novità era rappresentata dal potere di nomina riconosciuto all'azionista pubblico, limitato solo a un amministratore senza diritto di voto. L'adozione di simili provvedimenti doveva essere adeguatamente motivata: trattandosi, quest'ultimo, di un aspetto del tutto nuovo, in merito alla presenza di un reale pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato. Su quest'ultimo aspetto, l'azione del legislatore italiano è stata indirizzata a superare la generica previsione secondo la quale l'esercizio dei poteri speciali doveva tener conto degli obiettivi di politica economica e industriale: si tratta di una finalità presente nella previgente disciplina, a favore di una previsione in cui l'esercizio dei poteri di opposizione e veto trovassero giustificazione in presenza di un concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato.

Nel solco delle norme testè illustrate militano quindi le disposizioni dell'art. 1 del decreto attuativo 10 giugno 2004[35] con il quale sono stati individuati i criteri per l'esercizio dei poteri di opposizione e di veto; il provvedimento, rispetto alla disciplina presente nel precedente D.P.C.M 11 febbraio 2000, ha inteso riaffermare le

---

l'uniformazione delle misure di liberalizzazione, la politica di esportazione e le misure di protezione commerciale, tra cui quelle da adottarsi nei casi di dumping e di sovvenzioni. La politica commerciale comune è condotta nel quadro dei principi e obiettivi dell'azione esterna dell'Unione. 2. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure che definiscono il quadro di attuazione della politica commerciale comune. 3. Qualora si debbano negoziare e concludere accordi con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali, si applica l'articolo 218, fatte salve le disposizioni particolari del presente articolo. La Commissione presenta raccomandazioni al Consiglio, che l'autorizza ad avviare i negoziati necessari. Spetta al Consiglio e alla Commissione adoperarsi affinché gli accordi negoziati siano compatibili con le politiche e norme interne dell'Unione.

[35] Vedi infra.


ISSN 2036-7821

finalità dell'esercizio dei siffatti poteri, l'interesse sotteso al loro utilizzo, la previsione di limiti temporali.

In un quadro cosi delineato, di principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria da un lato e quella italiana dall'altro, si sono trovati elementi di convergenza che hanno rafforzato legittimità di questi strumenti speciali. La norma[36] ha introdotto un ulteriore istituto che, per aspetti caratteristici e finalità, ben si collegava con quello della *golden share* :il riferimento è in particolare alla *poison pill*[37] , vale a dire uno strumento che permetteva allo Stato, il quale deteneva un partecipazione rilevante all'interno di una società, di frenare e ostacolare eventuali scalate ostili, ossia operazioni di acquisto non gradite, rendendole più onerose, mediante un aumento del capitale, con conseguente crescita della quota in capo all'azionista pubblico. Ben si evinceva dunque la consonanza dello stesso con la *golden share* nel garantire soprattutto una tutela maggiore al potere pubblico e ovviamente inferiore all'investitore privato in un contesto, tuttavia, di libero mercato ed è anche con riferimento a questo nuovo intervento legislativo che si stagliano con maggior chiarezza le successive posizioni della Commissione, in merito alle modifiche apportate dal legislatore.

Nonostante la profonda riformulazione della disciplina in materia di poteri speciali, con interventi che a parere della dottrina interna avevano provocato un marcato cambiamento nella fisionomia degli stessi, la Commissione Europea pose il caso italiano ancora al centro del dibattito. In quest'ottica le nuove norme non superarono, nuovamente, il vaglio delle istituzioni europee, che mantennero la propria posizione critica in merito; infatti le censure dell'organo di Bruxelles interessarono anche le disposizioni presenti nella legge 350/2003 e nel decreto del 2004, che non erano stati in grado di delineare con maggior chiarezza le condizioni di esercizio dei poteri speciali, mantenendo ancora in essere l'eccessivo condizionamento all'interno delle singole società in cui erano presenti.

Le diffide inviate al Governo italiano e il parere motivato presentato il 13 ottobre 2005 avevano lo scopo di far ulteriormente luce sugli elementi controversi ancora presenti e che rappresentavano ancora un ostacolo al rispetto dei principi di libera circolazione e libertà di stabilimento. Le risposte del legislatore italiano non trovarono tuttavia accoglimento nemmeno all'indomani delle evidenze mostrate dalla Commissione, la quale a fronte dell'insoddisfacente soluzione adottata in

[36] Legge 23 dicembre 2005 n. 350, con particolare riferimento ai commi 382 e 384 dell'art. 1.

[37] Le poison pills, pillole avvelenate, sono strumenti utilizzati dalle società per resistere a tentativi di scalata e il loro compito è quello di innescarsi in caso di necessità, cioè di impedire al soggetto interessato a rilevare la società di raggiungere la quota di maggioranza. Normalmente queste pillole sono delle azioni privilegiate che permettono agli shareholders di attivare barriere al momento del tentativo di scalata. Ma esistono anche opzioni riservate agli azionisti esistenti di acquistare un certo quantitativo di azioni ad un prezzo di favore. L'obiettivo è sempre lo stesso, aumentare il numero di azioni in circolazione (aumento di capitale) e rendere così più caro il takeover.


ISSN 2036-7821

risposta alle critiche sollevate, decise di presentare ricorso, per la seconda volta in pochi anni, dinanzi alla CGUE, non ritenendo giustificabili alcune prerogative che garantivano al soggetto pubblico un controllo comunque pressante sugli assetti proprietari delle società, ritenute in contrasto evidentemente con quanto disposto ai sensi degli artt. 49 (ex 43) e 63 (ex 56) del TUE[38].

*8. La golden share al vaglio della Corte di Giustizia Europea.*

Analogamente a come avvenuto con la sentenza causa C-58/99[39], anche in questo caso si è evidenziata una posizione della Corte ben allineata a quella della Commissione. Con la sentenza del 26 marzo 2009, causa C-326/07[40], la Corte condannò la Repubblica italiana giudicando la normativa in materia di poteri speciali incompatibile con i principi di libera circolazione e libertà di stabilimento, accogliendo, in tal modo, le conclusioni della Commissione, aggiungendo così la relativa pronuncia in quel più ampio e consolidato filone di sentenze di condanna che avevano colpito gli istituti europei nei vent'anni precedenti. La novità risiedeva nell'oggetto del contendere, che a ben vedere non interessava la disciplina dei poteri speciali nel suo complesso, ma bensì i criteri di esercizio dei relativi poteri, soffermandosi dunque non tanto sulla legge 350/2003 ma piuttosto sul decreto 10 giugno 2004, il quale finiva per non specificare in maniera esaustiva i criteri medesimi, ritenuti sproporzionati rispetto agli interessi pubblici perseguiti, mantenendo una certa genericità attorno al loro utilizzo e a tutte quelle situazioni che potevano essere ricondotte nella nozione di grave ed effettivo pericolo che apparivano essere numerose, indeterminate e indeterminabili.

Restavano le incompatibilità già emerse con la prima sentenza di condanna della

[38] CAPO 2 - IL DIRITTO DI STABILIMENTO - *Articolo 49* - (ex articolo 43 del TCE) - Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

CAPO 4 - CAPITALI E PAGAMENTI - *Articolo 63* - (ex articolo 56 del TCE) - 1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. 2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi.

[39] Con la sentenza del 23 maggio 2000 (causa C-58/99) la Corte di giustizia aveva dichiarato alcune disposizioni della legge 30 luglio 1994 n. 474 in materia di privatizzazioni contrarie alle norme del trattato CE sulla libera circolazione dei capitali e sul diritto di stabilimento (articoli 56 e 43).

[40] Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 26 marzo 2009. Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana. Inadempimento di uno Stato - Artt. 43 CE e 56 CE - Statuti di imprese privatizzate - Criteri di esercizio di taluni poteri speciali detenuti dallo Stato. Causa C-326/07. Raccolta della Giurisprudenza 2009 I-02291.


ISSN 2036-7821

CGUE del 23 maggio 2000 relative ai poteri previsti dal dl. 332/1994, in quanto non erano soddisfatte le quattro condizioni (prima riportate).

La Corte con la sentenza del 26 marzo 2009 (causa C-326/07), accogliendo il ricorso della Commissione, boccia la *golden share* italiana, giudicando contrarie alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione di capitali sia le disposizioni di cui al dl. 332/1994 che quelle contenute nel dPCM del 2004[41][42].

I Giudici della CGUE, hanno stabilito in particolare che: *La Repubblica italiana, avendo adottato le disposizioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, recante definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modifiche, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474, è venuta meno agli obblighi a essa incombenti: in forza degli artt. 49 (ex 43 ) - libertà di stabilimento – e 63 (ex 56) - libera circolazione dei capitali – del TFUE, nella misura in cui dette disposizioni si applicano ai poteri speciali previsti dall'art. 2, comma 1, lett. a) e b), del predetto decreto legge, come modificato dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, recante disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004), e in forza dell'art. 49 (ex 43), nella misura in cui dette disposizioni si applicano al potere speciale previsto dal citato art. 2, comma 1, lett. c).*

La Corte ritiene che siano da sanzionare i poteri speciali che permettono agli azionisti con almeno il 5% dei diritti di voto (quindi lo Stato italiano) di opporsi all'acquisto di partecipazioni rilevanti da parte di nuovi investitori in ambiti societari (quali ENI, Telecom Italia, Enel e Finmeccanica) o di porre il veto alla stipula di patti o accordi tra azionisti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto. In questo quadro interpretativo, si sancisce anche la contrarietà alle norme UE anche la possibilità per lo Stato di opporsi all'adozione di delibere relative allo scioglimento delle società, al trasferimento all'estero della sede sociale, al cambiamento dell'oggetto sociale, alla modifica dello statuto in previsione della soppressione o della modifica della golden share, alla nomina di un amministratore senza diritto di voto. Simili statuizioni, aggiunge la Corte, scoraggerebbero *gli investitori che intendono stabilirsi in Italia al fine di esercitare un'influenza sulla gestione delle imprese. [...] Secondo la Commissione, il decreto del 2004 costituisce uno strumento che va oltre quanto necessario per tutelare gli interessi*

41 Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 10 giugno 2004, "Definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474".

42 M. COLANGELO, *Golden share, diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in Foro it., 2009, IV, 224 e ss. La stessa Corte ha avuto modo di occuparsi di violazioni dello stesso tipo in Corte Giust. 6 dicembre 2007, cause riunite C463/04 e C-464/04, e 23 ottobre 2007, causa C-112/05, Foro it., 2008, IV, 67, e Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2008, 365, con note di BARBIERI e GOISIS, nonché, la prima, anche in Giur. comm., 2008, II, 581, con nota di DEMURO, ibid., 932, con nota di CORRADI, Giornale dir. amm., 2008, 521 (m), con nota di VITALE, Giust. amm., 2007, 1225 (m), con nota di FRACCHIA e OCCHIENA, e Dir. pubbl. comparato ed europeo, 2008, 884 (m), con nota di FERRARI; la seconda anche in Guida al dir., 2007, fasc. 44, 105, con nota di CASTELLANETA, ed esaminata, da ultimo, da RINGE, The Volkswagen Case and the European Court of Justice, (June, 30 2008), in Common Market Law Review, Vol. 45, 2008.


ISSN 2036-7821

*pubblici che ne costituiscono l'oggetto*.
Significativa appare la distinzione che la Corte opera nella sentenza in riferimento ai poteri di opposizione dello Stato all'acquisizione di partecipazioni e alla conclusione di patti tra azionisti o al potere di porre un veto a talune decisioni della società. La libertà riconosciuta agli Stati membri di decidere, in assenza di armonizzazione comunitaria, il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto, deve infatti essere esercitata nel rispetto del principio di proporzionalità. Per quel che riguarda l'esercizio del potere di veto, la Corte afferma che nulla è precisato nell'ambito del decreto del 2004: *In mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere in parola* - dice la Corte - *gli investitori non sanno quando tale potere di veto possa trovare applicazione e i criteri da esso fissati non sono dunque fondati su condizioni oggettive e controllabili*.
Successivamente alla sentenza della CGUE, si accentuò il dibattito tra la Commissione e lo Stato italiano, il quale, non avendo determinato un effettivo rinnovamento del sistema, fu per l'ennesima volta oggetto di una procedura di infrazione, la quale, se da un lato veniva incontro alle posizioni delle autorità italiane, riconoscendo legittimo il fine di porre al riparo gli interessi vitali dello Stato (con una dinamica comunque similare anche nelle controversie con altri Paesi europei), dall'altro lato non poteva sottacere l'immobilismo del legislatore italiano perdurato per oltre vent'anni, per la presenza di una disciplina che continuava ad apparire contrastante con il principio della libera circolazione, anche perché i relativi obiettivi nazionali ben si potevano sposare con la previsione di misure meno restrittive rispetto a quelle inserite nel dl. 332/1994. Alla luce di questa ulteriore critica, il Governo italiano si mosse nella direzione di definire una normativa che rappresentasse una soluzione di definitivo abbandono delle esperienze passate e che fosse compatibile con quanto prescritto dalla Commissione; tale cambio di passo si esplicitò con l'emanazione del d.l. 15 marzo 2012 n. 21, successivamente convertito con modifiche della Legge 11 maggio 2012 n. 56, che ha disciplinato il *golden power*.

### *9. Considerazioni conclusive.*

L'analisi di una tematica così ampia, con le sue specificità, che avevano mosso molte posizioni critiche in merito alle disposizioni contenute nella disciplina introdotta dal dl. 332/1994, ha altresì messo in risalto la natura controversa dell'istituto, finendo per spingere gli studiosi ad affermare che il legislatore aveva previsto uno strumento che, sin dalla sua nascita, presentava caratteri di illegittimità, il tratto anzidetto era ulteriormente avvalorato dal fatto che vi erano stati nel tempo molti interventi da parte della CGUE (in parte analizzati sopra) che giudicavano l'istituto non conforme ai principi del diritto comunitario.


ISSN 2036-7821

L'assenza di specifici criteri che delineassero l'esercizio dei poteri speciali connessa alla troppa incisività che lo Stato aveva nella gestione delle società attraverso sia il potere di opposizione che di veto e infine la discrezionalità della loro portata con ambiti applicativi poco definiti e fondati su un generico fine di politica industriale, determinarono l'applicazione di varie procedure di infrazione nei confronti del nostro Paese[43], con conseguente dichiarazione di incompatibilità della disciplina italiana con le disposizioni del Trattato in materia di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali di cui agli artt. 56 e 43[44].

L'attenzione posta dalla Commissione nei confronti della disciplina italiana diede un forte impulso al legislatore nell'attuare una serie di riforme che permisero di giungere a un modello di controllo pubblico più vicino a quello promosso dalle istituzioni europee ai sensi dell'art. 106 del Trattato. Alla fine degli anni '90 la posizione della Corte, dunque, fu ben allineata a quella della Commissione, la quale presentò, analogamente a quanto fatto in altri casi, numerose diffide rivolte al Governo italiano, con una rigidità che si protrasse nel tempo, interessando anche i successivi interventi legislativi volti a rendere conforme la disciplina nazionale a quella comunitaria. Su tale punto basti ricordare la legge 488/1999 e il D.C.P.M. 11 febbraio 2000 i quali - intervenuti successivamente alla prima procedura di infrazione, e con i quali il Governo italiano ha cercato di ottemperare alle indicazioni provenienti dall'Unione Europea in materia di utilizzo di poteri speciali in società privatizzate o comunque in tema di golden share di meglio definire i confini dei poteri speciali - sono stati a loro volta oggetto di una lettera di diffida da parte della Commissione, sfociata nella successiva sentenza da parte della CGUE del 20 maggio 2000, causa C-58/99 Commissione c. Italia: essa rappresenta la prima di una lunga serie di interventi dell'organo nei confronti dell'istituto italiano, che indusse il legislatore a intervenire nuovamente con la legge 350/2003, attraverso la quale si cercò di prevedere un ridimensionamento dei poteri speciali, rendendoli meno gravosi rispetto a quanto previsto nella loro formulazione originaria.

Le modifiche apportate furono nuovamente bocciate, tuttavia, dalla Corte, con sentenza C-326/07[45], la quale rimarcò l'eccessiva discrezionalità e vaghezza dei criteri

[43] Sentenza della Corte di Giustizia C-326/07 del 26 marzo 2009, Commissione c. Repubblica Italiana, dove la Corte ha sostenuto che gli investimenti diretti stranieri che si sostanziano nell'assunzione di una partecipazione in una società stabilita in uno Stato membro "tale da consentire all'investitore straniero una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività" ricadono "nell'ambito di applicazione ratione materiae delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento". Sono, viceversa da valutare alla luce delle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali le misure che attengono a investimenti aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica.

[44] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - TFUE, in tema di circolazione dei capitali (art. 63) e di libertà di stabilimento (art. 49).

[45] Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 26 marzo 2009. Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana. Inadempimento di uno Stato - Artt. 43 CE e 56 CE - Statuti di imprese privatizzate - Criteri di


ISSN 2036-7821

sopra citati, non mettendo adeguatamente a riparo l'investitore da eventuali abusi di potere del soggetto pubblico. Di fronte a simili fallimenti, il Governo Monti introdusse, con decreto legge del 15 marzo 2012, una nuova disciplina di poteri speciali, passando da un sistema di *golden share* a uno di *golden power*, che fosse in grado di recepire le numerose indicazioni della Commissione europea, anche con riferimento alla dichiarazione del 1996, e che ponesse la nuova disciplina al riparo dagli interventi dei giudici europei.

esercizio di taluni poteri speciali detenuti dallo Stato. Causa C-326/07. Raccolta della Giurisprudenza 2009 I-02291.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La revoca del RUP tra silenzi positivi e "*disinvoltura*" della prassi

di **Raffaele Caroccia**

(Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

## Sommario

1. Posizione del problema; 2. Indicazioni di diritto positivo, giurisprudenziali e di matrice ANAC; 3. La valenza del RUP tra organizzazione, attività e "responsabilità" con ipotesi di soluzione; 4. Quattro risposte "aperte".

## Abstract

This paper critically addresses - with reference to both the procedure in general and the tender procedures - the issue of the revocability of the RUP and the methods with which such an act can be adopted. Public contracts are the area in which replacement is most used, as demonstrated by the practice constituting the starting point of the investigation. After an analysis of the positive, jurisprudential and ANAC opinion framework on the matter, the main constitutive elements of the appointment of the RUP are identified and the position of the figure - hybrid between organization and administrative activities - and its ontological anchoring to responsibility are identified in order to propose indications - among other things - on the essential contents of the contrarius actus of his revocation and on the competence to issue the respective act.

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


ISSN 2036-7821

***1. Posizione del problema.***

Oggetto di questo breve contributo sarà un profilo specifico attinente al responsabile del procedimento, quello che ha a che fare con il problema della revocabilità di quest'incarico.

Tre premesse sono importanti per un inquadramento del tema:

a. il tessuto positivo è silente sul punto specifico;

b. l'aspetto non è stato oggetto di particolari approfondimenti in dottrina o in giurisprudenza;

c. la prassi delle P.A., invece, non pare trovare particolari difficoltà o imbarazzi giustificativi nel disporre una simile scelta.

Va pure precisato – sempre in via introduttiva – che il tipo di revoca[1], di cui ci occuperemo, non ha una connotazione sanzionatoria, ma si pone su un piano fondato su fisiologiche ragioni organizzative e gestionali[2].

Da una ricerca effettuata nel luglio 2024 su uno dei principali motori di ricerca internet sono emersi numerosi provvedimenti - con i quali è stata disposta la revoca del RUP - in soggetti dell'ordinamento amministrativo di diverse tipologie.

Ci si limiterà a descrivere sei fattispecie.

i. Roma Capitale con determinazione n. SU/30/2020 del 09.07.2020 ha effettuato la revoca del RUP di una procedura di gara e la sua contestuale sostituzione con altro dipendente, in quanto il precedente responsabile aveva ottenuto l'assegnazione presso un'altra struttura del medesimo Ente locale.

ii. La società Somma Patrimonio e Servizi s.r.l., invece, con determinazione n. 106 del 18.12.2020 ha disposto la revoca del precedente RUP di una gara con una

[1] Su questo istituto si rinvia a C. NAPOLITANO, *La revoca: profili di un potere di amministrazione attiva*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2022; N. BERTI, *Le decisioni di modifica tra revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; F. COSTANTINO, *La revoca del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 758 ss.; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, p. 333 ss.; S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1 ss.; B. G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, p. 1223 ss.; G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 333 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. I Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956.

[2] Tanto in mutuazione al nostro oggetto di analisi della proposta di divisione tra due tipi di revoca di incarico dei dirigenti presente in L. IEVA, *Gli incarichi dirigenziali nel lavoro pubblico*, in *Foro amm.*, 2016, p. 1678 ss.; per un inquadramento generale del tema del lavoro pubblico, argomento che tocca tangenzialmente questo scritto, si rinvia per tutti a: S. BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, p. 373 ss., Milano, 2003; A. POLICE, *Il personale*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, I, Bologna, 2005, p. 482 ss.; A. ZOPPOLI, *A dieci anni dalla riforma Bassanini: dirigenza e personale*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2008, p. 1 ss.


ISSN 2036-7821

motivazione assai scarna. Giacché il soggetto già incaricato era assente dal lavoro e questa situazione si prolungava (senza alcuna ulteriore precisazione sul punto), mentre era necessario agire con tempestività per completare la fase di assegnazione dell'appalto, è stata disposta senza specificazioni aggiuntive la sostituzione del precedente dipendente con un altro in possesso di capacità professionali ed esperienze adeguate.

iii. Con atto n. 436 del 7.02.2022, l'ASL Napoli 1 Centro ha effettuato la revoca del RUP nel quadro di una riorganizzazione degli incarichi finalizzata ad una (alquanto imprecisata ed apodittica) "*migliore distribuzione dei compiti e delle competenze specifiche*" tra i soggetti coinvolti – ancora una volta – nella gestione di una procedura di appalto di lavori per il risanamento di un immobile aziendale.

iv. L'Assessorato Regionale della famiglia, delle politiche sociali e del lavoro della Regione Siciliana con atto n. 1674 del 27.06.2023 ha disposto, anche qui in relazione ad una procedura di gara, la revoca del precedente RUP perché andato in quiescenza e la sua sostituzione con un dipendente ancora in servizio.

v. Il Dipartimento Regionale dell'Autorità di Bacino della Regione Siciliana con provvedimento n. 695 del 19.09.2023 ha effettuato la revoca del RUP, di nuovo in un procedimento di gara, "*per esigenze organizzative*".

vi. In ultimo, il Consorzio Ricerca Filiera Lattiero Casearia di Ragusa con delibera del Consiglio direttivo n. 4 del 29.01.2024 ha - sempre per "*esigenze organizzative*" e di nuovo per un procedimento di gara - effettuato la revoca del RUP. Qui pare il caso di sottolineare un'ulteriore peculiarità: stavolta l'atto promana dal vertice dell'ente, dotato di poteri di indirizzo *lato sensu* politico, e non da un soggetto titolare di poteri amministrativi di attuazione e di gestione.

A parte il primo ed il quarto caso – in cui la motivazione è obiettivamente precisa e la sostituzione è imposta dai fatti e, comunque, ha alla sua base una vicenda inquadrabile nei profili lavoristici del rapporto tra RUP e P.A. – negli altri esempi si nota una certa reticenza nello spiegare con chiarezza le ragioni dell'avvicendamento.

Sicuramente, un simile atteggiamento viene incoraggiato dall'assenza di indicazioni positive sulle modalità di revoca del RUP; tale carenza finisce con il legittimare - come visto - le prassi eufemisticamente definibili più tacitiane.

Questa conseguenza sembra il lato più interessante del tema anche a ragione della giurisprudenza di legittimità[3], che – seppur in ordine alle revoche di incarichi dirigenziali – ha avuto modo di affermare che atti di questo tipo restano finalisticamente orientati alla realizzazione di pubblici interessi, non hanno una portata meramente privatistica e possono configurare una responsabilità di tipo penale. Questa fattispecie veniva inquadrata nell'allora vigente reato di abuso

[3] Si veda Cass. pen., sez. VI, sent. 7 maggio 2009, n. 19135.


ISSN 2036-7821

d'ufficio[4], la cui recente abolizione[5] scompagina ulteriormente il quadro del problema e pone un interrogativo sulla capacità delle sole norme in tema di prevenzione della corruzione di fare fronte a fenomeni potenzialmente critici che si possono celare dietro sibilline revoche del RUP.

## *2. Indicazioni di diritto positivo, giurisprudenziali e di matrice ANAC.*

A motivo dell'assenza di indicazioni legislative sulla revoca di questa figura, è il caso di esordire con un'analisi del tessuto ordinamentale dal fuoco leggermente più ampio.

Il diritto positivo – soprattutto nella parte che riguarda la nomina del RUP - non ha ricevuto particolari attenzioni dalla dottrina[6], a scapito della centralità della figura nell'attività della P.A.

Come noto, l'art. 5 della l. n. 241/1990 prevede che per ogni procedimento il dirigente dell'unità organizzativa competente nomini un responsabile, con l'eventualità che quest'ultimo diventi anche titolare del potere di adozione del provvedimento finale

---

[4] Sui problemi posti dalla norma incriminatrice si rinvia per tutti a S. PERONGINI, *L'abuso di ufficio*, Torino, 2020.

[5] Nel luglio 2024 la Camera dei deputati ha approvato con l. n. 144/2024 in via definitiva il c.d. ddl Nordio (C1718), che appunto prevede l'*abolitio criminis*.

[6] G. CORSO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in AA. VV., *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'Amministrazione*, Milano, 1990, p. 74 ss.; C. MIGNONE, *Note sul responsabile del procedimento amministrativo*, in *Quad. reg.*, 1991, p. 48 ss.; G. CANAVESIO, *Il responsabile del procedimento*, in AA. VV., *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1992, p. 38 ss.; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 15 ss.; T. MIELE, *Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso*, Lo *stato di attuazione della legge 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1995; D. GASPARRINI PIANESI, *Il responsabile del procedimento e la responsabilità amministrativa*, in G. SCIULLO (a cura di), *L'attuazione della legge 241/90*, Milano, 1997, p. 122 ss.; F. TRIMARCHI, *La responsabilità dei procedimenti e degli accordi*, in AA. VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997, p. 37 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note sul responsabile del procedimento nella Regione Sicilia*, in *Nuove autonomie*, 1998, p. 251 ss.; A. MAVELLI, *La responsabilità per il procedimento tra organizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive del privato*, in *Jus*, 1999, p. 991 ss.; M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 505 ss.; F. NICOLETTI, *Dirigenti e responsabili del procedimento nell'amministrazione statale c.d. "di risultato"*, in *Il dir. dell'ec.*, 2003, p. 459 ss.; M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in AA. VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, 2005, p. 245 ss.; S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo: evoluzione storica e prospettive della figura*, in *www.giustamm.it*, 2014; P. LAZZARA, *Il responsabile del procedimento e l'istruttoria*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione cit.*, p. 261 ss.; M. IMMORDINO, M. C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 434 ss.; F. C. RAMPULLA, *I principi generali della l. 241/1990 e s.m. ed il responsabile del procedimento*, in *Foro amm. TAR*, 2008, p. 641 ss.; G. SORICELLI, *Il responsabile del procedimento*, Napoli, 2009; S. TARULLO, *Il responsabile del procedimento: evoluzione storica e prospettive della figura*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, I, p. 300 ss.; G. SCIULLO, *Il responsabile del procedimento. In ricordo di Giorgio Pastori*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 867 ss.; M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa del responsabile del provvedimento e quella del responsabile del procedimento*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2019, p. 373 ss.; F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura della figura del responsabile del procedimento dal punto di vista dell'illecito erariale*, *ibidem*, 2020, p. 83 ss.; R. URSI, *Il responsabile del procedimento "rivisitato"*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 365 ss.; N. D'AGNESE, *Su di una visione euristica concernente la posizione di garanzia del responsabile del procedimento amministrativo: la teoria bifasica*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2023, p. 729 ss.


ISSN 2036-7821

(se, evidentemente, tale competenza è coerente con l'inquadramento in pianta organica).

Come posto in luce dalla giurisprudenza[7], dalla nomina non deriva una delega, ma una mera assegnazione di funzioni, la quale – pur conferendo una certa autonomia al RUP - non elide il potere di coordinamento e di controllo del dirigente.

Qualora la nomina espressa non avvenga, il ruolo è *ex lege* ricoperto dal responsabile dell'unità organizzativa competente per il procedimento, rimasto inerte[8].

Proprio a ragione del meccanismo sostitutivo, l'omissione dell'indicazione del RUP non vizia l'atto finale[9], ma può costituire fonte di responsabilità disciplinare in capo al soggetto che ha tenuto il comportamento inerte.

Infine – ma ciò costituisce una previsione finalizzata soprattutto a rinforzare la trasparenza dell'azione amministrativa e non è direttamente collegato con il tema qui in esame – il nominativo del RUP va comunicato d'ufficio ai destinatari del futuro provvedimento, agli interventori procedimentali e, ad istanza, a chi in titolarità di un interesse richieda l'informazione.

Un'omissione dell'informazione non riguarda il contenuto essenziale del provvedimento, ma i soli oneri comunicazionali preliminari. Quest'ultimo elemento, quindi, ha una portata strumentale ed è anch'esso esterno al regime di validità[10].

Al più e di nuovo, infatti, tale carenza potrebbe far scattare il meccanismo suppletorio e radicare in capo al titolare dell'unità organizzativa la responsabilità del procedimento[11].

Queste sono le uniche indicazioni che derivano dalla legge generale sul procedimento amministrativo sulle modalità, con cui si acquista il ruolo di RUP.

In effetti, la l. 241/1990 all'art. 6 descrive immediatamente – come è al pari noto – i compiti della figura in discorso, profilo che attiene più alle modalità di esercizio del potere che alla titolarità nella posizione. Siamo quindi già al di fuori delle disposizioni, che regolano il nostro tema.

La legge prevede, pertanto, solo una disciplina della nomina del RUP con attribuzione della competenza al dirigente dell'unità organizzativa assegnataria del procedimento, senza introdurre alcuna precisazione su eventuali "cambi in corsa" e sulla loro possibile legittima giustificazione; inoltre, non sono contemplate

[7] C. cont., I sez. centr. app., sent. 20 luglio 2015 n. 441.

[8] Pertanto, le disposizioni in tema di nomina del RUP avrebbero un carattere "*self-executing*", M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a cit.*, p. 512.

[9] La conclusione è pacifica sia in giurisprudenza (si veda, *ex multis*, Cons. st., sez. VI, sent. 7 febbraio 2018, n. 778; tutte le sentenze del G.A. citate nel presente scritto sono in libera consultazione al sito *www.giustizia-amministrativa.it*) che in dottrina (si rinvia a A. CAZZATO, *Indicazione del responsabile del procedimento e regime degli atti "viziati": riflessioni a margine della pronunce dei giudici di merito e spunti per una nuova ricostruzione del tema alla luce dell'evoluzione della teoria della invalidità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, p. 147 ss.).

[10] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 267.

[11] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 268.


ISSN 2036-7821

indicazioni nemmeno sul contenuto motivazionale della nomina.

Non si ricavano ulteriori indizi dal d. lgs. 36/2023[12], che sul punto opera una decisa virata verso una concettualizzazione più che giuridica influenzata dal *project management*. Il riferimento alla contrattualistica pubblica pare assai significativo, in quanto questo è l'ambito in cui la revoca dei RUP – sigla che stavolta ed a partire dal luglio 2023 sta per responsabile unico del progetto - è più frequente, in coerenza con i risultati ottenuti dalla sommaria analisi della prassi svolta al § 1.

Benché al RUP siano dedicate una disposizione *ad hoc* del codice (art. 15) e delle linee guida specifiche (I.2), il quadro positivo si limita a precisare:

a. i requisiti professionali per ricoprire l'incarico;

b. la possibilità che - accanto al responsabile del progetto, al quale comunque deve essere imputata la responsabilità complessiva della realizzazione dell'intervento - siano indicati tanti RUP quante sono le fasi (programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione) in cui è possibile scomporre l'*iter* dei contratti pubblici[13];

c. il carattere obbligatorio dell'ufficio, che non può essere rifiutato;

d. un meccanismo di individuazione automatica della figura a carattere suppletivo. In assenza di nomina esplicita - pure in questo caso - il ruolo è svolto dal dirigente dell'unità organizzativa competente per l'intervento.

Anche qui nessuna indicazione si ricava né sulle ragioni, né sul procedimento di legittima revoca dell'incarico; su questo quadro non ha inciso il recente correttivo al codice disposto dal d. lgs. 209/2024.

Tali esiti rimangono fermi, se si amplia il fuoco dell'analisi alla giurisprudenza ed alla prassi.

Una premessa risulta, però, utile prima di allargare l'indagine: se è ricco il quadro giurisprudenziale in materia di revoca dei dirigenti[14], altrettanto non è purtroppo possibile affermare in relazione ai RUP.

Tale carenza sembra una spia dello scarso interesse a ricoprire questo ruolo, il quale evidentemente comporta più oneri che onori[15].

La revoca del RUP quale conseguenza del suo licenziamento (quindi, per riprendere la distinzione richiamata al § 1, di tipo sanzionatorio e non organizzatorio) – motivato con riferimento alla lesione del dovere di diligente collaborazione con il datore di lavoro, che si colora anche di un possibile profilo penale, in quanto

[12] Si rinvia, per tutti, a G. F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023; sulle discipline previgenti si vedano: C. MARI, *Il responsabile unico del procedimento nelle dinamiche organizzative delle amministrazioni pubbliche: tendenze e prospettive*, in *Il dir. dell'ec.*, 2021, p. 289 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012.

[13] In coerenza con la giurisprudenza del Giudice delle leggi; si veda C. Cost., sent. 9 luglio 2019, n. 166.

[14] Su tale istituto si rinvia almeno a L. IEVA, *Gli incarichi cit.*, ed a A. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2009, p. 13 ss.

[15] Come messo in luce da R. URSI, *Il responsabile cit.*, p. 387.


ISSN 2036-7821

interruzione di pubblico servizio ai sensi dell'art. 340 c.p., a ragione del fatto che l'incaricato per più di 15 mesi non aveva posto in essere alcuna attività – viene affrontata solo incidentalmente dalla giurisprudenza di legittimità[16].

In questo caso, tuttavia , l'attenzione si concentra sui requisiti di validità della procedura disciplinare e sul merito della stessa; l'effetto di revoca dell'incarico – naturale conseguenza del licenziamento – resta sullo sfondo, senza essere affrontato direttamente.

Peraltro – come nel caso della revoca del RUP per quiescenza o per trasferimento – sembra che ogni indicazione ritraibile dalla sentenza sia poco probante per il tema qui in esame, perché la vicenda attiene più al rapporto di servizio che a quello di ufficio. A riprova di tanto, si evidenzia che la cessazione dal ruolo non avviene mediante un atto provvedimentale, ma negoziale. Un'eventuale sostituzione del RUP, disposta con separato provvedimento, è una semplice conseguenza dell'atto di gestione del rapporto lavorativo, con cui si è disposto il recesso unilaterale.

Neanche gli atti consultivi emanati da ANAC contengono indicazioni immediatamente utili.

In effetti, i pareri n. 68/2022 ed 8/2023, i quale esaminano il ruolo del RUP nelle procedure di gara seppur in relazione all'assetto normativo previgente, si limitano a ribadire - il primo - il carattere obbligatorio e non rifiutabile della nomina e - il secondo - le modalità di calcolo della maturazione dei requisiti[17].

C'è, però, un elemento di assoluto interesse che emerge dai documenti dell'Autorità di settore, seppur in modo indiretto. Viene affermato che la nomina del RUP è discrezionale, compete al dirigente dell'ufficio presso cui è incardinato il procedimento, e che - nell'individuare il responsabile - vanno tenuti presenti l'oggetto del contratto, le caratteristiche del nominando comparate a quelle del restante personale e, in termini più generici, l'organizzazione della P.A. oltre al riscontro del possesso dei requisiti professionali e dell'assenza di profili di conflitto di interessi e/o di cause di incompatibilità/inconferibilità.

Da ciò deriva che uno dei possibili motivi legittimi del rifiuto a ricoprire l'incarico è collegato alla presenza di un presupposto che inibisca lo svolgimento dello stesso (quali la mancanza di requisiti, un conflitto di interessi o la ricorrenza di una causa di inconferibilità). Il rifiuto ha, però, carattere eccezionale e, comunque, deve essere seguito dalle verifiche da parte della P.A. sulla veridicità di quanto affermato dal dipendente; solo a seguito del positivo espletamento dei controlli, il soggetto nominato può essere sostituito. E', pertanto, esclusivamente dall'esito delle verifiche che il rifiuto del RUP – se viene confermato il quadro fattuale e giuridico alla sua base – ha effetto.

[16] Cass. civ., sez. lav., sent. 8 maggio 2019, n. 12160.

[17] Entrambi i documenti sono in libera consultazione al sito dell'ANAC: *www.anticorruzione.it*.


ISSN 2036-7821

L'esperienza maturata dal funzionario va, infine, valutata in concreto e nel suo complesso senza che possa essere limitata a quella conseguita in un unico ufficio.
Proprio per tali motivi – anche in aderenza ad una definizione proveniente dal Consiglio di Stato[18] – in dottrina si era ipotizzata la possibilità di impugnare la nomina sia da parte di altri dipendenti pretermessi che da parte di terzi interessati, in presenza di una causa di incompatibilità o di un conflitto di interessi[19] segnalata con un atto apposito contenente una richiesta di sostituzione del RUP, poi oggetto di reiezione[20].
C'è da dire, però, che l'impugnazione della nomina da parte di altri funzionari resta un caso davvero limite, proprio per la segnalata ritrosia ad assumere questo tipo di incarico. Più probabile è, invece, l'eventualità che soggetti terzi possano contestare la nomina del RUP, se essa può pregiudicare i loro interessi (ma sul punto si tornerà in conclusione dello scritto).
Di conseguenza, la scelta del RUP dovrebbe risultare dalla comparazione migliore tra l'interesse alla celere ed ottimale (anche con riferimento al conseguimento del bene della vita) definizione dell'istruttoria - di cui sono titolari sia la P.A. che le altre parti pubbliche e private coinvolte nel procedimento - e quelli degli addetti all'ufficio, in relazione sia alle caratteristiche possedute, sia alle mansioni ordinariamente svolte, sia all'aspirazione alla crescita professionale[21]; inoltre, vanno rispettati il principio di proporzionalità nella distribuzione nei carichi di lavoro e la rotazione degli stessi, con possibili eccezioni collegate alla presenza di procedimenti connessi[22].
Sarebbe importante - proprio per la delicatezza degli interessi coinvolti e per l'importanza che la nomina assume nel condizionare l'*iter* del procedimento - che le P.A. si dotassero di strumenti capaci di predeterminare i criteri per l'assegnazione della funzione in modo da permettere alla figura di svolgere in pieno il suo ruolo di garanzia[23]. In effetti, nella prassi amministrativa non è infrequente che il responsabile dell'ufficio individui il RUP per una categoria omogenea di procedimenti con un atto *ex ante* ad effetti generali.
L'interpretazione dell'Autorità sembra da preferirsi ad un'invero isolata giurisprudenza amministrativa[24], che ha sostenuto che la nomina del RUP non deve

[18] Cons. st., comm. spec., 21 aprile 1997, n. 74, ove si legge che la nomina del RUP è un "*atto formale di incarico*", il quale comporta "*la sostituzione nell'esercizio di potestà amministrativa*".
[19] P. LAZZARA, *Il responsabile cit.*, p. 267.
[20] N. PAOLANTONIO, *Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati*, in *PA Persona e Amministrazione*, 2019, p. 53 ss., che esclude la possibilità di una ricusazione in assenza di una specifica indicazione di legge e ritiene possibile un invito all'autotutela sulla precedente nomina, su cui il dirigente avrebbe il dovere di provvedere. Tale escogitazione è valevole anche quale effettivo rimedio al conflitto di interessi.
[21] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 266; G. SORICELLI, *Il responsabile cit.*, p. 235.
[22] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 267.
[23] M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a cit.*, p. 520.
[24] T.A.R. Brescia, sez. I, sent. 26 febbraio 2018, n. 234.


ISSN 2036-7821

avere un particolare contenuto motivazionale, ma può legittimamente limitarsi al riscontro del possesso di un'adeguata professionalità.

Ciò che non convince di questa seconda linea ermeneutica è che l'assenza di una motivazione approfondita sia collegata all'esistenza di un potere discrezionale tecnico, di cui la nomina sarebbe espressione. In effetti, pare a chi scrive che - una volta individuata (correttamente) la natura discrezionale del potere di nomina - sia una conseguenza logica e necessaria richiedere, invece, una motivazione puntuale sulla scelta concretamente perseguita dalla P.A. tra quelle astrattamente possibili e non una mera attestazione della presenza dei requisiti professionali in capo al nominando, contenuto giustificativo minimale che si attaglia maggiormente ad un potere vincolato.

Tale osservazione è coerente con quanto, da tempo la dottrina ha sottolineato: l'atto di designazione del RUP deve essere espresso, motivato e rispettoso sia del canone della trasparenza che di quello della prevedibilità[25].

Da un'analisi attenta delle indicazioni di ANAC sembra, quindi, potersi inferire che:

a. la revoca del RUP deve avere gli stessi caratteri dell'atto di nomina (essa, cioè, è connata da un contenuto discrezionale, con particolare riferimento alla necessità di motivare rispetto: i. ai requisiti professionali del nominando; ii. alle caratteristiche personali del sostituito e del sostituto; iii. alle ragioni per cui il primo dipendente non è stato confermato nel ruolo; iv. all'organizzazione dell'Ente) e promanare dal medesimo soggetto competente all'adozione dell'atto di nomina[26];

b. al pari del rifiuto allo svolgimento dell'incarico, la sostituzione/revoca ha carattere eccezionale.

Pertanto, alla luce di a e b, anche la revoca non può non avere un onere motivazionale particolarmente approfondito.

Da questo punto di vista, solo il primo ed il quarto atto indicati al § 1 sembrano coerenti con le indicazioni evincibili dai pareri di ANAC e collegabili ad una garanzia - più generica e fondamentale - di motivazione degli atti amministrativi[27].

In entrambi i casi, però, il profilo motivazionale nulla ha a che fare con aspetti di esercizio del potere o di conduzione della funzione, ma con il trasferimento (obiettivo) presso altra struttura della medesima amministrazione e con la (altrettanto pacifica) quiescenza del dipendente incaricato: le revoche sono influenzate da una dimensione soprattutto gestoria del rapporto di lavoro.

### *3. La valenza del RUP tra organizzazione, attività e "responsabilità" con ipotesi di*

[25] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 266.

[26] C. NAPOLITANO, *Profili organizzativi dell'autotutela*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, p. 241 ss.

[27] Sul tema si rinvia per tutti a G. COCOZZA, *Contributo a uno studio sulla motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, Napoli, 2020.


ISSN 2036-7821

***soluzione.***

Nel partire da questi assai scarni dati positivi e nel lasciare da parte - da un lato - le originarie suggestioni sul RUP come volto umano della P.A.[28] e - dall'altro - le preoccupazioni derivanti dall'impatto della l. Severino sull'agire amministrativo[29] (i poli tra i quali si è mossa la discussione scientifica immediatamente dopo la promulgazione della l. 241 e nel contesto temporale a noi più vicino), nella dottrina sembra emergere un dato di fondo unanime.

Esso parte da una constatazione: con la figura del responsabile siamo di fronte ad uno dei pochi punti fermi della l. 241, in quanto non interessato da alcuna riforma, quantomeno nella parte relativa alla sua individuazione[30].

La stabilità del testo positivo si spiega perché la disciplina del RUP è - anche da un punto di vista topografico - precedente alle disposizioni della l. 241 che regolano la partecipazione e la semplificazione, sicché il ruolo rappresenta la garanzia e la condizione minima di applicazione di tutti gli istituti previsti nella legge generale[31].

Ai sensi rispettivamente del c. 2 *bis* e del c. 1 dell'art. 29 l. 241 1990, tale figura costituisce un livello essenziale delle prestazioni[32] e deve essere contemplata anche dai privati preposti all'esercizio di funzioni amministrative[33]; inoltre, essa è espressione delle garanzie previste sia dall'art. 97 che dall'art. 28 Cost.[34].

La dottrina ha infatti, sempre in maniera unanime, posto in luce come la figura qui in analisi abbia una prima valenza di tipo interno - grazie a cui svolge un ruolo di coordinamento, direzione ed organizzazione del procedimento, finalizzato al buon andamento dell'azione della P.A. soprattutto con lo scopo di evitare inerzie nella definizione dei procedimenti o fasi di loro stasi - cui si affianca una funzione esterna, in conseguenza della quale essa permette la partecipazione ai privati che hanno la possibilità di relazionarsi con un solo interlocutore[35].

---

[28] B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 178.

[29] Si veda esemplificativamente F. COSTANTINO, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 623 ss.

[30] M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 508.

[31] M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 505.

[32] Per M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 515, se la presenza del RUP è una garanzia ineliminabile, è invece possibile derogare dal procedimento di nomina; ad esempio, per la funzione amministrativa svolta in forma collegiale l'individuazione del RUP sarebbe superflua, in quanto in tale ruolo opererebbe il presidente del collegio.

[33] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 263.

[34] M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 506.

[35] Tale opportunità era stata già figurata in C. Cost., sent. 12 marzo 1962, n. 14. Un'assai recente interpretazione del ruolo del RUP – costruita su un forte avvicinamento tra procedimento e processo, su un particolare accento sul dovere di soccorso istruttorio che incombe sul funzionario e sull'aspirazione ad un'amministrazione veramente consensuale – fa di questa figura (a seguito di una forte diluizione dei profili autoritativi) addirittura un mediatore tra pubblico e privato, E. FREDIANI, *Il modello processuale di Franz Klein: dal conflitto alla funzione di mediazione del responsabile del procedimento*, in *Dir. e soc.*, 2017, p. 697 ss. Sulle ragioni di non piena persuasività di tale proposta ermeneutica si veda R. URSI, *Il responsabile cit.*, p. 383, il quale ritiene che all'organo – oltre alla


ISSN 2036-7821

Dunque, il RUP costituirebbe una fonte di "*unificazione dinamica*"[36] del procedimento, di cui garantirebbe la semplificazione e l'efficienza sia per le finalità proprie dell'Amministrazione che per quelle del privato. Sempre con riferimento agli influssi contestuali su organizzazione ed attività, egli sopraintenderebbe agli apporti degli uffici e ne coordinerebbe il personale e le risorse per traguardare il procedimento verso la sua definizione[37], di cui – quanto meno a seguito della riforma dell'art. 6, lett. e) della l. n. 241 operata dalla l. n. 15/2005[38] – diventerebbe quasi *dominus*[39], anche a ragione della scarsa disponibilità dei dirigenti di assumersi tutte le responsabilità della decisione in caso di non condivisione della proposta del RUP.
Da ultimo, il ruolo del RUP come introdotto dalla l. 241/90 è stato ritenuto idoneo a modificare la tradizionale impostazione, con cui si studia l'organizzazione amministrativa, ed a radicarne l'analisi sulla dinamica della produzione degli effetti giuridici, facendo passare in secondo piano la risalente attenzione agli organi e conferendo centralità alle modalità (partecipate) di formazione della decisione[40].
Da questo punto di vista la figura, pur senza rilevanza esterna, sarebbe capace di produrre atti con efficacia giuridica indiretta – mediata, cioè, dal provvedimento finale – sui terzi per ciò che riguarda tutti gli atti endoprocedimentali imputatile[41].
Di conseguenza - in recepimento del canone di separazione tra politica ed amministrazione e fatta salva una possibile coincidenza soggettiva[42] - la modalità di azione amministrativa prevista dalla l. 241/90 - tendenzialmente aperta e paritaria - avrebbe avuto un forte influsso anche sull'organizzazione.
In particolare, ne sarebbero derivate la previsione di una distinzione funzionale tra soggetti addetti al medesimo ufficio (cioè, responsabile del provvedimento e responsabile del procedimento) e la successiva emersione, in luogo dei soli organi, delle persone loro titolari e loro addette, investite di un compito di garanzia - più che verso la P.A. verso gli interessati - rispettivamente il primo della decisione finale, con le relative ed esclusive responsabilità verso l'esterno[43], ed il secondo dell'istruttoria e

produzione di effetti verso l'esterno – spetterebbe il compito di validare o meno la proposta del RUP, elemento che rende insopprimibile l'autoritatività dell'azione amministrativa.

[36] D. SORACE, *Diritto delle pubbliche amministrazione*, Bologna, 2000, p. 288.

[37] R. URSI, *op. ult. cit.*, p. 369.

[38] Su cui si rinvia, per tutti, ad A. ZITO, *Compiti del responsabile del procedimento*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, p. 190 ss.

[39] R. URSI, *op. ult. cit.*, p. 381.

[40] A. CARBONE, *Considerazioni generali sull'organizzazione amministrativa*, in *www.federalismi.it*, 2024, p. 25 ss., cui si rinvia anche per ulteriori indicazione bibliografiche.

[41] A. ZITO, *Compiti cit.*, p. 192.

[42] N. PAOLANTONIO, *Ricusazione cit.*, p. 55.

[43] F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura cit., passim*.


ISSN 2036-7821

del coordinamento con altri uffici o P.A.[44].
Il dirigente agirebbe, dunque, quale organo per la produzione degli effetti giuridici, mentre il RUP quale coadiutore del titolare in vista della decisione[45].
Non pare, però, che i due soggetti possano dirsi parificati a ragione della sola comune sottoposizione a quanto disposto in tema di conflitto di interesse dall'art. 6 *bis* della l. 241/90[46]; invero, allo scrivente sembra che le preoccupazioni in materia di prevenzione della corruzione riguardino tutti i soggetti che prendono – anche in fase consultiva – parte al procedimento. Dall'evidente ed obiettiva recente ansia normativa tesa ad evitare fenomeni di cattiva amministrazione risulta, però, eccessivo far derivare conseguenze rispetto alla sovrapposizione dei ruoli di responsabile della decisione e responsabile del procedimento nell'attività amministrativa.
Pertanto deve restar fermo che, come il quadro costituzionale prevede che ogni ufficio debba avere una competenza delimitata *ex lege* rispetto alla quale non sono possibili invasioni di campo da parte di altri plessi amministrativi, così per ciascun procedimento interno ad un singolo ufficio (inteso, appunto, quale autonomo centro di imputazione di competenze) è prevista, con norma sub-costituzionale, la responsabilità in capo ad un unico soggetto, il quale ha il compito di coordinare tutti i contributi istruttori in modo da consentire l'adozione della decisione finale.
Inoltre, la comunicazione in via preventiva e con atto generale all'esterno del riparto di competenze tra uffici e quella in via puntuale e con atto individuale del nominativo del RUP hanno non solo rinforzato la trasparenza dell'*agere* amministrativo, ma reso più semplici le relazioni con i privati.
Dall'istituto qui in esame emerge, pertanto, la relazione indissolubile tra organizzazione ed attività[47]: in effetti, il RUP può essere individuato solo dopo che la P.A. ha provveduto a costituire unità organizzative con a capo un dirigente e ad individuarne le rispettive sfere di competenza con atto regolamentare, ove la legge non abbia già provveduto in tal senso.
Si può dire, quindi, che l'introduzione della figura - sollecitata da iniziative degli allora organi comunitari e simile a soggetti previsti in altri ordinamenti[48] - abbia

[44] M. BELLAVISTA, *La posizione organizzativa cit.*, *passim* che opera un recupero ed un aggiornamento delle magistrali intuizioni di F. BENVENUTI e G. BERTI.
[45] N. PAOLANTONIO, *Ricusazione cit.*, p. 54.
[46] R. URSI, *Il responsabile cit.*, p. 388.
[47] L'interesse per il RUP è conseguenza del suo essere "*punto istituzionale di intersezione tra momento organizzativo e dimensione dinamica dell'attività amministrativa*", secondo F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura cit.*, p. 84.
[48] Il riferimento è alla raccomandazione n. 97/344 CE della Commissione sullo sportello unico, alla c.d. direttiva servizi art. 6 2006/123 CE, alla *leading authority* ed all'*agent chargé du dossier*, su cui si rinvia a P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 262-265. Ritiene invece del tutto originario il modello di cui alla l. 241/90, R. URSI, *op. ult. cit.*, *passim*, § 3, in quanto gli altri ordinamenti vedrebbero prevalere il ruolo degli apparati amministrativi impersonali su quello dei singoli agenti.


ISSN 2036-7821

comportato un immediato miglioramento delle modalità con cui le P.A. si organizzano e sia stata il preludio per dare un senso concreto alla separazione tra politica ed amministrazione[49]. Inoltre, in superamento di una costruzione fortemente gerarchica dei rapporti tra i dipendenti, essa ha permesso agli Enti di distribuire tra il personale le sfere di responsabilità anche in relazione alla fase preparatoria del provvedimento, proiettando dapprima all'esterno gli effetti dello sforzo organizzativo e poi riorganizzando l'istruttoria[50]. Gli esiti di un simile mutamento, però, non sono stati del tutto coerenti con le aspettative[51] ed a volte hanno comportato l'assorbimento da parte del profilo organizzativo delle effettive responsabilità - sia specifiche che, in termini più generali, di *accountability* - dei singoli funzionari[52].

Ovviamente, la figura non vale a scardinare le competenze in caso di Amministrazioni tra loro concorrenti; se non è possibile nominare più responsabili per quanti sono i segmenti di competenza di ciascun plesso organizzativo coinvolto in un esercizio di potere, in quanto ciò svilirebbe il ruolo, va individuato – in via generale ed *ex ante* – per ogni procedimento composito un ufficio che ne abbia la responsabilità complessiva (generalmente, quello tributario dell'adozione della decisione finale), tra il cui personale andrà individuato il RUP con compiti di regia sull'operato delle altre figure coinvolte e senza frammentazione delle responsabilità. Al di fuori di quest'ipotesi basilare, resta la salvezza della possibilità di prevedere strumenti di raccordo come gli sportelli unici[53] o di trovare accordi per lo svolgimento coordinato dei procedimenti pluri-soggettivi[54].

Un secondo elemento, su cui si è concentrato il dibattito accademico, riguarda il senso della responsabilità attribuita a questa figura.

La responsabilità evocata dall'acronimo varrebbe non in termine tecnico di imputabilità – anche obiettiva - di tipo civile, penale, contabile o amministrativo, ma come mera espressione riassuntiva delle mansioni da svolgere, alla cui esecuzione o omissione sono collegate invece le ricordate plurime conseguenze[55].

Si può dire, quindi, che la speciale responsabilità in capo al RUP sia costituita dalla condizione di dover prendere iniziative ed effettuare scelte preordinate alla

---

[49] M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 514.

[50] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 264.

[51] Il mancato raggiungimento degli obiettivi – invero sfidanti – delle riforme amministrative avviate negli anni '90 e non ancora concluse è forse da addebitare a profili extragiuridici della P.A. e del contesto italiano. Sulle conseguenze e sui pericoli di decisioni non tempestive si rinvia a C. FELIZIANI, *Quanto costa non decidere? A proposito delle conseguenze delle mancate o tardive decisioni della Pubblica amministrazione*, in *Il dir. dell'ec.*, 2019, p. 155 ss.

[52] F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura cit.*, p. 84.

[53] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, pp. 268-269.

[54] M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 522.

[55] M. RENNA, *op. ult. cit.*, p. 523.


ISSN 2036-7821

produzione di determinati effetti più che da una specifica sottoposizione alle conseguenze delle proprie azioni, situazione generale di tutti i pubblici dipendenti[56]; essa avrebbe un carattere *ex ante* e funzionale ed imporrebbe un dovere di agire in vista dei fini stabiliti dalla legge a protezione sia della P.A. che dei privati[57].

Ovviamente, a questa tipologia atecnica di responsabilità si affiancano quelle di tipo tradizionale: civile, penale, contabile e disciplinare, alle quali si possono aggiungere le valutazioni in tema di *performance*. Queste avrebbero una portata *ex post* e sarebbero riscontrabili secondo le singole discipline settoriali. Nel più recente studio in tema di responsabilità erariale del RUP, è stato notato ad esempio che lo svolgimento dell'incarico si riflette sull'elemento psicologico, in quanto ha la conseguenza di innalzare la diligenza esigibile dal funzionario[58].

Come si vede due sono i capisaldi dell'analisi:

a. attraverso l'introduzione del RUP i concetti in materia di organizzazione hanno assunto un ruolo autonomo da quelli riguardanti sia l'attività che la validità degli atti;

b. la responsabilità tipica del RUP è differente dalle responsabilità tradizionali ed è loro preesistente.

Questi aspetti fonderanno una possibile soluzione al tema della revocabilità dell'incarico.

Va premesso, però, che parte della dottrina aveva ipotizzato che la nomina del RUP non rendesse più possibile per il dirigente dell'unità organizzativa lo svolgimento diretto della funzione per il tramite di sostituzione, mentre non dubitava della possibilità di variare il RUP tra gli addetti all'ufficio[59]; tale prima opinione è stata criticata sul presupposto che al responsabile dell'ufficio spetta garantire il rispetto del principio di buon andamento, dei tempi di conclusione del procedimento e del risultato dell'azione amministrativa.

Per questo motivo, si è ritenuto possibile che il dirigente possa avocare a sé il ruolo, in quanto responsabile verso i terzi dell'esercizio della funzione, anche con riferimento alla completezza ed alla tempestività dell'istruttoria[60], ed a ragione del ruolo del RUP che – per quanto debba agire in modo imparziale rispetto alle parti pubbliche e private del procedimento[61] – resta, comunque, sottoposto ad una relazione gerarchica con il titolare dell'ufficio. Essa può variare di intensità in

---

[56] In tali termini si esprime A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 677 ss., che opera una valorizzazione di quanto disposto dall'art. 97, 3 c. Cost. rispetto ai funzionari. Sui diversi significati della responsabilità si veda anche A. POLICE, *Il principio di responsabilità*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, p. 195 ss.

[57] Su tale duplice posizione di garanzia insiste in particolare N. D'AGNESE, *Su di una visione cit.*, § 6.

[58] F. FRACCHIA, S. VERNILE, *Una rilettura cit.*, p. 92.

[59] M. RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione cit.*, in *Dir. amm.*, p. 30.

[60] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 265.

[61] M. IMMORDINO, M. C. CAVALLARO, N. GULLO, *Il responsabile cit.*, p. 449.


ISSN 2036-7821

conseguenza di disposizioni speciali inerenti a tipologie limitate di procedimenti e, comunque, rispetta la distinzione derivante dalla competenza delle diverse fasi procedimentali[62].

Insomma, sembra essere stata acquisita in dottrina la piena revocabilità dell'incarico.

Proprio la segnalata posizione di garanzia verso i terzi del dirigente sembra essere alla base di un immanente potere di revoca/sostituzione del RUP, per quanto apparentemente innominato.

E vi è di più: essa radica la competenza nel soggetto nominante e pare limitare la legittima motivazione di una revoca previa alla sostituzione con il riferimento all'impossibilità che il RUP nominato sia in grado di garantire il rispetto del principio di buon andamento, motivo per cui la figura è tendenzialmente stabile[63].

La revoca del RUP non è un atto che può essere disposto in modo isolato, in quanto comporta necessariamente una nuova nomina nel rispetto del principio di cui all'art. 5: il sostituto può essere un altro dipendente o il titolare dell'ufficio.

C'è da stabilire, infine, se il ruolo di RUP ponga il dipendente destinatario della nomina in una posizione particolare rispetto agli altri dipendenti; la dottrina si è divisa in due correnti di pensiero. Mentre una ha affermato con forza che dalla stessa deriverebbe una sorta di sovra-ordinazione sugli altri addetti all'ufficio[64], l'altra ha negato decisamente tale ruolo anche a ragione dell'evidenza (empirica) del fastidio, con cui il ruolo viene svolto dai funzionari[65]. Chi scrive è incline a ritenere che la nomina esplichi i suoi effetti rispetto ad una sola vicenda procedimentale e che non sia in grado di alterare i rapporti tra gli addetti all'ufficio; da essa deriva solo – quale che sia lo stato d'animo con cui il titolare ricopre il ruolo – un compito di coordinamento dei diversi contributi procedimentali, senza primazie di sorta sui restanti addetti all'ufficio.

Allo stesso modo, si può affermare forse che il RUP per le attività di sua competenza si trovi fuori dal potere diretto del dirigente e risponda, in quanto titolare di autonomia funzionale, direttamente dei propri comportamenti[66], una cui carente o non tempestiva esecuzione può portare appunto alla revoca dell'incarico anche senza sfociare in un provvedimento disciplinare.

Tali conclusioni vanno coordinate con l'elemento, il riferimento al quale è imprescindibile per tentare di proporre delle soluzioni al problema oggetto del presente scritto: il principio di legalità, inteso soprattutto nell'accezione di legalità-

---

[62] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 266, che individua nei procedimenti sanzionatori curati dalle Autorità amministrative indipendenti gli esempi in cui maggiore è la separazione tra ruolo del RUP e fase istruttoria, da un lato, e compiti del dirigente e decisione finale, dall'altro.

[63] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 266.

[64] P. LAZZARA, *op. ult. cit.*, p. 267.

[65] R. URSI, *op. ult. cit.*, p. 374.

[66] R. URSI, *op. ult. cit.*, p. 375.


ISSN 2036-7821

garanzia.
In relazione a questi tre aspetti (rilevanza organizzativa e funzionale del RUP, sua responsabilità atecnica, legalità-garanzia), la motivazione del conferimento dell'incarico di RUP e della sua revoca pare essere un passaggio particolarmente significativo non solo per garantire un controllo sia democratico che giudiziario delle scelte della P.A., quanto e soprattutto perché essa costituirebbe uno strumento per rendere concreto lo sforzo di valorizzazione dei pubblici dipendenti, araba fenice - a partire almeno dalla privatizzazione del comparto, disposta con l. n. 421/1992 - della politica legislativa nazionale in materia.
In particolare, si ritiene che sia necessario motivare il perché la scelta originaria non sia stata felice con possibile responsabilità a cascata del nominante.

***4. Quattro risposte "aperte".***

Avviamoci alle conclusioni - necessariamente parziali - che riguarderanno quattro aspetti, oggetto di altrettanti quesiti e tentativi di risposta.
i. La nomina del RUP e la sua revoca hanno la stessa natura giuridica? Quest'interrogativo ha una soluzione niente affatto scontata. Benché entrambi gli atti siano esclusivamente imputabili al titolare dell'unità organizzativa, chi scrive ritiene che la nomina del RUP non abbia una valenza provvedimentale, ma costituisca mera espressione dei poteri gestori di chi la dispone. Potrebbe assumere (in via teorica) una natura immediatamente lesiva – ma comunque non provvedimentale – esclusivamente per i dipendenti dell'ufficio pretermessi, in quanto rappresenta un arresto procedimentale ai loro danni; dovrebbe, pertanto, essere sottoposta alla giurisdizione del Giudice del lavoro. Invece, sembra difficile che un terzo privato possa contestare immediatamente la nomina a RUP di un soggetto sprovvisto dei requisiti o in conflitto di interessi; tale impugnazione potrà essere formulata solo con il provvedimento conclusivo, se lesivo; in questo modo rientrerà nella *potestas iudicandi* del G.A. Al contrario, la revoca costituisce esercizio di un potere, risultando collegata – sempre se non è meramente attuativa di sanzioni disciplinari – con la cura dell'interesse pubblico, tanto è vero che l'estensore di questo scritto ritiene che la sua adozione debba essere preceduta da un'interlocuzione procedimentale almeno con il soggetto sostituito, doveroso destinatario di una comunicazione di avvio del procedimento. Pertanto, la nomina sarebbe un atto non provvedimentale, ma gestorio a differenza della revoca/sostituzione, in cui la funzionalizzazione alla migliore cura del pubblico interesse è maggiore rispetto ai profili di tenuta del rapporto di lavoro. A tale proposta di classificazione fanno eccezione gli atti dal contenuto generale con cui si assegni la funzione del RUP per blocchi predeterminati di procedimenti, i quali paiono avere una dimensione provvedimentale di tipo latamente generale.


ISSN 2036-7821

ii. Come il principio del risultato[67] influenza il contenuto di una revoca? A chi scrive pare che la sua introduzione possa essere facilmente utilizzata per motivare un atto di revoca, quando il responsabile non si dimostri in grado di espletare il suo incarico con le necessarie speditezza ed attenzione. Proprio la natura preminente del principio in discorso – capace di orientare l'esercizio del potere discrezionale anche al di là del settore della contrattualistica pubblica, in quanto corollario del buon andamento – dovrebbe spingere le Amministrazioni a mettere (finalmente) da parte provvedimenti di revoca generici o reticenti e motivare espressamente le sostituzioni di quanti tra i loro dipendenti non siano in grado di condurre in maniera efficace i compiti di guida del procedimento loro affidati.

iii. Qual è il ruolo (legittimo) degli organi politici nel procedimento di revoca? Se non è eliminabile la componente di politicità tipica delle pubbliche organizzazioni, sembra a chi scrive che la scelta sulla nomina/revoca del RUP abbia una dimensione più attinente alla migliore gestione ed all'organizzazione dell'ufficio che a fattispecie di indirizzo. L'atto *de quo* dovrebbe costituire, pertanto, espressione esclusivamente dei poteri di esecuzione riconosciuti ai dirigenti. Risulta, perciò, arduo immaginare un ruolo per gli organi politici se non in un momento liminale di mero indirizzo dell'intero procedimento, collegato per esempio alla sua riattivazione dopo uno stato letargico.

iv. Come hanno inciso la l. Severino ed i diversi atti attuativi della svolta verso l'anticorruzione[68] sulla stabilità della figura del RUP? Questa domanda pone l'aspetto, che merita di essere affrontato in chiusura dello scritto: la recente produzione normativa alluvionale in materia di prevenzione della corruzione non ha, purtroppo, impedito la ripetuta adozione di atti di revoca assai reticenti, come quelli indicati all'inizio del presente scritto. A fronte di tale dato di fatto, pare legittimo interrogarsi sull'effettività di questo tipo di previsioni. Pertanto, più che la

[67] Come noto, affermato all'art. 1 d. lgs. 36/2023. Sul principio del risultato si rinvia a M. R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da riscrivere*, in *www.federalismi.it*, 2024; F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in G. MORBIBELLI (a cura di), *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, Firenze, 2023, p. 30 ss.; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; 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 F. Salvia*, Napoli, 2023, p. 517 ss.; prima del codice, con riferimento al dibattito sull'amministrazione di risultato, non può omettersi il riferimento all'opera di L. IANNOTTA, in particolare, a *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 299 ss.; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, *ibidem*, 1999, p. 57 ss., cui *adde* 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.

[68] Senza pretese di esaustività, si vedano: F. MERLONI, *Corruption and public administration*, London, 2018; R. CANTONE, E. CARLONI, *La prevenzione della corruzione e la sua Autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 903 ss.; ID., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, 2018; R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, 2020; M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016; E. CARLONI, *Corruzione (prevenzione della)*, in *Enc. Dir.–I tematici*, Milano, 2022.


ISSN 2036-7821

costruzione di un articolato sistema di strumenti specifici per il contrasto alla cattiva amministrazione, sembra che la strada più promettente per evitare abusi anche solo potenziali sia un onere di motivazione rafforzato, ogni qual volta si decida di intervenire sul RUP. Tale elemento potrebbe costituire un contrappeso al superamento del reato di abuso d'ufficio e permettere di individuare in modo preciso la regola del singolo caso amministrativo. Dall'obbligo motivazionale rafforzato potrebbero restare fuori proprio i casi di revoca, che derivano dall'evoluzione del rapporto di servizio (trasferimento, pensionamento, licenziamento, dimissioni); in ipotesi, simili sviluppi renderebbero sufficiente una motivazione stringata. In modo contraddittorio, sono queste le fattispecie meno criptiche nella prassi, mentre i casi altamente discrezionali contengono vere e proprie pseudo-motivazioni o motivazioni apparenti.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Equilibrio di bilancio e diritti fondamentali: coordinate ermeneutiche della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e della Corte costituzionale italiana sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità

di **Francesco Maria Maglione**

(Dottorando di ricerca presso l'Università della Campania L. Vanvitelli)

## Sommario

1. Premessa e delimitazione dell'indagine - 2. Diritto all'istruzione delle persone con disabilità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14 della CEDU e art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU) – 3. Diritto all'istruzione delle persone con disabilità nell'ordinamento italiano – 4. I riformati artt. 81, 87, 117 e 119 della Costituzione italiana e l'introduzione di una (apparentemente) inderogabile regola contabile per la pubblica amministrazione - 5. Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità in relazione alle modalità di gestione della spesa pubblica – 6. Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità in relazione alle modalità di gestione della spesa pubblica – 7. Considerazioni conclusive riguardo equilibrio di bilancio e diritto all'istruzione delle persone con disabilità.

## Abstract

Education has been, since ancient times, a crucial phase of progress and socio-cultural formation of every civilization; a moment of comparison and clash between ideas and generations that societies have felt the need to legally protect both at a national and supranational level. In modern times, education has had as its purpose also to spread social values such as inclusion and equality of all human beings, including those with disabilities, whether physical or intellectual. Despite this, many minors with disabilities are deprived of the possibility of accessing a complete and inclusive education; the obstacles that prevent such access derive from various factors such as, for example, the existence of architectural barriers in school/university buildings, the, unfortunately, still existing discrimination against disabled subjects, the absence of specifically qualified personnel and above all the limitation of public-economic resources regarding the topic in question.

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


ISSN 2036-7821

***1. Premessa e delimitazione dell'indagine.***

L'istruzione è stata, fin dai tempi più antichi, una fase cruciale di progresso e formazione socioculturale di ogni civiltà[1]; un momento di confronto e scontro tra idee e generazioni che le società hanno sentito la necessità di tutelare legalmente sia a livello nazionale che a livello sovranazionale. Nei tempi moderni l'istruzione ha avuto come suo scopo di diffondere anche valori sociali come l'inclusione e l'uguaglianza di tutti gli esseri umani, compresi quelli con disabilità sia essa fisica o intellettiva. Nonostante ciò, molti minori con disabilità si vedono privati della possibilità di accedere ad un'educazione completa ed inclusiva; gli ostacoli che impediscono tale accesso derivano da svariati fattori quali, ad esempio, l'esistenza di barriere architettoniche negli edifici scolastici/universitari, la, purtroppo, ancora esistente discriminazione nei riguardi dei soggetti disabili, l'assenza di personale specificamente qualificato e soprattutto la limitazione delle risorse pubblico-economiche riguardanti il tema in oggetto[2].

Va sicuramente considerato che il concetto di disabilità negli ultimi anni ha subito uno stravolgimento di notevole portata. Si è infatti passati da una concezione medica che vedeva la disabilità come una mancanza, un *handicap*, ad una concezione che pone l'accento sulla dignità delle persone con disabilità; quest'ultima non è infatti vista come menomazione bensì rientra nelle caratteristiche proprie della diversità umana. L'art. 1 par. 2 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità rappresenta questo cambio di concezione stabilendo che "per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri". La suddetta norma va letta in combinato disposto col quanto considerato nel preambolo alla lettera e) il quale afferma che "la disabilità è un concetto in evoluzione e che la disabilità è il risultato dell'interazione tra persone con menomazioni e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri".

Tale innovazione concettuale è però estremamente recente, basti pensare che fino a pochi anni fa, anche in paesi sviluppati e democratici, agli studenti con disabilità veniva preclusa la possibilità di frequentare le scuole ordinarie aumentando così una segregazione che è ancora oggi in parte realtà.

Il diritto all'istruzione, da un punto di vista giuridico, è considerato un diritto umano fondamentale tutelato da numerosi accordi internazionali tra cui la Convenzione

[1] Citazione di particolare impatto è quella del giurista e Membro dell'Assemblea Costituente della Repubblica italiana Piero Calamandrei (1889-1956) secondo il quale "Trasformare i sudditi in cittadini è miracolo che solo la scuola può compiere.".

[2] G. DE BECO, *the Right to 'Inclusive'Education, in Modern Law Review*,2022, p. 1335.


ISSN 2036-7821

delle Nazioni Unite sui Diritti dell'Infanzia[3], la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo[4] e il Patto Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali[5]. I suddetti accordi obbligano gli Stati a garantire un'istruzione di qualità caratterizzata da un accesso universale.

Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, attraverso l'art.14 e l'art. 2 del Protocollo n.1, tutela il diritto all'istruzione delle persone con disabilità anche se in forma più generica e sintetica[6].

L'ostacolo, che per primo impedisce ai soggetti con disabilità di godere del diritto all'istruzione, è sicuramente una discriminazione di carattere sistemico-strutturale; quest'ultima si basa, non sulla disabilità in sé, ma su determinate strutture politiche, economiche e sociali che fanno sorgere degli svantaggi tali da impedire una equa, giusta e libera partecipazione alla società.

I soggetti con disabilità spesso non subiscono una discriminazione diretta (caratterizzata dall'intenzione esplicita di discriminare) bensì una discriminazione indiretta (una previsione, un criterio o una pratica apparentemente neutri che mettono il soggetto con disabilità in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone); anche per questo motivo i diritti delle persone con disabilità hanno faticato ad affermarsi nel quadro giuridico internazionale riguardante i diritti umani. Inizialmente, infatti, questi erano qualificati come diritti sociali che, a differenza dei

[3] La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child - CRC*) è stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989. È un documento molto importante perché riconosce, per la prima volta espressamente, che anche i bambini, le bambine e gli adolescenti sono titolari di diritti civili, sociali, politici, culturali ed economici, che devono essere promossi e tutelati da parte di tutti. Dal 1989 ad oggi tutti i Paesi del mondo, tranne gli Stati Uniti, si sono impegnati a rispettare e a far rispettare sul proprio territorio i principi generali e i diritti fondamentali in essa contenuti. L'Italia l'ha ratificata con Legge n. 176 del 27 maggio 1991. Gli artt. 28 e 29 dispongono riguardo il diritto all'istruzione e l'art. 23 per la prima volta si rivolge a minori affetti da disabilità.

[4] La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo approvata il 10 dicembre 1948 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dispone all'art. 26 che "1. Ogni individuo ha diritto all'istruzione. L'istruzione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L'istruzione elementare deve essere obbligatoria. L'istruzione tecnica e professionale deve essere messa alla portata di tutti e l'istruzione superiore deve essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito. 2. L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace. 3. I genitori hanno diritto di priorità nella scelta del genere di istruzione da impartire ai loro figli".

[5] La Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali (meglio nota come Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali) è un trattato delle Nazioni Unite, nato dall'esperienza della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, redatto dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, adottato nel 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976. Gli artt. 13 e 14 riconoscono il diritto all'istruzione per tutti. Non ci sono riferimenti espliciti alle persone con disabilità ma riconoscendo la validità del diritto *erga omnes* quest'ultimo è riconosciuto anche alla "categoria" in esame.

[6] Protocollo n. 1 alla CEDU, art. 2 il quale si limita a prevedere che "il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno".


ISSN 2036-7821

diritti civili e politici[7], erano assolutamente dipendenti dalle risorse economiche disponibili; solo di recente misure positive sono state messe in atto per permettere un pieno godimento dei diritti umani in senso universale per le persone con disabilità.
Il tema dell'educazione inclusiva, in seguito a questo cambio di concezione riguardo i diritti delle persone con disabilità, è diventato argomento di dibattito in Italia e all'estero[8]. Per uno sviluppo sostenibile l'istruzione inclusiva è un obiettivo cruciale anche in quanto diritto umano fondamentale tutelato a livello internazionale.
L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile dell'ONU, adottata nel 2015, ha sottolineato l'importanza di un'istruzione inclusiva e qualitativamente sufficiente e lo ha indicato come un fondamentale obiettivo di sviluppo sostenibile (Obiettivo 4)[9].
Date le suddette premesse l'obiettivo di questo contributo è quello di comprendere come, secondo la Corte europea per i diritti dell'uomo o Corte di Strasburgo e la Corte Costituzionale italiana, si possa offrire una adeguata ed inclusiva istruzione ai soggetti con disabilità compatibilmente al principio di equilibrio di bilancio ed alle stringenti modalità che ispirano la spesa pubblica in Italia nel attuale contesto politico-giuridico.

## 2. *Diritto all'istruzione delle persone con disabilità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 14 della CEDU e art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU).*

L'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU, in vigore dal 1954, garantisce il diritto all'istruzione disponendo che "il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno" e che "lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche".
La prima frase dell'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU, la cui specifica analisi appare quanto mai opportuna nell'arco del presente contributo, garantisce e tutela il diritto individuale all'istruzione.
Particolarità della disposizione in esame è la sua formulazione negativa con la quale

[7] L. B. WADDINGTON, Evolving Disability Policies: from Welfare to Rights. An International Trend from a European Perspective, in Netherlands Quarterly of Human Rights, n. 19/2, 2001, pp. 139-162.
[8] Riguardo l'istruzione inclusiva v. R. CERA, National Legislations on Inclusive Education and Special Educational Needs of People with Autism in the Perspective of Article 24 of the CRPD, in V. DELLA FINA, R. CERA (a cura di), Protecting the Rights of People with Autism in the Fields of Education and Employment International, European and National Perspectives, Springer Open, Cham, 2015, pp.80-81
[9] ONU, Assemblea Generale, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, 21 ottobre 2015, A/RES/70/1. L'obiettivo è di garantire un'istruzione di qualità inclusiva ed equa e promuovere opportunità di apprendimento continuo per tutti: eliminare entro il 2030 le disparità di genere nell'istruzione e garantire un accesso equo a tutti, tra cui le persone con disabilità. Per loro deve essere promosso anche l'accesso senza barriere a istituti di istruzione. In generale la formazione scolastica deve essere globalmente gratuita e l'accesso ad una formazione professionale ed ulteriori scuole alla portata di tutti.


ISSN 2036-7821

le Parti Contraenti non hanno voluto riconoscere un diritto all'istruzione che imponesse loro l'onere di istituire a proprie spese, o di sovvenzionare, un sistema di istruzione di particolare tipologia o livello qualitativo[10]. Non risulta, apparentemente, in capo agli Stati un obbligo positivo di creazione di uno strutturato sistema educativo; la disposizione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU, però, norma circa un diritto che presenta profili sostanziali e dal quale derivano obblighi nei confronti degli Stati che non possono quindi esimersi dall'assicurare il diritto all'istruzione nell'ambito degli istituti scolastici che hanno deciso di istituire, di sovvenzionare o di riconoscere.

Non risulta in linea con i valori di una società democratica un'interpretazione restrittiva del diritto all'istruzione, fase fondamentale per il progresso dei diritti umani, così come previsto dalla prima frase dell'art. 2 del Protocollo n. 1 in quanto sarebbe in netta contrapposizione con il fine della disposizione stessa.

L'art. 2 del Protocollo n. 1 non fa espliciti riferimenti a soggetti con disabilità eppure, anche se in maniera indiretta, questi ultimi sono oggetto di una opportuna tutela; la locuzione scelta, infatti, prevedendo che a nessuno può essere impedito di godere del diritto all'istruzione teorizza un accesso universale allo stesso. Avendo lo status di diritto a carattere universale, l'istruzione richiede uno sforzo da parte degli Stati per la rimozione delle barriere, siano esse sociali o fisiche, che ostano alla piena fruizione della stessa da parte dei soggetti con disabilità sia essa fisica o intellettivo-relazionale.

Nel caso in cui uno Stato decida di trattare diversamente una determinata categoria di soggetti si può assistere ad un caso di discriminazione il cui espresso divieto è disposto dall'art. 14 della CEDU. L'art. 14, titolato "Divieto di discriminazione", prescrive che "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione.".

Anche in questo caso non c'è un esplicito riferimento ai soggetti con disabilità ma il tenore della norma può e deve essere interpretato nel senso di un divieto di discriminazione assoluto evincibile dalle parole "ogni altra condizione"; si assiste infatti ad un iniziale intento di enunciazione di tutte le principali cause di discriminazione salvo poi rendersi conto della loro parzialità e della necessità di coprire, invece, con la norma in questione tutte le cause possibili.

[10] Ciò è confermato dai *Travaux préparatoires*. Avendo scartato la "formula positiva" adottata dall'Assemblea del Consiglio d'Europa nell'agosto 1950, evidentemente gli Stati firmatari non desideravano che la prima frase dell'articolo 2 del Protocollo n. 1 fosse interpretata come un obbligo per gli Stati di adottare misure effettive finalizzate a permettere alle persone di ricevere un'istruzione di loro scelta e a creare un sistema di istruzione, o a sovvenzionare l'insegnamento privato.


ISSN 2036-7821

L'art. 14 può essere interpretato come un tentativo da parte degli Stati di far sì che le misure adottate in qualsiasi campo, compresa l'istruzione, non violino i diritti di determinati soggetti trattando in modo uguale situazioni diverse, o in modo diverso situazioni uguali[11].

Se nella fase di stesura della CEDU non c'è nessun esplicito riferimento all'istruzione di persone con disabilità, l'argomento è stato trattato inizialmente dalla Commissione e più recentemente dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (d'ora in poi Corte EDU), seppur in un numero di casi estremamente limitato.

Ex art. 2 del Protocollo n.1, la ormai destituita Commissione, ha supportato la, sempre più diffusa, opinione che, nel caso fosse possibile, gli alunni con disabilità dovessero essere istruiti con gli altri alunni coetanei; ciò per favorire una sana integrazione e in accordo con la nuova concezione della disabilità che si andava affermando e che poi ha portato all'art. 1 par. 2 della Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità. Tale politica non fu, tuttavia, ritenuta vincolante in quanto veniva lasciato ampio margine di discrezionalità alle autorità competenti di ogni Stato sulle modalità di utilizzo delle risorse disponibili ritenute più opportune.

La Corte EDU ha, inizialmente, mostrato una ritrosia a contestare agli Stati membri inadempienze relativamente all'art. 2 del Protocollo n. 1 ed all'art. 14 della CEDU, salvo poi prendere coscienza dell'evoluzione del diritto internazionale ed europeo circa gli standard da conseguire per assicurare una completa e dignitosa istruzione ai soggetti con disabilità. Si è assistito ad un riconoscimento dell'importanza dei principi di universalità e non discriminazione nell'esercizio del diritto all'istruzione da parte della Corte EDU; quest'ultima ha inoltre rilevato come l'istruzione inclusiva sia lo strumento più opportuno per garantire i suddetti principi fondamentali (Çam c. Turchia[12]; Sanlısoy c. Turchia[13]).

L'art. 14 della CEDU va interpretato tenendo conto della compatibilità tra questi strumenti e la ragionevole composizione, la quale va intesa come "le modifiche e gli adeguamenti necessari e appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia la necessità in particolari casi" affinché sia assicurato alle persone con disabilità "il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e le libertà fondamentali"[14].

La ragionevole composizione è uno strumento, a disposizione delle autorità nazionali (indicativamente le più idonee ad occuparsi della questione in oggetto), per

[11] Filosofia espressa da MARTHA C. NUSSBAUM, in *Nascondere l'umanità*, 353 – 370
V. *The Capabilities of People with Cognitive Disabilities*, oggi in Eva Feder Kittay e LICIA CARLSON (a cura di) *Cognitive Disability and its Challenge to Moral Philosophy*, Blackwell Publishing Ltd and Metaphilosophy LLC, 2010, 75 ss.

[12] V. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-161149%22]}

[13] V. https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-169450%22]}

[14] Articolo 2 della Convenzione sui diritti delle persone con disabilità


ISSN 2036-7821

porre rimedio a casi di discriminazione derivanti da ineguaglianze ingiustificate, siano esse di carattere materiale o di altra natura.

***3. Diritto all'istruzione delle persone con disabilità nell'ordinamento italiano.***

L'ordinamento scolastico antecedente all'entrata in vigore della Costituzione si basava su un principio di separazione degli alunni diversamente abili dagli altri attraverso l'istituzione delle "scuole speciali" e delle "classi differenziali" (Regi Decreti 5/2/1928 n. 577, 26/4/1928 n. 1297, 1/7/1933 n. 786); in questo caso appare evidente un'intenzione di discriminazione diretta nei confronti dei soggetti con disabilità i quali venivano considerati come un ostacolo alla corretta educazione dei soggetti "normodotati".

Tale considerazione dei soggetti disabili cambia con l'avvento della Costituzione.

Gli artt. 2, 3, 33, 34 e 38 della Costituzione riguardano, direttamente o indirettamente, il diritto all'istruzione delle persone con disabilità; essi enunciano i principi generali sul tema che reggono il nostro ordinamento. L'istruzione viene considerata uno strumento per il pieno sviluppo della persona umana, la scuola è aperta a tutti e l'insegnamento è libero.

Gli artt. 2 e 3 Cost. esprimono dei principi valoriali che, nell'ottica dei padri costituenti, sono alla base del sistema giuridico e politico della Repubblica Italiana.

L'art. 2 della Costituzione prevede il riconoscimento e la garanzia da parte della Repubblica dei "diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.". Questo articolo riconosce all'essere umano (non al cittadino, quindi sono compresi anche gli stranieri) i suoi diritti fondamentali nei quali rientra sicuramente l'istruzione; essendo qualificato come diritto fondamentale il diritto all'istruzione va riconosciuto alla totalità degli esseri umani qualsiasi sia la loro condizione, conseguenza di ciò è l'indiretto riconoscimento di questi diritti anche ai soggetti con disabilità.

Va inoltre sottolineato il riferimento alla personalità dell'individuo che rappresenta forse una delle più grandi rivoluzioni filosofico-giuridiche del XX secolo, l'individuo viene infatti tutelato in tutte le fasi della vita che contribuiscono alla formazione della personalità umana come essere inserito all'interno della società; ciò è quanto mai più importante per i soggetti con disabilità.

L'art. 3 della Costituzione prescrive che "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali" e che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione


ISSN 2036-7821

politica, economica e sociale del Paese".
Il primo comma dell'articolo in esame risulta di particolare rilevanza all'interno della disamina che il presente contributo cerca di svolgere, infatti, sostiene la pari dignità sociale e giuridica di ogni soggetto a prescindere da quale sia la sua condizione; ciò naturalmente riguarda anche i soggetti con disabilità che, non più pazienti ma esseri umani con delle particolari caratteristiche, vanno considerati alla stregua di ogni altro cittadino, con uguali diritti compreso quello all'istruzione.
Il secondo comma dimostra una forte consapevolezza riguardo il fatto che spesso sono ostacoli di ordine economico e sociale a creare situazioni di scompenso tra soggetti che conducono a forme di discriminazione indiretta; la Repubblica in questo caso si impegna nella rimozione dei suddetti ostacoli con l'intenzione cioè di trattare in modo uguale situazioni uguali (concetto che si è affermato anni dopo e con non poca difficoltà a livello internazionale).
Nel dettato del secondo comma non si evince un esplicito riferimento al diritto all'istruzione ma si tutela in maniera chiara ed organica il pieno sviluppo della persona umana che, come abbiamo visto, ha come sua tappa fondamentale l'istruzione; si può affermare che ci troviamo di fronte ad una salvaguardia indiretta di tutte quelle attività che portano allo sviluppo della personalità e della consapevolezza di ciascun soggetto.
L'art. 33 della Costituzione dispone che "l'arte e la scienza sono libere e libero ne è l'insegnamento" e che "la Repubblica detta le norme generali sull'istruzione ed istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi".
Questo articolo tutela la libertà di pensiero anche all'interno del mondo dell'istruzione senza però che la Repubblica si autoescluda da questo campo d'intervento, dovendo, infatti, dettare delle norme generali di indirizzo con lo scopo di fornire il servizio in questione a livello sistemico e universale.
L'art. 34 della Costituzione al primo comma prevede che "la scuola è aperta a tutti". Anche in questo caso non c'è un riferimento esplicito ai soggetti con disabilità, ma queste poche illuminate parole non lasciano dubbi sulla universalità del diritto in questione.
L'art. 38 della Costituzione, contrariamente agli articoli fin qui analizzati, disponendo che "Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale.", regola in maniera esplicita il diritto all'istruzione dei soggetti con disabilità.
Il sistema precedente all'entrata in vigore della Costituzione è, tuttavia, rimasto in parte operativo per i "disadattati scolastici" fino al 1992 *ex* L. 31/12/1962 n. 1859 e DPR 22/12/1967 n. 1518 (art. 30)[15].

[15] "I soggetti che presentano anomalie o anormalità somatopsichiche che non consentono la regolare frequenza nelle scuole comuni e che abbisognano di particolare trattamento ed assistenza medico-didattica sono indirizzati


ISSN 2036-7821

Con la L. 5/2/1992 n. 104[16] si è, finalmente, normato e riconosciuto in maniera definitiva il diritto dei soggetti con disabilità all'istruzione e all'integrazione scolastica.

L'art. 3 comma 2 della L. 5/2/1992 n. 104 prevede che "la persona handicappata ha diritto alle prestazioni stabilite in suo favore in relazione alla natura e alla consistenza della minorazione, alla capacità complessiva individuale residua e all'efficacia delle terapie riabilitative."; tale norma sottolinea la necessità da parte dell'amministrazione di valutare la prestazione in base alle necessità del singolo soggetto con disabilità.

L'art. 12 comma 2 della suddetta legge prescrive la garanzia del "diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie."; il legislatore in questa maniera tutela il diritto all'istruzione del soggetto con disabilità a tutti i livelli compreso quello universitario. Tale previsione obbliga la pubblica amministrazione ad erogare le prestazioni necessarie non solo durante il periodo della scuola dell'obbligo ma durante tutti i periodi di studio eventualmente voluti dal soggetto disabile.

L'art. 13 comma 3 della l. 104/92 dispone che "Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del decreto del presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni, l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati."; nell'idea del legislatore si può evincere l'importanza dei docenti specializzati, il cui compito è di supportare il soggetto con disabilità ad "entrare" nella società, creare quegli equilibri, quelle soluzioni, che permetteranno al soggetto stesso un progetto di vita a lungo termine, studiato ad hoc in base alle necessità del singolo. Il docente specializzato si occupa in maniera specifica dello studente con disabilità ed è presente in classe unitamente all'insegnante titolare della materia.

I principi riportati dalla L. 5/2/1992 n. 104 sono una diretta conseguenza di quelli espressi dagli artt. 3, 33, 34 e 38 Cost.; l'importanza dell'integrazione scolastica del disabile e la natura di diritto fondamentale dell'istruzione sono stati a più riprese sottolineati dalla giurisprudenza costituzionale[17].

L'erogazione di queste prestazioni, di carattere assistenziale e/o sanitario, è fortemente condizionata dalla disponibilità delle risorse finanziare della pubblica

---

alle scuole speciali. Nell'eventualità che l'alunno presenti più di una alterazione si terrà conto, per l'assegnazione alla scuola speciale, della minorazione che consente maggiori possibilità di trattamento. I soggetti ipodotati intellettuali non gravi, disadattati ambientali, o con anomalie del comportamento, per i quali possa prevedersi il reinserimento nella scuola comune sono indirizzati alle classi differenziali.".

[16] Legge quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate

[17] V. Corte Costituzionale n. 215 del 1987


ISSN 2036-7821

amministrazione.
Dagli anni novanta del secolo scorso si è assistito ad un abbandono progressivo del modello di *welfare* keynesiano[18] in favore di un modello di assistenza neo-liberale[19], ciò ha radicalmente modificato l'approccio dello Stato riguardo l'assistenza dei soggetti "deboli"; le esigenze di bilancio sono state, infatti, considerate gerarchicamente superiori ad alcuni dei diritti fondamentali come il diritto all'istruzione.
Tale impostazione, che si è adottata in Italia, è stata, come vedremo più avanti, censurata sia dalla Corte EDU che dalla Corte Costituzionale italiana.

### *4. I riformati artt. 81, 87, 117 e 119 della Costituzione italiana e l'introduzione di una (apparentemente) inderogabile regola contabile per la pubblica amministrazione.*

Come precedentemente accennato il diritto all'istruzione delle persone con disabilità, soprattutto nei casi più gravi, richiede un non trascurabile sforzo economico-organizzativo da parte della pubblica amministrazione. L'abbandono del modello di *welfare* keynesiano, in favore di un modello di assistenza neo-liberale, ha creato uno scompenso tra le necessità dei singoli soggetti "deboli", i cui diritti fondamentali sono riconosciuti a livello nazionale ed internazionale, e la necessità di perseguire un equilibrio di bilancio inserito in Costituzione.
Il modello di assistenza neo-liberale adottato in Italia, basato sul pareggio di bilancio e su una forte "razionalizzazione" della spesa pubblica, ha le sue radici storiche nella fine del XXI secolo ma ha avuto la sua consacrazione definitiva con la revisione degli artt. 81, 97, 117 e 119 della Costituzione apportata dalla legge costituzionale n. 1/2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 23 aprile 2012.
L'esigenza di introdurre regole, siano esse costituzionali o legislative, all'interno degli ordinamenti nazionali, al fine di garantire il rispetto dei valori di riferimento del disavanzo e del debito stabiliti a livello europeo, non deriva dalle disposizioni delineate nei Trattati sull'unione economica e monetaria; deriva, invece, dagli obblighi delineati in vari strumenti introdotti come parte del recente quadro di governance economica europea.
In seguito alla crisi finanziaria del sistema bancario, propagatasi dagli USA al Vecchio Continente nel 2008, i Capi di Stato e di Governo dell'area euro hanno

[18] Creare domanda di lavoro e sostegno alla domanda di consumo. Crescita economica attraverso investimenti e sviluppo del pubblico. Assistenza sociale universalistica a base nazionale, assicurazioni sociali a supporto del reddito e indennità di disoccupazione.
[19] Rigore di bilancio, moderazione salariale, politica monetarie per ridurre l'inflazione; competitività delle imprese. Deregolamentare il mercato del lavoro e aumentare l'offerta di lavoro. Assistenza sociale residuale (riducendo le indennità di disoccupazione) e più incentivi al lavoro (*workfare*). Privatizzazione dei servizi e capitalizzazione degli schemi pensionistici.


ISSN 2036-7821

adottato, l'11 marzo 2001, il "Patto europlus", avallato dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011[20]; tale patto aveva come fine quello di mettere a punto strumenti per prevenire casi di instabilità finanziaria di un determinato Stato dovuti ad un eccessivo indebitamento.

Gli Stati sottoscrittori del suddetto patto, alcuni appartenenti all'area euro e altri unicamente membri dell'UE, hanno assunto l'obbligo di recepire, nelle Costituzioni o nelle legislazioni nazionali, le regole del Patto di stabilita' e crescita[21].

Piena libertà è stata lasciata agli Stati riguardo le modalità di recezione purché fosse assicurata la natura vincolante delle norme derivanti dal patto e la loro applicabilità a livello nazionale e subnazionale.

Successivamente la direttiva 2011/85/UE[22] ha stabilito i requisiti minimi onde garantire il rispetto da parte degli Stati membri dell'obbligo di evitare disavanzi pubblici eccessivi derivante dal Trattato[23].

Il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance nella Unione economica e monetaria[24], cosiddetto Fiscal compact, è stato concordato separatamente dai Trattati. L'articolo 3 di questo patto obbligava le parti contraenti ad attuare norme vincolanti e durature, preferibilmente di natura costituzionale, entro un anno dall'entrata in vigore del trattato. Tali norme garantiscono il rispetto della procedura di bilancio nazionale, oltre agli obblighi esistenti ai sensi del diritto dell'UE.

L'introduzione nella Carta costituzionale del principio di pareggio di bilancio e della sostenibilità del debito delle pubbliche amministrazioni, derivante dalle fonti sovranazionali testé elencate, è avvenuto attraverso la legge costituzionale n. 1/2012.

Il legislatore ha effettuato una estesa riscrittura dell'art. 81 e ha inoltre proceduto a

[20] Il "Patto europlus" non ha natura vincolante, sebbene, in quanto adottato da Capi di Stato e di Governo, è fonte di impegni al massimo livello politico di ciascuno Stato.

[21] Istituito nel 1997 il Patto di Stabilità e Crescita (PSC) è un accordo internazionale tra gli Stati membri dell'Unione Europea. Il suo scopo è quello di regolamentare e monitorare le politiche di bilancio pubblico di questi Stati, assicurandone il rispetto dei criteri di adesione all'Eurozona e sostenendo il processo di integrazione monetaria in corso avviato dal Trattato di Maastricht nel 1992. Le linee guida applicative del Patto sono state successivamente riviste nel 2011 attraverso l'attuazione del Six Pack e l'introduzione del semestre europeo.

[22] Direttiva del Consiglio dell'8 novembre 2011 relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

[23] La direttiva ha stabilito l'introduzione di: 1) regole di bilancio numeriche specifiche che indicano i risultati di bilancio come il disavanzo pubblico, il fabbisogno e il debito; 2) strumenti di analisi e monitoraggio; 3) regole riguardanti il pareggio di bilancio tra le autorità dei sottosettori della P.A.

[24] Il Trattato in oggetto prevede: 1) bilancio dello Stato deve essere in pareggio o in attivo; 2) disavanzo strutturale dello Stato deve essere pari all'obiettivo a medio termine specifico per Paese con un deficit che non eccede lo 0,5% del PIL; 3) possibilità di deviare dall'obiettivo a medio termine o dal percorso di aggiustamento unicamente in caso di circostanze eccezionali, eventi inusuali non controllabili dallo Stato o periodi di grave depressione; 4) in caso di rapporto debito pubblico/PIL sotto la soglia del 60% e bassi rischi di sostenibilità a medio termine delle finanze pubbliche il deficit può essere superiore allo 0,5% ma non superare l'1 % del PIL; 5) in caso di deviazioni dal valore di riferimento o dal percorso di aggiustamento l'attivazione di un meccanismo di correzione automatica compreso di un obbligo di mettere in opera misure di correzione della deviazione in un arco di tempo determinato.


ISSN 2036-7821

modificare gli artt. 97, 117 e 119 della Costituzione. Le suddette modifiche prevedono l'approvazione, a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, di una legge "rinforzata" che punta a definire "il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni…nel rispetto dei principi stabiliti con legge costituzionale"; i principi da rispettare in sede di approvazione della suddetta legge sono contenuti nella stessa legge costituzionale n. 1 del 2012.

Il primo comma dell'art. 81 dispone che "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico". L'inserimento della nozione di equilibrio di bilancio è rispettosa delle normative europee e degli accordi internazionali precedentemente esaminati i quali obbligano a prendere in considerazione il contesto recessivo o espansivo dell'economia nazionale e non indicano il mero pareggio contabile tra entrate e spese come soddisfacente "regola di bilancio".

Il secondo comma prevede che: "Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.". Nelle fasi in cui le condizioni economiche sono influenzate negativamente, è possibile indebitarsi, come previsto dalla normativa europea, per compensare le diminuzioni delle entrate (si pensi all'Iva) e gli aumenti di spesa legati ai sistemi automatizzati. che vigilano sul funzionamento degli ammortizzatori sociali (ad esempio la cassa integrazione). In questi casi, non riuscire a mitigare gli effetti negativi sull'economia e optare invece per riduzioni della spesa o aumenti del reddito porterebbe ad amplificare gli effetti negativi sull'economia. Il deficit di bilancio è determinato in questo modo; è destinato ad essere compensato dall'avanzo di bilancio, che è uguale al deficit e di natura opposta (maggiori entrate e minori spese). Nel tempo, il bilancio sarà mantenuto in pareggio. Ciò è vero, almeno in teoria, perché l'esperienza indica che la transizione da un ciclo economico positivo a uno negativo con effetto compensatorio non è comune.

Il terzo e il quarto comma alterano significativamente il modo in cui le leggi di bilancio e di spesa vengono definite dall'assemblea costituzionale.

Il terzo comma dispone che "Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte". Ciò fa sì che la legge di bilancio, come tutte le altre leggi, sia soggetta all'obbligo di copertura. È stata completamente abbandonata l'idea della legge di bilancio come puramente formale, ma è stata riconosciuta la capacità della legge di aumentare o diminuire la spesa, aumentando o diminuendo allo stesso tempo le entrate. Ciò facilita il raggiungimento di una legge di bilancio che sia innanzitutto di carattere finanziario; inoltre, nella riformulazione del comma,


ISSN 2036-7821

il termine "indica" è stato sostituito dal più pertinente "provvede", che riproponeva quella che era, in prima istanza, la decisione dell'Assemblea Costituente.
Il quarto comma prevede che "Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo", esso ripropone letteralmente il primo comma dell'originario articolo 81 salvo poi disporre che l'approvazione del bilancio e del rendiconto consuntivo da parte delle Camere deve avvenire "con legge". Appare evidente il carattere sostanziale della legge di bilancio. L'iniziativa legislativa sul bilancio è riservata interamente al Governo, mentre alle Camere viene concessa la potestà di modificare ed integrare il testo proposto senza eccedere i vincoli posti dai criteri di formazione del bilancio dello Stato.
Il quinto comma replica il testo originario del secondo comma dell'articolo 81 disponendo che "L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi". Le innovazioni riguardanti il bilancio dello Stato e il conseguente nuovo assetto costituzionale da esse derivanti non hanno riguardato unicamente l'art. 81 della Costituzione.
L'art. 97 è stato oggetto di revisione, nello specifico, il suo primo comma, prevede che "Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico". Tale dettato sottolinea che l'equilibrio del bilancio e la sostenibilità del debito pubblico sono principi imperativi per ogni livello della pubblica amministrazione.
L'articolo 119 precisa che l'"autonomia finanziaria, in materia di entrata e di spesa" degli enti locali e delle regioni si persegue "nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci" e coadiuvando nell' "assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea". Il rispetto dell'equilibrio di bilancio si qualifica come vincolo interno per enti locali e regioni; ciò sottolinea l'importanza dei sopracitati principi che riguardano lo Stato nella sua interezza fino alle sue propaggini più periferiche.
Le autorità locali possono registrare un disavanzo per finanziare i propri investimenti, a condizione che quest'ultimo sia compensato da un avanzo di bilancio di altre autorità locali della medesima area.
L'articolo 117 è stato modificato per porre l'"armonizzazione dei bilanci pubblici", che in precedenza era di competenza concorrente dello Stato e delle Regioni, sotto l'esclusiva autorità legislativa dello Stato. Anche questa modifica ha il fine di garantire l'equilibrio del bilancio pubblico.
Questo breve excursus ha il fine di fornire una rapida e generale disamina della legislazione costituzionale italiana riguardante il bilancio pubblico a livello centrale e periferico.


ISSN 2036-7821

***5. Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità in relazione alle modalità di gestione della spesa pubblica.***

La sentenza della prima sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 10 settembre 2020 - Ricorso n. 59751/15 - Causa G.L. contro l'Italia - ha dichiarato la non conformità, alle disposizioni della CEDU, delle riduzioni all'assistenza scolastica di soggetti minori con disabilità grave basati su ragioni di bilancio.

La Corte censura, all'unanimità, l'Italia circa la violazione degli artt. 14 (divieto di discriminazione) della CEDU e 2 (diritto all'istruzione) del Protocollo addizionale.

La causa ha ad oggetto l'impossibilità per la ricorrente, una ragazza cui è stata diagnosticata una forma grave di autismo con assenza di linguaggio verbale, di beneficiare di un sostegno scolastico specializzato nel corso dei primi due anni di scuola elementare (2010/2011 e 2011/2012).

Fin dal suo ingresso alla scuola materna nel 2007, la ricorrente ha sempre beneficiato, a causa del suo handicap, conformemente all'art. 13 della legge n. 104 del 1992, di un accompagnamento di ventiquattro ore a settimana fornito da un insegnante di sostegno, e di un'assistenza specializzata.

Il servizio di assistenza specializzata ha il fine di aiutare i bambini con disabilità a sviluppare la loro autonomia e le loro capacità di comunicazione personale, di migliorare il loro apprendimento, la loro vita relazionale e la loro integrazione scolastica, per evitare che siano emarginati. Quindi, l'assistente specializzato era incaricato di migliorare l'inclusione e la socializzazione della ricorrente a scuola e in classe, nonché la sua autonomia[25].

---

[25] La legge-quadro n. 104 del 5 febbraio 1992 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate («la legge n. 104 del 1992») contiene le seguenti disposizioni:

Articolo 3 – Soggetti aventi diritto

«1. È persona handicappata colui che presenta una minorazione fisica, psichica o sensoriale, stabilizzata o progressiva, che è causa di difficoltà di apprendimento, di relazione o di integrazione lavorativa e tale da determinare un processo di svantaggio sociale o di emarginazione.

(...)»

Articolo 8 – Inserimento e integrazione sociale

«L'inserimento e l'integrazione sociale della persona handicappata si realizzano mediante:

(...)

d) provvedimenti che rendano effettivi il diritto all'informazione e il diritto allo studio della persona handicappata, con particolare riferimento alle dotazioni didattiche e tecniche, ai programmi, a linguaggi specializzati, alle prove di valutazione e alla disponibilità di personale appositamente qualificato, docente e non docente.

(...)»

Articolo 12 – Diritto all'educazione e all'istruzione

«(...)

È garantito il diritto all'educazione e all'istruzione della persona handicappata nelle sezioni di scuola materna, nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado e nelle istituzioni universitarie.

L'integrazione scolastica ha come obiettivo lo sviluppo delle potenzialità della persona handicappata nell'apprendimento, nella comunicazione, nelle relazioni e nella socializzazione.


ISSN 2036-7821

Durante il suo primo anno di scuola elementare (2010-2011), la ricorrente non beneficiò più di questa assistenza specializzata e, al termine dell'anno scolastico, fu deciso di farle ripetere il corso preparatorio («CP»). Il 10 agosto 2011, in vista dell'inizio del nuovo anno scolastico, i genitori della ricorrente chiesero al comune di Eboli di fare in modo che la loro figlia beneficiasse dell'assistenza specializzata

---

L'esercizio del diritto all'educazione non può essere impedito da difficoltà di apprendimento né da altre difficoltà derivanti dalle disabilità connesse all'handicap.

Successivamente all'accertamento della condizione di disabilità delle bambine e dei bambini, delle alunne e degli alunni, delle studentesse e degli studenti ai sensi dell'articolo 3, è redatto un profilo di funzionamento secondo i criteri del modello bio-psico-sociale della Classificazione Internazionale del Funzionamento, della Disabilità e della Salute (ICF) adottata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS), ai fini della formulazione del progetto individuale di cui all'articolo 14 della legge 8 novembre 2000, n. 328, nonché per la predisposizione del Piano Educativo Individualizzato (PEI).

(...)»

Articolo 13 – Integrazione scolastica

«1. L'integrazione scolastica della persona handicappata nelle sezioni e nelle classi comuni delle scuole di ogni ordine e grado e nelle università si realizza, fermo restando quanto previsto dalle leggi 11 maggio 1976, n.360, e 4 agosto 1977, n. 517, e successive modificazioni, anche attraverso:

a) la programmazione coordinata dei servizi scolastici con quelli sanitari, socio-assistenziali, culturali, ricreativi, sportivi e con altre attività sul territorio gestite da enti pubblici o privati. A tale scopo gli enti locali, gli organi scolastici e le unità sanitarie locali, nell'ambito delle rispettive competenze, stipulano gli accordi di programma di cui all'articolo 27 della legge 8 giugno 1990, n.142. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della pubblica istruzione, d'intesa con i Ministri per gli affari sociali e della sanità, sono fissati agli indirizzi per la stipula degli accordi di programma. Tali accordi di programma sono finalizzati alla predisposizione, attuazione e verifica congiunta di progetti educativi, riabilitativi e di socializzazione individualizzati, nonché a forme di integrazione tra attività scolastiche e attività integrative extrascolastiche. Negli accordi sono altresì previsti i requisiti che devono essere posseduti dagli enti pubblici e privati ai fini della partecipazione alle attività di collaborazione coordinate.

b) la dotazione alle scuole e alle università di attrezzature tecniche e di sussidi didattici nonché di ogni forma di ausilio tecnico, ferma restando la dotazione individuale di ausili e presidi funzionali all'effettivo esercizio del diritto allo studio, anche mediante convenzioni con centri specializzati, aventi funzione di consulenza pedagogica, di produzione e adattamento di specifico materiale didattico.

(...)

2. Per le finalità di cui al comma 1, gli enti locali e le unità sanitarie locali possono altresì prevedere l'adeguamento dell'organizzazione e del funzionamento degli asili nido alle esigenze dei bambini con handicap, al fine di avviarne precocemente il recupero, la socializzazione e l'integrazione, nonché l'assegnazione di personale docente specializzato e di operatori ed assistenti specializzati.

3. Nelle scuole di ogni ordine e grado, fermo restando, ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977, n. 616, e successive modificazioni, l'obbligo per gli enti locali di fornire l'assistenza per l'autonomia e la comunicazione personale1 degli alunni con handicap fisici o sensoriali, sono garantite attività di sostegno mediante l'assegnazione di docenti specializzati.

4. I posti di sostegno per la scuola secondaria di secondo grado sono determinati nell'ambito dell'organico del personale in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge in modo da assicurare un rapporto almeno pari a quello previsto per gli altri gradi di istruzione e comunque entro i limiti delle disponibilità finanziarie all'uopo preordinate dall'articolo 42, comma 6, lettera h.

(...)

6. Gli insegnanti di sostegno assumono la contitolarità delle sezioni e delle classi in cui operano, partecipano alla programmazione educativa e didattica e alla elaborazione e verifica delle attività di competenza dei consigli di interclasse, dei consigli di classe e dei collegi dei docenti.

(...)»


ISSN 2036-7821

prevista dall'articolo 13 della legge n. 104 del 1992. In assenza di una risposta da parte delle autorità municipali, reiterarono la loro richiesta il 30 gennaio 2012. Il 21 febbraio 2012, tenuto conto del silenzio dell'amministrazione comunale, i genitori della ricorrente chiesero l'accesso al fascicolo della figlia. A partire da gennaio 2012, pagarono un'assistenza specializzata privata affinché la loro figlia potesse beneficiare, nonostante tutto, di un sostegno scolastico. Il 19 marzo 2012 l'amministrazione comunale, fece loro sapere che sarebbe stato difficile rimettere in atto un'assistenza specializzata pubblica, in quanto quest'ultima era stata prevista solo fino alla fine dell'anno 2011, ma che si poteva comunque sperare che la ricorrente ne avrebbe beneficiato quanto prima – cosa che non avvenne.

Il Governo sostiene che la ricorrente ha ricevuto un sostegno di cui si è fatta carico la scuola. A tale riguardo produce un documento firmato dal direttore dell'istituto scolastico, nel quale si afferma che, poiché la ricorrente non aveva potuto beneficiare di servizi educativi specializzati durante gli anni 2010-2011 e 2011-2012, la scuola le ha fornito un'assistenza di base e un aiuto fisico, e ha incaricato alcuni dei suoi impiegati di fornire assistenza materiale agli insegnanti. A sostegno delle sue affermazioni, il Governo allega una fattura di 476,56 euro (EUR).

La ricorrente ritiene che i documenti prodotti dal Governo non consentano di stabilire la veridicità di tali affermazioni. Osserva innanzitutto che questi documenti non specificano che tipo di assistenza è stata fornita, quali attività sono state svolte, o se le persone interessate fossero competenti e qualificate per occuparsi di un bambino autistico. In secondo luogo, la ricorrente ritiene che l'importo delle spese attestate (476,56 EUR per sei dipendenti, ossia un costo medio di 80 EUR per dipendente e per anno) dimostri che il sostegno in questione non può certamente essere considerato permanente.

Il 15 maggio 2012 i genitori della ricorrente, agendo in nome e per conto di quest'ultima, si rivolsero al tribunale amministrativo della regione Campania («il TAR»), lamentando che la loro figlia non poteva beneficiare dell'assistenza specializzata a cui aveva diritto ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 104 del 1992, e chiedendo al tribunale di constatare il mancato rispetto di questo diritto e condannare l'amministrazione a indennizzare la loro figlia.

Con sentenza del 27 novembre 2012, il TAR respinse questo ricorso ritenendo che il comune avesse avviato le pratiche necessarie in tempo utile e tenendo conto del fatto che la regione aveva dovuto far fronte a una riduzione delle risorse stanziate dallo Stato.

I genitori della ricorrente impugnarono questa sentenza dinanzi al Consiglio di Stato. Con sentenza depositata in cancelleria il 26 maggio 2015, il Consiglio di Stato respinse il loro ricorso ritenendo che la richiesta di risarcimento fosse vaga e non dimostrasse un nesso causale tra la mancanza di assistenza specializzata e il presunto


ISSN 2036-7821

danno. Il Consiglio di Stato ritenne anche che la regione non potesse essere considerata responsabile in quanto aveva dovuto far fronte a una riduzione delle risorse stanziate dallo Stato. Considerò che non fosse necessario accordare ai genitori della ricorrente il rimborso delle spese da loro sostenute per pagare un'assistenza specializzata privata, escludendo ogni addebito all'amministrazione comunale. Infine, per quanto riguarda la richiesta di condanna del comune di Eboli a fornire l'assistenza prevista dalla legge, rammentò che il giudice poteva emettere nei confronti dell'amministrazione comunale un'ingiunzione di fare solo quando la causa rientrava nella competenza esclusiva della giurisdizione amministrativa, ma non era questo il caso.

Il nucleo del ricorso consiste nell'affermazione secondo la quale, quest'ultima, avrebbe subito un trattamento discriminatorio, e ritiene pertanto doversi esaminare la causa anzitutto dal punto di vista dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n. 1, fermo restando che il campo di applicazione dell'articolo 14 della Convenzione comprende non soltanto il divieto della discriminazione basata sull'handicap, ma anche l'obbligo per gli Stati di assicurare «degli accomodamenti ragionevoli» che possano correggere le ineguaglianze di fatto che, non potendo essere giustificate, costituirebbero una discriminazione.

La Corte osserva in via preliminare che il sistema giuridico italiano garantisce il diritto all'istruzione dei bambini affetti da handicap attraverso un'istruzione inclusiva all'interno delle scuole comuni. In Italia, tutti i bambini sono scolarizzati in un unico tipo di istituto scolastico per tutta la durata della scuola dell'obbligo: i bambini affetti da handicap sono integrati nelle classi ordinarie della scuola pubblica, e lo Stato ha creato dei servizi psico-pedagogici che devono assicurare la presenza in queste classi di un insegnante detto «di sostegno», che coordina l'azione degli assistenti e collabora con l'insegnante che ha in carico la classe, condividendone la responsabilità. Se la situazione dell'alunno lo necessita, sono previsti altri professionisti, come gli assistenti all'autonomia e alla comunicazione, che hanno il compito «di eliminare le barriere percettive e sensoriali», e gli assistenti educativi, che accompagnano l'alunno allo scopo di favorire l'autonomia e la socializzazione.

Nella presente causa, la ricorrente, una bambina affetta da autismo non verbale, ha affermato di non avere potuto beneficiare dell'assistenza specializzata prevista dalla legge.

Il compito della Corte è dunque di verificare se le autorità nazionali abbiano effettivamente adempiuto gli obblighi posti a loro carico in virtù dell'articolo 14 della Convenzione, in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n. 1 alla Convenzione, nei confronti della ricorrente entro i limiti del loro margine di apprezzamento, e se abbiano messo in atto delle soluzioni ragionevoli allo scopo di


ISSN 2036-7821

assicurarle il godimento dei suoi diritti sanciti dall'articolo 2 del Protocollo n. 1 in combinato disposto con l'articolo 14.
La Corte osserva, nel caso di specie, che, al momento dei fatti, varie disposizioni legislative (nazionali e sovranazionali) sancivano il diritto dei bambini affetti da handicap all'istruzione e a essere tutelati contro la discriminazione.
La Corte sottolinea che, prevedendo l'inclusione dei bambini portatori di handicap negli istituti scolastici comuni, il legislatore nazionale ha operato una scelta che rientra nel suo margine di apprezzamento. Essa osserva che, nel caso di specie, dai documenti del fascicolo risulta che, sebbene la legge prevedesse in maniera astratta la messa in atto di «accomodamenti» ragionevoli senza lasciare, a tale riguardo, il minimo margine di manovra all'amministrazione, le autorità nazionali competenti non hanno precisato concretamente in quale modo tali accomodamenti avrebbero dovuto essere messi in atto dal 2010 al 2012, e che in questo modo la ricorrente non ha beneficiato, durante tale periodo, di un'assistenza specializzata corrispondente alle sue esigenze didattiche specifiche.
Ribadendo che la Convenzione è volta a garantire diritti concreti ed effettivi, la Corte rammenta che, nel contesto della presente causa, essa deve tenere conto dell'evoluzione del diritto internazionale ed europeo e rispondere, ad esempio, al consenso che eventualmente emerga a questi livelli per quanto riguarda gli standard da raggiungere nel settore in questione.
La Corte considera, perciò, che l'articolo 14 della Convenzione debba essere interpretato alla luce delle condizioni enunciate nei testi sopra menzionati, e soprattutto della CRDPH[26]. Ai sensi di tale strumento, gli «accomodamenti ragionevoli» che le persone affette da handicap hanno il diritto di attendersi sono «le modifiche e gli adattamenti necessari e appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo» adottati «ove ve ne sia necessità in casi particolari» per garantire a tali persone «il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali», e la discriminazione fondata sull'handicap «comprende tutte le forme di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole». In effetti, le misure suddette hanno lo scopo di correggere delle ineguaglianze di fatto.
Non è onere della Corte definire gli «accomodamenti ragionevoli» che possono assumere diverse forme, sia materiali che immateriali – da mettere in atto nel campo dell'istruzione per rispondere alle esigenze educative delle persone affette da handicap, e le autorità nazionali si trovano in una posizione migliore per farlo rispetto alla Corte. È importante, tuttavia, che gli Stati siano particolarmente attenti alle scelte che operano in questo ambito, tenuto conto dell'impatto che tali scelte hanno sui bambini con disabilità, la cui vulnerabilità particolare non può essere

[26] Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées


ISSN 2036-7821

ignorata.
Nella fattispecie, la Corte deve dunque verificare, tenuto conto del fatto che lo Stato aveva previsto di offrire un'istruzione inclusiva ai bambini affetti da handicap, se l'amministrazione avesse dei motivi validi per privare la ricorrente dell'accesso all'assistenza specializzata.
Il Governo ha fondato la sua tesi principalmente sull'argomentazione secondo la quale a causa dell'assegnazione degli unici fondi disponibili alle necessità delle persone affette da SLA, le autorità non disponevano di risorse finanziarie che potessero essere rapidamente destinate al sostegno scolastico. Il Governo afferma inoltre che, in ogni caso, l'amministrazione scolastica ha messo in atto, a proprie spese, un'assistenza specializzata assicurata da alcuni degli impiegati della scuola, senza fornire tuttavia alcuna informazione sulle competenze specifiche di queste persone o sull'aiuto fornito, né alcuna precisazione circa i periodi e le ore interessate.
Tenuto conto delle spiegazioni date dal Governo, la Corte ritiene che non vi siano dubbi sul fatto che la ricorrente non ha potuto continuare a frequentare la scuola elementare in condizioni equivalenti a quelle di cui beneficiavano gli alunni non affetti da handicap, e che tale disparità di trattamento era dovuta alla sua disabilità. Essa non può che constatare che, per due anni scolastici, al di fuori di un'assistenza privata pagata dai genitori della ricorrente e degli interventi di alcuni impiegati della scuola, sui quali il Governo non ha fornito alcuna precisazione, la ricorrente non ha ricevuto l'assistenza specializzata alla quale aveva diritto e che doveva permetterle di beneficiare del servizio educativo e sociale offerto dalla scuola in condizioni di parità con gli altri alunni.
La ricorrente ha adito i giudici amministrativi, che hanno respinto le sue richieste, considerando che la mancanza di risorse economiche giustificasse il fatto che non le fosse stata fornita un'assistenza specializzata, senza verificare se le autorità avessero garantito un giusto equilibrio tra le sue esigenze educative e la capacità limitata dell'amministrazione di farvi fronte, né se la dedotta discriminazione fosse fondata. In particolare, i giudici amministrativi non hanno verificato se le restrizioni di bilancio invocate dall'amministrazione avessero avuto lo stesso impatto sull'offerta formativa per i bambini non affetti da handicap e per quelli affetti da handicap.
La Corte sostiene che, nel caso di specie, le autorità non hanno cercato di determinare le vere necessità della ricorrente e le soluzioni che potessero rispondervi al fine di permetterle di frequentare la scuola elementare in condizioni equivalenti, per quanto possibile, a quelle di cui beneficiavano gli altri bambini senza per questo imporre all'amministrazione un onere sproporzionato o eccessivo.
La Corte ritiene, inoltre, che la discriminazione subita dalla ricorrente sia ancor più grave in quanto è avvenuta nell'ambito dell'insegnamento primario, che fornisce le basi dell'istruzione e dell'integrazione sociale e le prime esperienze di vita sociale – e


ISSN 2036-7821

che è obbligatorio nella maggior parte dei paesi.
Considerati tutti questi elementi, la Corte conclude che, nel caso di specie, il Governo non abbia dimostrato che le autorità nazionali hanno agito con la diligenza richiesta per garantire alla ricorrente il godimento del suo diritto all'istruzione su un piano di parità con gli altri alunni, così da garantire un giusto equilibrio tra gli interessi coesistenti in gioco.
Vi è stata, pertanto, violazione dell'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con l'articolo 2 del Protocollo n. 1.
La sentenza in oggetto è rivoluzionaria in quanto, non solo censura la violazione di diritti fondamentali da parte dello Stato italiano, ma entra anche nel merito delle modalità di gestione del bilancio pubblico, sostenendo, che nel caso in cui ci siano una compressione dei diritti dovuta da fattori economici, essa debba colpire trasversalmente tutte le categorie di soggetti e non unicamente soggetti appartenenti a minoranze (in questo caso persone con disabilità).
Tale principio è stato aspramente criticato in quanto interviene su uno dei poteri principali di uno Stato ovvero la libera gestione delle proprie risorse economiche.
Appare ragionevole ritenere che la suddetta sentenza non incide propriamente sulla potestà di ogni Stato di amministrare autonomamente il proprio bilancio, bensì, introduce un parametro di spesa che ha l'obiettivo di evitare casi di discriminazione siano essi diretti o indiretti.

***6. Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità in relazione alle modalità di gestione della spesa pubblica.***

Con la sentenza n. 80 del 2010 la Corte Costituzionale italiana si è espressa circa la legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008).
Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza del 26 marzo 2009, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 4, primo comma, 10, primo comma, 30, primo e secondo comma, 31, primo comma, 34, primo comma, 35, primo e secondo comma, 38, terzo e quarto comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008).
In punto di fatto, il rimettente riferisce di essere investito dell'appello proposto dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca nei confronti di A.F. e C.G., in proprio e in qualità di genitori esercenti la potestà sulla figlia minore A.J.R, avverso il provvedimento cautelare emesso dal TAR per la Sicilia, sezione staccata di Catania, con il quale si ordinava all'amministrazione il ripristino dell'assegnazione di


ISSN 2036-7821

un docente di sostegno alla indicata minore, per 25 ore settimanali.
La suddetta fase cautelare trae origine dal ricorso proposto dalle indicate parti private avverso il provvedimento con il quale l'amministrazione scolastica, in sede di formazione degli organici, aveva assegnato alla ricorrente, affetta da ritardo psicomotorio e crisi convulsive da encefalopatia grave, un docente solo per 12 ore settimanali.
Il citato provvedimento comprometteva, a parere dei ricorrenti, il diritto del disabile ad una effettiva assistenza didattica; diritto tutelato dalla Costituzione e da norme internazionali.
Il giudice a quo riporta l'art. 40 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), che assicura l'integrazione scolastica degli alunni disabili con interventi adeguati al tipo ed alla gravità dell'handicap, compreso il ricorso all'ampia flessibilità organizzativa e funzionale delle classi, nonché la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato insegnanti di sostegno in deroga al rapporto docenti ed alunni, indicato al comma 3 della suddetta disposizione, in presenza di handicap particolarmente gravi.
In particolare, il citato art. 40 non generalizza tutti i casi di disabilità, ma si ispira al diverso principio secondo il quale ciascun intervento deve tener conto del grado e della tipologia di deficit di cui è portatore il singolo individuo, ponendosi, in tal modo, in linea di continuità con quanto già previsto dagli artt. 3, 12, 16 e 17 della legge n. 104 del 1992, in ambito di istruzione e di formazione professionale dei disabili.
Il rimettente osserva che le disposizioni censurate hanno soppresso il trattamento in deroga previsto dall'art. 40, in tal modo contraddicendo la ratio che aveva caratterizzato l'indirizzo normativo sopra riportato, in ragione del quale ad un maggiore livello di disabilità deve corrispondere un maggior grado di assistenza, al fine di consentire al disabile di superare il suo svantaggio e di porlo in condizione di parità con gli altri.
La conclusione di tale iter argomentativo comporta, a parere del rimettente, che le disposizioni censurate, nel sottoporre ad un'unica disciplina tutti i disabili, non garantiscono a quelli che versano in condizioni di maggiore gravità il diritto alla integrazione scolastica.
Il rimettente ritiene che le norme censurare contrastino con la giurisprudenza costituzionale secondo la quale l'esercizio di ogni diritto, anche se costituzionalmente garantito, può essere regolato e limitato dal legislatore, sempre che ciò sia compatibile con la funzione del diritto di cui si tratta e non si traduca in una sostanziale elusione dello stesso.
Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, dubita della legittimità costituzionale dell'art. 2, commi 413 e 414, della legge 24 dicembre 2007, n.


ISSN 2036-7821

244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008), nella parte in cui, rispettivamente, fissano un limite al numero degli insegnanti di sostegno e aboliscono la possibilità di assumere con contratto a tempo determinato i suddetti insegnanti, in deroga al rapporto docenti ed alunni indicato dall'art. 40, comma 3, della legge n. 449 del 1997, in presenza di disabilità particolarmente gravi.

Ad avviso del giudice rimettente le norme censurate violerebbero gli artt. 2, 3, 38, terzo e quarto comma, della Costituzione, in quanto, in contrasto con i valori di solidarietà collettiva nei confronti dei disabili gravi, ne impedirebbero «il pieno sviluppo, la loro effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese» ed introdurrebbero «un regime discriminatorio illogico e irrazionale» che non terrebbe conto del diverso grado di disabilità di tali persone, incidendo così sul nucleo minimo dei loro diritti.

Sarebbero, altresì, violati gli artt. 4, primo comma, 35, primo e secondo comma, in relazione all'art. 38, terzo comma, Cost., in quanto da tale violazione deriverebbe l'impossibilità per il disabile grave di conseguire «il livello di istruzione obbligatoria prevista», «quello superiore» e «l'avviamento professionale propedeutico per l'inserimento nel mondo del lavoro».

Le disposizioni statali sopra indicate sono, inoltre, sospettate d'illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 10, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 2, 3, 4, 35 e 38 Cost., in quanto si porrebbero in contrasto con «i principi (recte: norme) di diritto internazionale generalmente riconosciute a favore dei disabili», nonché con il diritto del disabile al pieno sviluppo della sua personalità (art. 2), con il principio di non discriminazione (art. 3), con il diritto all'educazione e all'inserimento nel mondo del lavoro (art. 38).

Infine, le norme censurate sono ritenute di dubbia compatibilità con gli artt. 34, primo comma, e 38, terzo e quarto comma, Cost., in relazione agli artt. 30, primo e secondo comma, e 31, primo comma, Cost., in quanto vanificano «per i disabili gravi la possibilità di accedere alla istruzione in tutte le sue forme e funzioni e disconosc[ono] gli obblighi in tal senso costituzionalmente previsti a carico dello Stato anche in funzione suppletiva della famiglia».

Appare opportuno precisare che ciascun disabile è coinvolto in un processo di riabilitazione finalizzato ad un suo completo inserimento nella società; processo all'interno del quale l'istruzione e l'integrazione scolastica rivestono un ruolo di primo piano.

Pertanto, il diritto del disabile all'istruzione (come si evince dall'analisi precedentemente effettuata dell'ordinamento nazionale e sovranazionale) si configura come un diritto fondamentale. La fruizione di tale diritto è assicurata, in particolare, attraverso «misure di integrazione e sostegno idonee a garantire ai


ISSN 2036-7821

portatori di handicaps la frequenza degli istituti d'istruzione» (sentenza n. 215 del 1987).

Tra le varie misure previste dal legislatore viene in rilievo quella del personale docente specializzato, chiamato per l'appunto ad adempiere alle «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno» a favore degli alunni diversamente abili (sentenza n. 52 del 2000).

Sempre nell'ottica di apprestare un'adeguata tutela dei disabili, in particolare per quelli che si trovano in una condizione di gravità, il legislatore, con la legge 27 dicembre 1997, n. 449 (Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica), all'art. 40, comma 1, ha previsto la possibilità di assumere, con contratti a tempo determinato, insegnanti di sostegno in deroga al rapporto alunni-docenti stabilito dal successivo comma 3. Il criterio numerico indicato dalla disposizione da ultimo richiamata è stato poi sostituito con il principio delle «effettive esigenze rilevate», introdotto dall'art. 1, comma 605, lett. b), della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007).

Le disposizioni censurate che prevedono, da un lato, un limite massimo nella determinazione del numero degli insegnanti di sostegno e, dall'altro, l'eliminazione della citata possibilità di assumerli in deroga, si pongono in contrasto con il riportato quadro normativo internazionale, costituzionale e ordinario, nonché con la consolidata giurisprudenza di questa Corte a protezione dei disabili fin qui richiamata.

È vero che, secondo costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore nella individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili gode di discrezionalità (da ultimo, ex plurimis, sentenze n. 431 e 251 del 2008, ordinanza n. 269 del 2009). Si deve tuttavia riaffermare che, sempre secondo la giurisprudenza di questa Corte, detto potere discrezionale non ha carattere assoluto e trova un limite nel «[…] rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» (sentenza n. 251 del 2008 che richiama sentenza n. 226 del 2000).

Risulta, pertanto, evidente che le norme impugnate hanno inciso proprio sull'indicato «nucleo indefettibile di garanzie» che questa Corte ha già individuato quale limite invalicabile all'intervento normativo discrezionale del legislatore.

La scelta operata da quest'ultimo, in particolare quella di sopprimere la riserva che consentiva di assumere insegnanti di sostegno a tempo determinato, non trova alcuna giustificazione nel nostro ordinamento, posto che detta riserva costituisce uno degli strumenti attraverso i quali è reso effettivo il diritto fondamentale all'istruzione del disabile grave.

La ratio della norma, che prevede la possibilità di stabilire ore aggiuntive di sostegno, è, infatti, quella di apprestare una specifica forma di tutela ai disabili che si


ISSN 2036-7821

trovino in condizione di particolare gravità; si tratta dunque di un intervento mirato, che trova applicazione una volta esperite tutte le possibilità previste dalla normativa vigente e che, giova precisare, non si estende a tutti i disabili a prescindere dal grado di disabilità, bensì tiene in debita considerazione la specifica tipologia di handicap da cui è affetta la persona de qua.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, le disposizioni impugnate si appalesano irragionevoli e sono, pertanto, illegittime nella parte in cui, stabilendo un limite massimo invalicabile relativamente al numero delle ore di insegnamento di sostegno, comportano automaticamente l'impossibilità di avvalersi, in deroga al rapporto tra studenti e docenti stabilito dalla normativa statale, di insegnanti specializzati che assicurino al disabile grave il miglioramento della sua situazione nell'ambito sociale e scolastico.

La portata della sentenza in esame da parte della Corte Costituzionale è di particolare rilievo; viene infatti sottratta la possibilità al legislatore di compiere scelte di bilancio che vadano a comprimere incidere su quel nucleo di diritti considerati fondamentali e portanti dalla nostra Carta Costituzionale e dal diritto internazionale.

### *7. Considerazioni conclusive riguardo equilibrio di bilancio e diritto all'istruzione delle persone con disabilità.*

La fondamentale importanza dell'istruzione nella società è stata a più riprese sottolineata nel presente scritto; tale importanza risulta ancora più marcata per i minori con disabilità, sia essa grave o modesta, in quanto momento di confronto e di inserimento nella società.

La nostra Repubblica ha coraggiosamente optato per un sistema educativo inclusivo nel quale i soggetti con disabilità e i "normodotati" condividono non solo gli spazi fisici, ma anche esperienze ed idee.

Tale processo di integrazione presenta sicuramente delle criticità di ordine assistenziale in base anche alla gravità della disabilità di ciascun soggetto; tali criticità è previsto vengano affrontate a livello sistemico da professionisti con specifiche competenze il cui compito è assistere il soggetto con disabilità nel suo percorso educativo.

Nelle sentenze precedentemente analizzate si comprende come l'istruzione di soggetti con disabilità sia considerata, da fonti nazionali e sovranazionali, un diritto fondamentale incomprimibile che non ammette discriminazioni di nessuna tipologia siano esse dirette o indirette.

La suddetta importanza arriva a vincolare uno dei momenti di massima espressione di potere del legislatore, la redazione del bilancio.


ISSN 2036-7821

Nessuna compressione assistenziale, dovuta a valutazioni politiche di opportunità economica, può, infatti, essere prevista riguardo l'istruzione dei minori con disabilità.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Teoria e prassi sull'utilizzo di sistemi artificiali all'interno della P.A., modelli di imputazione e prospettive

di **Carmine Filicetti**

(Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Messina)

## Sommario

1. Considerazioni introduttive – 2. Il dualismo uomo-macchina - 3. I principi della legalità algoritmica: l'apporto della giustizia amministrativa - 4. Imputazione della responsabilità algoritmica – 5. La responsabilità lungo la catena del valore dell'IA - 6. Il contributo del legislatore europeo - 7. Applicazioni future.

## Abstract

The implementation of AI (Artificial Intelligence) in the area of public administration is one of the main innovations that affect the organization of administrative activities and procedures; moreover, it has involved significant changes in the relationship with users of public services. Obviously, these technologies clash with the old systems of responsibility: this paper, moving from the analysis of the role of the machine within public proceedings and attempts to frame the main problems and solutions offered by law.

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


ISSN 2036-7821

## *1. Considerazioni introduttive.*

Le forti spinte sovranazionali[1] utili all'implementazione della digitalizzazione[2] stanno dando vita a modelli organizzativi sempre più caratterizzati dal massivo utilizzo di *disruptive innovation*[3] capaci di riprodurre le sequenze, la percezione, il ragionamento, l'interazione e l'apprendimento. Numerose sono le materie legate alla continua e invadente permeazione delle nuove tecnologie all'interno dei più svariati settori: nel 2018, la nota rivista *Science Robotics*, pubblicò un celebre articolo intitolato «*The grand challenges of Science Robotics*»[4], ove si enunciavano le principali sfide da sottoporre dell'umanità riguardo all'applicazione dei sistemi artificiali all'interno

[1] Seppur frutto di un processo europeo avviato ad inizio del XXI secolo (si v. Piano di azione eEurope 2002: impatto e priorità (Comunicazione al Consiglio europeo di primavera Stoccolma 23-24 marzo 2001, 13 marzo 2001, COM (2001) 140 def.) Mario Draghi nel suo Rapporto al Parlamento europeo, *The future of European competitiveness*, del settembre 2024, ha evidenziato come «l'Europa non ha capitalizzato la prima rivoluzione digitale guidata da Internet e ora è anche in ritardo nelle tecnologie digitali rivoluzionarie. Circa il 70% dei modelli di IA di base è stato sviluppato negli USA e solo 3 "hyperscaler" statunitensi rappresentano oltre il 65% del mercato cloud globale ed europeo. Il più grande operatore cloud europeo rappresenta solo il 2% del mercato UE. Il calcolo quantistico è destinato a essere la prossima grande innovazione, ma 5 delle prime 10 aziende tecnologiche a livello mondiale in termini di investimenti quantistici hanno sede negli USA e 4 in Cina (nessuna nell'UE).» Continua il rapporto ritenendo che «l'Europa abbia ancora l'opportunità di capitalizzare le future ondate di innovazione digitale, a cominciare dall'IA generativa, una tecnologia in evoluzione in cui le aziende europee possono ritagliarsi una posizione di leadership in segmenti selezionati. Il rapporto sostiene quindi che l'integrazione "verticale" dell'IA nell'industria europea rappresenta un fattore critico per sbloccare una maggiore produttività».

[2] La sfida nel panorama nazionale è ben nota, già M. S. GIANNINI nel 1979 nel *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, si concentrava su problematiche attinenti al «difficile aggiornamento del progresso tecnologico da parte delle amministrazioni pubbliche» e della mancanza di competenze tecniche specializzate in grado di gestire «elaboratori e sistemi sofisticati»; anche S. Cassese che nel 1993 nel "Rapporto sulle condizioni delle pubbliche amministrazioni", suggeriva di puntare sulle potenzialità della informatizzazione per la macchina amministrativa, per migliorare la tempestività e la flessibilità nello scambio di dati tra le amministrazioni e tra queste e i cittadini. Nei primi anni del duemila, in linea con la spinta europea, si è assistito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 82 del 2005 (CAD), all'introduzione del principio *digital first* (v. G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018) sino ad arrivare all'era post pandemica e alla successiva ripresa consacrata con il PNRR che inserisce la transizione digitale nelle sue *missions*, cfr. L. ZAPPALÀ, *Dalla digitalizzazione della pubblica amministrazione all'amministrazione per algoritmi: luci e ombre dell'effetto disruptive sui rapporti di lavoro*, in Federalismi, 6 novembre 2024.

[3] Nel linguaggio aziendalistico col termine si è soliti indicare quei prodotti o servizi innovativi che, partendo dal basso di un sistema, si radicano nello stesso al punto tale da alterarlo e renderlo dipendente da quella nuova forma di tecnologia introdotta. Sul punto cfr. C. LARSON, *Disruptive innovation theory: what it is & 4 key concepts*, pubblicato in Harvard Business School Online www.online.hbs.edu , il 15 Novembre 2016; C. CHRISTENSEN, R. MCDONALD, E. ALTMAN, J. PALMER, *Disruptive Innovation: An Intellectual History and Directions for Future Research*, Journal of Management Studies, 16 Giugno 2018; J. C. HO, *Disruptive innovation from the perspective of innovation diffusion theory*, in Technology Analysis & Strategic Management, Volume 34, 2022 - Issue 4; C. CHRISTENSEN, J. BOWER, *Disruptive technologies: catching the wave, Harvard Business School Review*, 1995, pp. 2 ss; K. DILLON, *Disruption 2020: An Interview With Clayton M. Christensen*, pubblicato il 4 febbraio 2020 in www.sloanreview.mit.edu. In seguito, la teoria è risultata applicabile anche ai modelli aziendali, si v. L. MACI, *Disruptive innovation: significato e breve storia dell'approccio all'innovazione che travolge le aziende*, pubblicato in www.economyup.it, il 12 febbraio 2020.

[4] G.Z. YANG, J. BELLINGHAM, P.E. DUPONT, e.a., *The grand challenges of Science Robotics, in Science Robotics*, Gennaio 2018, pp. 1-14.


ISSN 2036-7821

delle diverse aree della società e dei saperi.

Lo scritto, nelle *challenge*, si sofferma su svariati aspetti di applicazione delle tecnologie che spaziano dallo sviluppo di nuovi materiali, alla produzione e progettazione di robot con capacità tipiche degli esseri umani, all'implemento di tecniche capaci di meglio generare e conservare energia, alla necessità di specificare le abilità con cui i robot esplorano e si adattano agli ambienti in cui si muovono, alle competenze sociali da impartire ad esseri automatizzati. Il contesto si è ulteriormente acuito nell'era post pandemica ove si è avuta una smodata diffusione e utilizzazione di modelli generativi di intelligenza artificiale (IA)[5], sempre più integrata nelle attività di svariati settori finanche, a titolo esemplificativo, alla comparizione di robot umanoidi capaci di svolgere attività basiche[6].

In tale scenario affascinante è il richiamo allo scrittore Isaac Asimov, ideatore dei romanzi di fantascienza più famosi al mondo, che immaginava un mondo futuristico ove venivano stabilite tre regole fondamentali cui dovevano soggiacere tutte le forme di entità robotizzate[7]. Tali precetti immaginari, ma allo stesso tempo plausibili, gravitavano attorno all'assunto che il creatore di un robot non poteva in nessun caso subire delle ritorsioni da parte della macchina o utilizzarla, dolosamente, al fine di compiere danno all'essere umano. Nell'era contemporanea, che sempre più si è approssimata ai romanzi futuristici del secolo scorso, i problemi pratici legati

[5] L'art. 3 del Regolamento UE 2024/1689 (AI Act) definisce un sistema di IA come «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali». Definizione compatibile con quanto affermato dall'OCSE, «machine based system that can, for a given set of humande fined objectives, make predictions, recommendations or decisions influencing real or virtual environments. It uses machine and/or human based inputs to perceive real and/or virtual environments; abstract such perceptions into models (in an automated manner e.g. with ML or manually); and use model inference to formulate options for information or action. AI systems are designed to operate with varying levels of autonomy», in OECD 2019.

[6] Durante l'evento "*We, Robot*" del 10 ottobre 2024 per la presentazione del Robotaxi di Tesla tenutosi negli studi Warner Bros a Burbank in California, è stato presentato il Tesla Bot Optimus di seconda generazione, robot umanoide autonomo (la prima versione del robot è stata annunciata nell'agosto 2021 e presentato al pubblico da Elon Musk in occasione dell'AI Day 2022) destinato ad essere impiegato in lavori pesanti e ripetitivi, anche fra le mura domestiche, per scopi generici ed in grado di svolgere attività non sicure, progettato sulla base di sistemi di intelligenza artificiale avanzata, in tesla.com/it_it/AI.

[7] Le "Tre leggi della robotica" sono state formulate dal biochimico e scrittore sovietico (naturalizzato statunitense) Isaac Asimov nel 1942, nello stesso racconto in cui appare per la prima volta la parola "robotica" (*Runaround*, incluso nella raccolta *I Robot*, pubblicata nel 1950). Esse regolano il funzionamento del cervello dei robot e la loro integrità nei confronti del proprio creatore. Le regole sono essenzialmente tre: «1. Un robot non può recare danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno; 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge; 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge». In *I Robot e l'Impero* (1985), Asimov aggiunge poi la Legge Zero, che però è accettata solo dai robot più sofisticati. Questa legge è anteposta, in ordine di importanza, alle altre, permettendo una maggiore efficienza ai robot: 0. Un robot non può recare danno all'Umanità, né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, l'Umanità riceva un danno.


ISSN 2036-7821

all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale evocano, quantomeno concettualmente, le tematiche che lo scrittore russo si era posto nei suoi racconti. Se da un lato la tecnologia prende piede e permea in tutti quei settori ove è proficuamente applicabile, dall'altro, al diritto è attribuito il complicato e delicato ruolo di regolarla restando al passo della stessa. Il fine è quello di intervenire dando vita ad un impianto normativo capace di sorreggere l'intero processo di ammodernamento in corso, incluse le questioni etiche connesse al tema, creando un sistema coerente di regole e capace di affrontare le esigenze poste dall'innovazione tecnologica legata all'automazione attraverso l'uso di sistemi di IA[8]. Le difficoltà del legislatore nel garantire una degna soglia di legalità non sono poche, sul tema il dibattito dottrinale ha sensatamente osservato come si stia assistendo ad un momento di crisi della scienza che bramosa di una certa rigidità e certezza, che l'ha sempre contraddistinta, cede il passo e "chiede al diritto di definire le regole del gioco"[9]. D'altronde, della crisi della certezza scientifica se ne è avuta piena dimostrazione nell'era della pandemia ed ancor prima in materia ambientale; oggi si sta assistendo ad una ulteriore forma di intersezione tra scienza e diritto collegabile al concetto di "società del rischio" [10], nozione che si pone come fine quello di prevenire la produzione di un danno causato dalle incertezze derivanti dalla modernizzazione dei fenomeni scientifici e tecnologici[11]. Si comprende che gli assunti immaginari di Asimov, che regolavano il mondo immaginario dei robot, trovano una forte verosimiglianza nel panorama attuale e le considerazioni afferenti al parallelismo fantascienza-realtà, in parte suggestive e provocatorie, risultano utile spunto per interrogarsi sui rischi dell'utilizzo di tali sistemi tanto per i soggetti privati, quanto per la pubblica amministrazione[12].

[8] Per approfondire v. D. U. GALETTA, *Decidere con l'IA: un problema comune a tutte le aree della scienza*, in Ceridap, fasc. 2/2024, p. 383 e ss.

[9] R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza,* in Dir. amm., 2014, pp. 651 ss.

[10] F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in Dir. econ., 2019, pp. 575 ss., spec. p. 583, secondo il quale "la scienza non offre tutte le soluzioni. Vi è sempre un "ultimo miglio" che deve essere percorso con responsabilità dal decisore e dal singolo".

[11] Come osservato: «Le discussioni sulla società del rischio sono state principalmente plasmate sul principio di precauzione e sulla materia ambientale. È necessario sottolineare come già in passato il diritto del rischio e l'evoluzione della scienza (ed oggi delle nuove tecnologie) mettessero in rilievo la questione della legittimazione di quest'ultima e, conseguentemente, gli aspetti relativi alla responsabilità. Secondo quanto sostenuto da Beck, primo studioso della sociologia del diritto che coniò tale termine, la scienza acquisisce un valore decisorio in ragione della presunta attendibilità e razionalità delle risposte che essa stessa fornisce rispetto ad una moltitudine di aspetti, "ma senza la responsabilità per gli effetti collaterali, mentre alla politica [in senso stretto] è assegnato il compito di legittimare democraticamente decisioni da essa non prese e [quando possibile] di "ammortizzare" gli effetti collaterali delle tecnologie». In A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, Editoriale scientifica, 2023, p. 32 e ss., che a sua volta richiama U. BECK, *Risikogesellschaft*, Berlino, 1986, trad. it. La società del rischio, Roma-Bari, 2000, p. 295.

[12] Si è passati dal: «superamento del tradizionale modello di esercizio dell'attività amministrativa, fondato sulla prevalente utilizzazione di supporti di tipo cartaceo (c.d. Amministrazione 1.0), non si risolve nel mero impiego


ISSN 2036-7821

È evidente come l'evoluzione della P.A.[13] e il suo agire sia ormai permeato dalle c.d. decisioni algoritmiche: momenti di attuazione del procedimento amministrativo caratterizzati da scelte compiute a mezzo di sistemi informatici[14]. I vantaggi dell'utilizzo di tali strumenti sono innumerevoli, si pensi alla drastica riduzione della durata del procedimento e al notevole incremento dell'efficienza della P.A., alla facilità di analisi di ingenti *kilobyte* di documenti e metadati, alla riduzione di ogni possibilità di errori del procedimento e conseguente avulsione dal provvedimento finale di potenziali vizi e tutta una serie di altri vantaggi ricollegabili alla prontezza che un sistema informatico possiede rispetto all'individuo. Il tutto in ossequio al principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 della nostra Carta fondamentale[15].

Tuttavia, d'altro lato, i sistemi di intelligenza artificiale presentano una serie di criticità, oggetto di analisi di molti[16], tutte per lo più accomunate dalla difficoltà di

---

di computer e altri apparati informatici (c.d. Amministrazione 2.0) o nella fruizione delle risorse digitali offerte dalla rete internet, dalle applicazioni mobili o dagli stessi social networks (c.d. Amministrazione 3.0), ma nell'automazione di funzioni precedentemente affidate in via esclusiva alle abilità umane (c.d. Amministrazione 4.0)» Cfr. V. NERI, *Diritto amministrativo e intelligenza artificiale: un amore possibile, in Urbanistica e appalti*, n. 5/2021, pp. 581 ss.

[13] La pubblica amministrazione ha subito una serie di evoluzioni a partire dalla fine del Settecento sino ad oggi, sul punto N.M. TRITTO, *Storia contemporanea e della Pubblica Amministrazione italiana - Approfondimenti*, Roma, 2022.

[14] La dottrina già da diverso tempo si è interrogata sull'applicazione delle tecnologie all'interno della P.a., le prime riflessioni sono da attribuire ai pionieri di tali tematiche, G. DUNI, *L'utilizzabilità delle tecniche elettroniche nell'emanazione degli atti e nei procedimenti amministrativi. Spunti per una teoria dell'atto amministrativo elaborato nella forma elettronica*, in Riv. Amm., 1978, 407 ss.; M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, op. cit.

[15] Per meglio comprendere gli utilizzi dell'I.A. all'interno della pubblica amministrazione, e non solo, si veda, E. RISSLAND, K.D. ASHLEY, R.P. LOUI, *AI and Law: A fruitful synergy, in Artificial Intelligence*, 2003; C.CALÌ, *Algoritmi e processo decisionale. Alle origini della riflessione etico-pratica per le IA*, 2022; all'interno dei contratti pubblici, M. PROTTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il (terzo) nuovo codice dei contratti pubblici*, in Giurisprudenza Italiana, n. 8-9/2023, pp. 1949 ss.; L. VENTURA, *Public procurement e sostenibilità. Convergenze trasversali dei sistemi giuridici contemporanei*, in Diritto del Commercio Internazionale, n. 1/2020, pp. 243 ss. Può essere utilizzata anche per fornire migliori servizi pubblici alle imprese e cittadini, P. HENMAN, *Improving public services using artificial intelligence: possibilities, pitfalls, governance*, in Asia Pacific Journal of Public Administration, 2020, pp. 209-221; D.U. GALETTA, *La Pubblica Amministrazione nell'era delle ICT: sportello digitale unico e intelligenza artificiale al servizio della trasparenza e dei cittadini?*, in Ciberspazio e diritto, n. 3/2018, pp. 319-336. Ma può essere utilizzata per ottimizzare le risorse umane, G.S. KUMAR, *Ai-Assisted Resource Allocation for improved business efficiency and profitability*, in "3rd International Conference on Advance Computing and Innovative Technologies in Engineering (ICACITE)", Greater Noida (India), 2023, pp. 54-58.

[16] Tra i diversi autori che si sono occupati del tema si v. a titolo esemplificativo e non esaustivo, G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale tra procedimento e processo*, Cedam, Padova, 2023; A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, op. cit.; R. C. PERIN (a cura di), I. ALBERTI (coordinamento editoriale), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, Università degli Studi di Torino, 2021; L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2023; L. CASINI, *Lo stato (im)mortale. I pubblici poteri tra globalizzazione ed era digitale*, Milano, Mondadori, 2022; G. AVANZINI, *Decisioni amministrative e algoritmi informatici. Predeterminazione analisi predittiva e nuove forme di intelligibilità*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019; G. PESCE, *Intelligenza artificiale e*

utilizzazione di un sistema artificiale complesso all'interno di procedimenti concepiti e strutturati per il solo essere umano ove, in alcuni casi, l'individuo diviene mero supervisore dei risultati della macchina[17]. Le conseguenze per la pubblica amministrazione non sono di poco conto, questa è costantemente chiamata a misurarsi con problematiche attinenti all'utilizzo del potere decisorio e imputazione della decisione automatizzata, fortemente caratterizzata da elementi di spersonalizzazione e neutralizzazione della scelta pubblica con conseguenti problematiche di *accoutability*. Il rischio è quello di dar vita a delle sequenze procedimentali ricche di zone d'ombra, con annesse difficoltà di comprensione sul *come* la scelta pubblica sia stata adoperata e di *chi* sia affettivamente il responsabile di quella scelta[18]. Scopo del presente scritto è quello di esaminare tali criticità, atteso che in rifermento ai procedimenti posti in atto all'interno della catena del valore dell'intelligenza artificiale[19] risulta complesso individuare con certezza un "responsabile" rispetto alle diverse esigenze della prassi.

## *2. Il dualismo uomo-macchina*

Per meglio inquadrare il fenomeno, occorre effettuare delle considerazioni preliminari di natura per lo più nozionistica in quanto l'espressione «intelligenza artificiale»[20] è spesse volte utilizzata in maniera generica ed impropria. L'IA, infatti, riguarda tutta una serie di modalità di automazione che dovrebbero facilitare il compito dell'individuo, poiché nettamente più veloci e dotate di capacità di calcolo

*blockchain*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021; A. LALLI (a cura di), *La regolazione pubblica delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale*, Torino, Giappichelli, 2024. 114; N. RANGONE, *Intelligenza artificiale e pubbliche amministrazioni: affrontare e i numerosi rischi per trarne tutti i vantaggi*, in L'amministrazione pubblica nell'era digitale, A. LALLI (a cura di), Giappichelli, 2022, pp. 174 ss. 115; V. EUBANKS, *Automating inequality: How high-tech tools profile, police, and punish the poor*, New York: St. Martin's Press, 2018; R. GALLI, *Nuovo corso di diritto Amministrativo*, Cedam, Bologna, 2019, pag. 760.

[17] Cfr. M.BUSUIOC, *Accountable artificial intelligence: Holding algorithms to account*, Public Administration Review, 2021, pp. 36 ss.; N. DIAKOPOULOS, *Algorithmic accountability reporting: On the investigation of black boxes*, New York: Columbia Univ., Tow Center for Digital Journalism, 2014.

[18] In chiave civilistica C. LEANZA, *Intelligenza artificiale e diritto: ipotesi di responsabilità civile nel terzo millennio*, Responsabilità Civile e Previdenza, fasc.3, 1 marzo 2021, pag. 1011; M. MARTORANA, *Responsabilità civile e intelligenza artificiale: lo stato dell'arte e le prospettive future*, in cfnews.it, 2022; per le scelte amministrative, G. FINOCCHIARO, *La regolazione dell'intelligenza artificiale*, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, fasc.4, 1 dicembre, 2022.

[19] La catena di valore dell'intelligenza artificiale (IA) è un concetto che descrive le varie fasi e componenti necessarie per sviluppare, implementare e gestire soluzioni di intelligenza artificiale. Questa catena comprende tipicamente aspetti come: la raccolta dei dati e la preparazione degli stessi, la creazione e addestramento di algoritmi di IA, l'inserimento delle soluzioni di IA nei processi esistenti, il monitoraggio e la manutenzione, la valutazione dei risultati e aggiornamento dei modelli.

[20] L'evento in cui per la priva volta un gruppo di scienziati parlarono di intelligenza artificiale, considerato il momento che segna la nascita del relativo campo di ricerca, è il *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*, svoltosi nel 1956. Cfr. D. CREVIER, *AI: The Tumultuous Search for Artificial Intelligence*, New York, NY: BasicBooks, 1993, p.49.


ISSN 2036-7821

straordinarie tali da ridurre nettamente le tempistiche umane: sono forme di IA, a titolo esemplificativo, il *machine learning (ML)*[21], la *deep learning (DL)*[22], la *predictive analytics*[23], la *blockchain*[24] e molte altre.

Tali tecnologie sono poi, tutte, accomunate da un funzionamento su base algoritmica[25], che nella sua forma base (o deterministica) non è altro che: «una sequenza di passaggi elementari, secondo una sequenza finita e ordinata di istruzioni chiare e univoche (ognuna delle quali eseguibile entro un tempo finito e che produce un risultato in un tempo finito) per la risoluzione di un dato problema»[26]. Non vi è neppure da sorprendersi come l'utilizzo del nuovo lessico, di matrice informatica, sia fonte di interrogativi ancor più se utilizzato da soggetti provenienti da studi umanistici e poco avvezzi a tali nozioni. Sulle questioni definitorie è intervenuto anche il giudice amministrativo[27], che ha chiarito come l'automazione, pura e

[21] Il fenomeno è ben più risalente di quanto si pensi, già studiato quaranta anni fa, sul punto si veda J.G., CARBONELL, R.S. MICHALSKI, T.M. MITCHELL, *An overview of machine learning, in Machine learning*, 1983, pp. 3-23. Una definizione più che accettabile del machine learning (ML) è presente nel sito del colosso statunitense informatico Oracle Corporation, che la definisce come: "un sottoinsieme dell'intelligenza artificiale (AI) che si occupa di creare sistemi che apprendono o migliorano le performance in base ai dati che utilizzano. Intelligenza artificiale è un termine generico e si riferisce a sistemi o macchine che imitano l'intelligenza umana. I termini machine learning e AI vengono spesso utilizzati insieme e in modo interscambiabile, ma non hanno lo stesso significato. Un'importante distinzione è che sebbene tutto ciò che riguarda il machine learning rientra nell'intelligenza artificiale, l'intelligenza artificiale non include solo il machine learning. Attualmente, il machine learning è utilizzato ovunque. Quando interagiamo con le banche, acquistiamo online o utilizziamo i social media, vengono utilizzati gli algoritmi di machine learning per rendere la nostra esperienza efficiente, facile e sicura. Il Machine Learning e la tecnologia associata si stanno sviluppando rapidamente e noi abbiamo appena iniziato a scoprire le loro funzionalità.", in oracle.com.

[22] X. WANG, Xizhao, Y. ZHAO, F. POURPANAH, *Recent advances in deep learning, in International Journal of Machine Learning and Cybernetics*, 2020, 11: pp. 747-750.

[23] V. KUMAR, M.L. GARG, *Predictive analytics: a review of trends and techniques, in Internationa Journal of Computer Applications*, 2018, 182.1: pp. 31-37.

[24] A. ALITI, *A Systematic Literature Review on Using Blockchain Technology in Public Administration*, in "45th Jubilee International Convention on Information, Communication and Electronic Technology (MIPRO)", Rijeka, 2022, pp. 1031-1036.

[25] Una chiara spiegazione dei sistemi di intelligenza artificiale applicati alla pubblica amministrazione, che consentono ad una macchina di svolgere operazioni più o meno complesse in risposta a specifici quesiti, è effettuata da N. DURATE nella relazione in occasione della *"7.ma rassegna di Diritto pubblico dell'economia, sul tema "Intelligenza artificiale e appalti pubblici, tra capacità predittiva e discrezionalità amministrativa", organizzata a Varese dall'Unione provinciale enti locali (U.P.E.L.), il 18-19 aprile 2024"*, ove questi puntualmente differenzia: "l'algoritmo *deterministico* opera secondo una logica causalistica, per cui ad un certo dato inserito corrisponde un solo passaggio successivo nella sequenza ed una sola risposta; l'algoritmo probabilistico ammette diversi passaggi successivi e fornisce una pluralità di risposte possibili; l'algoritmo generativo si basa su una logica probabilistico-adattativa e fornisce la migliore risposta possibile, attraverso l'analisi e la rielaborazione di una vasta quantità di dati in continuo aggiornamento, compiuta da sofisticati tecniche di apprendimento progressivo (c.d. *machine* o *deep learning*)".

[26] P. FERRAGINA, F. LUCCIO, *Il pensiero computazionale. Dagli algoritmi al coding*, Bologna, Il Mulino, 2017.

[27] La giurisprudenza amministrativa ha rimarcato le differenze, mi si consenta di citare sul punto, C. FILICETTI, *Sulla definizione di algoritmo (nota a Consiglio di Stato, Sezione Terza, 25 novembre 2021, n. 7891)*, in Giustiziainsieme.it, 8 febbraio 2023.


ISSN 2036-7821

semplice, collegabile al concetto di algoritmo (costruito su sistemi di *input-output*) è cosa ben diversa rispetto all'IA. Il Consiglio di Stato ha, infatti, avuto modo di sottolineare come i sistemi di IA capaci di apprendere contemplino al loro interno «meccanismi di *machine learning*» capaci di creare «un sistema che non si limita solo ad applicare le regole *software* e i parametri preimpostati (come fa invece l'algoritmo "tradizionale") ma, al contrario, elabora costantemente nuovi criteri di inferenza tra dati e assume decisioni efficienti sulla base di tali elaborazioni, secondo un processo di apprendimento automatico»[28].

Alla luce di tali puntualizzazioni è, allora, più esatto parlare di sistemi di algoritmi di intelligenza artificiale, definiti come meccanismi che tentano di riprodurre le modalità di ragionamento umano a mezzo di tecniche, per l'appunto algoritmiche, applicate alla risoluzione di problemi specifici, abbreviandone notevolmente le tempistiche. A mezzo degli algoritmi di intelligenza artificiale, che sono i più performanti, è possibile studiare un fenomeno e ricercarne le correlazioni, previsioni e soluzioni più efficaci, il tutto con il vantaggio di anticipare e ridurre le tempistiche per arrivare al risultato e superando le barriere cognitive che, in determinati casi, potrebbero interrompere *l'iter* logico.

Chiarite le differenze tra algoritmo puro e semplice e sistemi di intelligenza artificiale (su base algoritmica) è utile soffermarsi ad analizzare, brevemente, come agisce tale singolare tecnologia. Il sistema è caratterizzato da una serie di *input* e *output*, organizzati lungo una sequenza e capaci di esternare un risultato. Tale sequenza, per la sua natura schematica, risulta fortemente somigliante all'iter procedimentale tipico dell'azione amministrativa, caratterizzato da atti e fasi procedimentali ben definite e collegate, finalizzate all'esternazione di un provvedimento: da qui nasce l'intuizione di applicare gli strumenti digitali all'attività amministrativa che risulta, a livello schematico, compatibile con tali meccanismi. Con la decisione automatizzata si realizza una fusione tra strumenti informatici e fasi del procedimento amministrativo, ove i primi vengono utilizzati per trasporre digitalmente quella sequela di atti tipiche dell'azione amministrativa all'interno di uno schema automatizzato, il tutto in netta contrapposizione al procedimento tradizionale che è attività esclusivamente ascritta all'individuo. Tuttavia, nel caso di utilizzo di algoritmi di ML (ed ancor di più nel caso delle reti complesse del *Deep Learning*), sorgono questioni circa l'opacità dell'approccio della tecnologia, del come ha utilizzato i dati e come sia arrivata a generare *l'output;* tutti elementi che devono essere presi per buoni in quanto tali, senza alcuna spiegazione che permetta di riconoscere eventuali situazioni in cui il modello potrebbe essere inadeguato e soggetto ad errori: in altri termini il sistema intelligente può non raggiungere

[28] Cons. di Stato, Sez. III, 25 novembre 2021, n. 7891.


ISSN 2036-7821

un'accuratezza totale, dando vita ad una decisone errata[29]. Inoltre, la macchina algoritmica, come anche affermato dal legislatore UE, opera in relazione a diversi «livelli di autonomia variabili, il che significa che dispongono almeno di un certo grado di autonomia di azione rispetto ai controlli umani e di capacità di funzionare senza l'intervento umano»[30]. In sostanza il sistema può operare anche in uno stato di totale autonomia, nutrendosi di *input* volutamente forniti dal fruitore della tecnologia ma anche da altri dati che questa si ricerca autonomamente o che siano frutto delle sue stesse elaborazioni che, quindi, la implementano ed alimentano senza alcuna possibilità di controllo.

Tali utilizzi hanno suscitato interrogativi circa la loro copertura legislativa: per la giurisprudenza, questi non costituiscono una forma di potere autonomo (implicito), ma un mero «modulo organizzativo» di carattere procedurale ed istruttorio e rappresentano il «modus operandi della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta delle legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere»[31]. Anche secondo parte della dottrina, l'utilizzo degli algoritmi sarebbe espressione della potestà auto-organizzatoria interna della P.A., la quale in piena legalità adopera come modulo organizzativo-procedurale il *software* algoritmico[32]. La legalità sarebbe garantita dalla Costituzione ove, all'art. 97, il buon andamento si presta ad essere calato nel contesto delle decisioni automatizzate oltre che dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 ove all'articolo 3-bis[33],

[29] Interessate disamina su tali problematiche è svolta da C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell'utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning,* pp. 41 e ss. in R. C. PERIN (a cura di), I. ALBERTI (coordinamento editoriale), *L'amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull'intelligenza artificiale*, op. cit., ove l'autore si sofferma in maniera analitica sul funzionamento degli algoritmi complessi fornendo delle esemplificazioni chiare ed esaustive circa le modalità di "ragionamento" degli stessi, in particolare ML e DL, e delle "Varie cause di non funzionamento corretto del Modello Classificatorio" derivanti da tutta una serie di problematiche di natura tecnica: «diversi sono i motivi tecnici durante la fase di Training che possono portare ad un modello 'non perfetto'. Senza approfondire tecnicamente, possiamo menzionarne alcune: attività preliminare di preparazione e valutazione dei dati inadeguata, scelta degli algoritmi di ML non ottimali, tecniche e modalità di testing del modello classificatorio inadeguate o insufficienti, training set con pochi dati, overfitting, architettura inadeguata (nel caso del deep learning), e così via».

[30] Nel considerando (12) del Regolamento UE 2024/1689 (AI Act) si esplicita come: «I sistemi di IA sono progettati per funzionare con livelli di autonomia variabili, il che significa che dispongono di un certo grado di autonomia di azione rispetto al coinvolgimento umano e di capacità di funzionare senza l'intervento umano. L'adattabilità che un sistema di IA potrebbe presentare dopo la diffusione si riferisce alle capacità di autoapprendimento, che consentono al sistema di cambiare durante l'uso. I sistemi di IA possono essere utilizzati come elementi indipendenti (stand-alone) o come componenti di un prodotto, a prescindere dal fatto che il sistema sia fisicamente incorporato nel prodotto (integrato) o assista la funzionalità del prodotto senza esservi incorporato (non integrato)».

[31] Cons. di Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, p.to 10.

[32] Sul punto si v. F. NASSUATO, *Legalità algoritmica nell'azione amministrativa e regime dei vizi procedimentali*, in Ceridap, fascicolo speciale n. 1, 2022, note nn. 96, 97 e 98.

[33] Novellato con il Decreto legislativo n. 76/2020, conv. con la L. n. 120/2020, recita: «Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Esso trova copertura costituzionale nel


ISSN 2036-7821

seppure limitandosi a richiamarne l'impiego da parte della P.A, il legislatore fa espresso riferimento al tema della tecnologia, incentivando le amministrazioni al suo uso al fine di conseguire maggiore efficienza nell'attività, nei rapporti tra amministrazioni e tra queste e i privati. Il suo legittimo utilizzo è anche avallato dalle disposizioni del Codice dell'Amministrazione Digitale (d.lgs. n. 82/2005, cd. CAD) che agli artt. 12, comma 1 e 41 comma 1[34], fa esplicito riferimento all'utilizzo delle tecnologie da parte delle PP.AA. Si comprende come il legislatore, attento ai temi tecnici, incoraggi l'utilizzo dei mezzi elettronici in quanto funzionali alla semplificazione e all'efficientamento della pubblica amministrazione. Tuttavia nella prima decade del secolo ed in quello ancora precedente non potevano essere previste le problematiche afferenti alle recenti tecnologie: all'epoca era impensabile che tali strumenti avrebbero potuto prendere così tanto piede all'interno della fase decisionale, al punto di creare delle questioni in ordine al ruolo dell'individuo, da sempre centro cardine dell'azione amministrativa. Non a caso, è sempre la c.d. legge sul procedimento amministrativo a disciplinare l'attività amministrativa, individuando specificamente le fasi, i ruoli e le funzioni in capo agli uffici e al responsabile del procedimento, che anticipano, e nei fatti legittimano, il provvedimento finale. Nei procedimenti algoritmici, però, si realizza una commistione tra il risultato-provvedimento operato a mezzo dei sistemi di IA ove il contenuto del provvedimento non è altro che il risultato della sequela di operazioni effettuate dalla macchina algoritmica e manipolata – o non affatto manipolata - dall'uomo. È chiaro che questa sia capace di arrivare anche a risultati errati, basati su una elaborazione di dati non richiesti, inesatti o autogenerati. In tale prospettiva emergono le prime criticità relative al ruolo dell'individuo, spogliato di quelle funzioni di autorità guida di ciascun procedimento, per come stabilito all'art. 5. della l. 7 agosto 1990, n. 241 e relegato al ruolo di mero spettatore di un processo automatizzato che, in spesse occasioni, sfugge al suo controllo. Spontanei gli

principio di buon andamento, così come inteso dalla Corte costituzionale, come garanzia dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità (così in G. RACCA, *Le responsabilità delle organizzazioni pubbliche nella trasformazione digitale e i principi di collaborazione e buona fede Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 1 settembre 2022, pag. 601).

[34] Si legge all'art. 12 sulle norme generali per l'uso delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nell'azione amministrativa che: «Le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per l'effettivo riconoscimento dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al presente Codice in conformità agli obiettivi indicati nel Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione di cui all'articolo 14-bis, comma 2, lettera b)». Mentre all'art. 41 comma 1 si sottolinea come: «Le pubbliche amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Per ciascun procedimento amministrativo di loro competenza, esse forniscono gli opportuni servizi di interoperabilità (o integrazione), ai sensi di quanto previsto (dagli articoli 12 e 64-bis)». Per un'analisi del Codice dell'Amministrazione Digitale, modificato ed integrato in attuazione della delega legislativa contenuta nella legge 124/2015, si v. F. MARTINES, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in Medialaws – Rivista dir. media, 2018, n. 2.


ISSN 2036-7821

interrogativi in tema di responsabilità tradizionalmente ricadente su funzionari pubblici e istituzioni governative; tuttavia, tale pragmatico e risoluto approccio pare vacillare rispetto alle diverse questioni che la prassi pone in relazione all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale.

### *3. I principi della legalità algoritmica: l'apporto della giustizia amministrativa*

La diffusione delle pratiche algoritmiche nei procedimenti ha, ovviamente, anche investito il giudice amministrativo. Quest'ultimo si è trovato per primo ad esprimersi sull'ammissibilità e portata delle decisioni robotizzate ossia decisioni «non elementari assunte sulla base di un percorso decisionale non meramente meccanico ma rimesso a macchine»[35]. In primo luogo, vi è da segnalare il delicato passaggio circa l'inversione di pensiero relativa all'ammissibilità della decisione automatizzata della pubblica amministrazione che, in un primo momento, pareva accettabile solo in caso di attività vincolata[36] e non anche in ipotesi di attività discrezionale[37]. Dal 2019 il giudice, per la prima volta rispetto ai precedenti[38], ha aperto all'utilizzabilità di algoritmi complessi[39]. Tale apertura ha, però, dato il via a tutte quelle problematiche relative al regime di responsabilità delle scelte operate con l'IA che a differenza delle precedenti forme di automazione deterministica, applicata a passaggi procedimentali

[35] E. CARLONI, *I principi della legalità algoritmica. Le decisioni automatizzate difronte al giudice amministrativo*, in Dir. Amm., fasc. 2, 1° giugno 2020, p. 271.

[36] Orientamento risalente alla Cass. civ., sez., I, 28 dicembre 2000, n. 16204 secondo cui «sono atti amministrativi informatici in senso stretto quegli atti provenienti dalla p.a., direttamente ed automaticamente elaborati dal sistema informatico in quanto non richiedono valutazioni discrezionali e motivazioni correlate alla particolarità del caso concreto». Tali assunti sono poi stati mutuati dal giudice amministrativo, sul punto si v. P. OTRANTO, *Decisione amministrativa e digitalizzazione della p.a.*, in Federalismi.it; F. PATRONIGRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in giustizia-amministrativa.it, 2018.

[37] Sul punto si veda, M.C. CAVALLARO, G. SMORTO, *Decisione pubblica e responsabilità dell'amministrazione nella società dell'algoritmo*, in Federalismi.it, 2019, 1.

[38] L'orientamento precedente, che guardava con sospetto l'automazione, era contrario al voler devolvere alla macchina scelte amministrative, in quanto ritenuto "meccanismo informatico o matematico del tutto impersonale e orfano di capacità valutazionali delle singole fattispecie concrete, tipiche invece della tradizionale e garantistica istruttoria procedimentale, che deve informare l'attività amministrativa, specie ove sfociante in atti provvedimentali incisivi di posizioni giuridiche soggettive di soggetti privati e di conseguenziali ovvie ricadute anche sugli apparati e gli assetti della pubblica amministrazione", cfr. T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III bis, sentenze 10 settembre 2018, nn. 9224-9230.

[39] Il Consiglio di Stato Sez. VI con la sentenza dell'8 aprile 2019 n. 2270, considerata la sentenza "pilota" sul tema, ha ufficialmente sancito l'ammissibilità della informatizzazione della decisione amministrativa, fissando dei principi cardine sulla interpretazione e declinazione dei provvedimenti adottati mediante le stesse e sui conseguenti profili di responsabilità amministrativa. Nello specifico si è dibattuto circa l'utilizzabilità di un algoritmo per definire le sedi di servizio per docenti della scuola secondaria di secondo grado, già inseriti nelle graduatorie ad esaurimento, che nel mese di settembre 2015 erano stati individuati quali destinatari di proposta di assunzione a tempo indeterminato, in conseguenza del piano straordinario nazionale di cui all'art art. 1, commi 95-104 della legge n. 107 del 2015. Dopo pochi mesi, il tema è stato risollevato dalle tre "sentenze gemelle" del Cons. Stato, Sez. VI, sentenze 13.12.2019, n. 8472, 8473 e 8474, aventi finalità di dirimere controversie relative a procedure di concorso per l'assegnazione dei ruoli di dirigenti scolastici di "fascia C".


ISSN 2036-7821

meccanici e sostitutivi di compiti ripetitivi e semplici, consentivano un'agevole imputabilità delle scelte in capo all'amministrazione. Si comprende come l'IA, applicata ad ipotesi di attività discrezionale, sia tutt'altra cosa rispetto alle scelte meramente deterministiche, sostitutive dell'attività automatica. Così facendo il giudice ha sancito l'operabilità all'interno dello schema procedimentale di strumenti funzionanti secondo un modello statistico-probabilistico e predittivo con relativa esternalizzazione dell'attività discrezionale alla macchina. In un certo senso, parrebbe che il giudice amministrativo riponga una totale fiducia negli strumenti informatici di ultima generazione derivante non solo dalle potenzialità intrinseche degli stessi ma anche dalla capacità di questi di operare in condizioni di totale assenza di negligenza o dolo, caratteristiche non attribuibili alla macchina ma che invece sono proprie dell'individuo inteso come funzionario pubblico. Tuttavia, come sottolineato[40], se il fondamento della scelta del passaggio alla decisione automatizzata risieda nella sfiducia dell'essere umano piuttosto che nella fiducia della *legacy* delle macchine, questo sarebbe motivo per accendere una "pericolosa spia" indicante una "vera e propria presunzione di comportamento negligente, ovvero doloso, da parte del pubblico funzionario nell'esercizio delle proprie attività"[41]. Ciò posto, al giudice è toccato l'arduo compito di misurarsi con tali massicce innovazioni e temerariamente, o forse inevitabilmente, ha stabilito come non vi erano ragioni di principio «per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse. In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più

[40] Ampiamente critico sul tema è A. DI MARTINO in *L'amministrazione per algoritmi ed i pericoli del cambiamento in atto*, Il diritto dell'economia, n. 103 (3 2020), pp. 599-633, ove, tra l'altro, sottolinea ulteriore campanello d'allarme contenuto nella scelta della giurisprudenza di: "eliminare il rischio di condotte poco trasparenti attraverso un percorso diretto all'azzeramento della discrezionalità amministrativa sul presupposto, quantomai paradossale, di poter garantire risultati medesimi – rispetto a quelli generati da una attività di scelta – in termini di efficienza e di corretto svolgimento dell'attività amministrativa", riprendendo giurisprudenza che sosteneva come «la consumazione della discrezionalità può essere anche il frutto della insanabile frattura del rapporto di fiducia tra Amministrazione e cittadino, derivante da un agire reiteratamente capzioso, equivoco, contraddittorio, lesivo quindi del canone di buona amministrazione e dell'affidamento riposto dai privati sulla correttezza dei pubblici poteri». Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1321. Sentenza commentata da F. CAPORALE, *L'esaurimento della discrezionalità amministrativa e le valutazioni tecniche dell'amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 499 ss., nonché da S. VACCARI, *Il Consiglio di Stato e la 'riduzione progressiva della discrezionalità'. Verso un giudicato a 'spettanza stabilizzata'?* e da F. ORSO, *Ancora sugli effetti del giudicato: un passo avanti e due indietro*, entrambe in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1171 ss.

[41] Per altri, invece, non è improbabile la sostituzione del funzionario umano con la macchina, in un'ottica di contrasto alla corruzione e corretta applicazione dell'imparzialità amministrativa. Sul punto cfr. M. DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019.


ISSN 2036-7821

semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità. Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi» [42].

V'è poi da aggiungere che la magistratura si è trovata a misurarsi con tali problematiche in assenza di un adeguato quadro legislativo nazionale, ed ha pertanto operato muovendosi all'interno delle fonti sovranazionali individuando i nuovi fondamenti della legalità algoritmica: *(i)* conoscibilità algoritmica, *(ii)* sindacabilità algoritmica, *(iii)* non esclusività della decisione algoritmica (c.d. riserva d'umanità) e *(iv)* non discriminazione algoritmica[43], frutto delle elaborazioni contenute nelle sentenze apripista sull'utilizzo di algoritmi complessi da parte delle PP.AA[44].

Quanto alla conoscibilità algoritmica, il giudice sottolinea come questa debba essere garantita in tutte le fasi che coinvolgono la catena del valore: dalla produzione del *software*, al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti[45]. Tale impostazione realizza una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che si esplica tramite l'esternazione - ai cittadini e al giudice - di tutti quegli aspetti della regola giuridica quale strumento di traduzione della regola tecnica adottata al fine di renderla leggibile e comprensibile. Se l'agire dell'amministrazione pubblica deve essere sempre reso visibile (concetto

[42] Cfr. Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, p.to 11; in senso conforme Cons. St., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, p.to 8.

[43] I principi di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo, non discriminazione nella costruzione dell'algoritmo e non esclusività della decisione algoritmica, inizialmente individuati dalla giurisprudenza, hanno poi trovato trasposizione normativa nell'art. 30, comma 3, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (nuovo codice dei contratti pubblici), in tema di "uso di procedure automatizzate nel ciclo di vita dei contratti pubblici", che così recita: «Le decisioni assunte mediante automazione rispettano i princìpi di: a) conoscibilità e comprensibilità, per cui ogni operatore economico ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino e, in tal caso, a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata; b) non esclusività della decisione algoritmica, per cui comunque esiste nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatizzata; c) non discriminazione algoritmica, per cui il titolare mette in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di impedire effetti discriminatori nei confronti degli operatori economici».

[44] Rimarcate più di recente dal Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5117/2023 (cfr. punto 10.10) ove si richiamano in tema di ammissibilità dell'algoritmo «le prime due sentenze della VI Sezione del Cons. Stato: la n. 2270 dell'8 aprile e la n. 8472 del 13 dicembre del 2019».

[45] Il principio della conoscibilità viene ricondotto agli artt. 13 e 14 del Regolamento UE 2016/679.


ISSN 2036-7821

reso celebre dalla metafora della "casa di vetro"[46]) a maggior ragione il procedimento a mezzo di sistemi algoritmici deve essere accompagnato dal più alto tasso di trasparenza ad esso applicabile. Per il giudice le amministrazioni devono essere in grado di spiegare come e perché vengono utilizzati determinati algoritmi, quali dati vengono raccolti e come queste informazioni influenzano le decisioni. Il tutto al fine di realizzare le pratiche di trasparenza, capaci di aumentare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, ma che anche consentano un controllo pubblico più efficace e una responsabilità sociale. Il cittadino deve essere reso edotto sul processo logico seguito, la formula, i criteri posti alla base del linguaggio informatico che l'amministrazione dovrà rendere fruibile e comprensibile. Dal principio di conoscibilità discende, poi, a cascata un aggiuntivo corollario, ovvero quello dell'attribuzione della responsabilità della decisione non al *software*, bensì all'amministrazione che ne ha stabilito la regola base poi automatizzata. Tuttavia, tali considerazioni di principio, incontrano notevoli difficoltà quando la tecnologia applicata è quella di *machine learning* o di *deep learning*, in quanto le forme più complesse di IA sono capaci di definire in autonomia la regola alla base del risultato finale che tende ad escludere la responsabilità dell'amministrazione per la decisione finale[47].

Passando alla sindacabilità algoritmica, questa nasce per dare risposta all'esigenza di sottoporre a controllo le concrete modalità di esercizio del potere e costituisce altresì declinazione dell'irrinunciabile diritto di difesa del cittadino, subordinata alla verifica della legittimità della decisione in analogia alle classiche modalità di esercizio del potere. Il giudice è chiamato a svolgere un approfondito riesame sull'intera catena del valore dell'algoritmo e, successivamente, a valutare la logicità e ragionevolezza della decisione amministrativa automatizzata. In tal senso sorgono forti dubbi circa la capacità del giudice dell'algoritmo, questi infatti sarà chiamato ad operare in uno spazio sempre più lontano dai classici procedimenti ma verrà catapultato in una dimensione multidisciplinare, comprendente tanto aspetti giuridici quanto elementi informatici ed ingegneristici. Come saggiamente osservato[48], nel fare ciò, dovrà gestire tanto i *bias* dell'algoritmo quanto quelli propri: prima di passare a setaccio le soluzioni (e le risposte) prospettate dalle parti all'algoritmo, dovrà essere in grado di porre a quest'ultimo la domanda giusta, domanda che condizionerà inevitabilmente la resa dell'algoritmo. Sarà allora prospettabile un inserimento stabile al suo fianco di un consulente tecnico d'ufficio, capace di comprendere a pieno (ove possibile) l'operato informatico col fine di illuminare ed indirizzare il magistrato verso la giusta decisone.

---

[46] F. TURATI, *Atti del Parlamento italiano*, Camera dei Deputati, sessione 1904-1908, 17 giugno 1908.

[47] Sul punto si v. P. CLARIZIA, *La nozione di algoritmo "tecnologico" secondo una recente decisione del Consiglio di Stato*, in Irpa.eu, 2022.

[48] G. GALLONE, *Riserva di umanità, intelligenza artificiale e funzione giurisdizionale alla luce dell'IA Act. Considerazioni (e qualche proposta) attorno al processo amministrativo che verrà*, in Judicium, Pacini Giuridica, 2024.


ISSN 2036-7821

Relativamente agli altri due principi, la giurisprudenza ha tentato di sottolineare le guarentigie poste a sostegno dell'azione umana in riferimento a due precisi momenti della decisione algoritmica: l'uno preparatorio e l'altro decisorio.
In riferimento alla non discriminazione algoritmica[49], operante *ex ante*, questa manifesta il bisogno che le decisioni automatizzate debbano fondarsi su scelte che impediscano ogni forma di errore o discriminazione da parte dell'utilizzatore, cui è affidato il difficoltoso compito di operare una scelta riguardo all'utilizzo del *software* più appropriato per addivenire alla decisione, nonché il controllo sui dati immessi. Tuttavia, tale impostazione, appare per lo più teorica e lontana dalle esigenze pratiche. È anacronistico pensare che un pubblico dipendente - sia esso funzionario, dirigente o magistrato – abbia un sufficiente grado di alfabetizzazione in materia di IA[50] utile a comprendere quale *software* utilizzare, il funzionamento e dello stesso e la qualità del dato immesso. Uno dei principali problemi di imputazione legati all' utilizzo dell'IA nei procedimenti è, infatti, legato alla sua natura intrinsecamente complessa e spesso opaca. Le cose si complicano, poi, con sistemi algoritmici di *machine learning*, capaci di sintetizzare e decisioni sulla base di dati e modelli che non sono facilmente comprensibili anche per esperti del settore, figuriamoci per un mero dipendente pubblico cui è affidato tale ambizioso compito ma che spesso è inquadrato nei livelli più bassi dell'amministrazione.
Quanto alla non esclusività della decisione algoritmica[51], operante *ex post*, questa si

[49] La non discriminazione algoritmica, consente di depurare i procedimenti interamente digitalizzati dal rischio di poca trasparenza nel processo di formazione della decisione, potendo incidere significativamente sul funzionamento delle macchine, esso è stato formulato partendo dal considerando 71 del GDPR che prescrive come "il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti" (Cons. St., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8474, cit., par. 15.3).

[50] Sul punto, l'art. 4 del Regolamento UE 2024/1689 (AI Act) precisa come: «I fornitori e i deployer dei sistemi di IA adottano misure per garantire nella misura del possibile un livello sufficiente di alfabetizzazione in materia di IA del loro personale nonché di qualsiasi altra persona che si occupa del funzionamento e dell'utilizzo dei sistemi di IA per loro conto, prendendo in considerazione le loro conoscenze tecniche, la loro esperienza, istruzione e formazione, nonché il contesto in cui i sistemi di IA devono essere utilizzati, e tenendo conto delle persone o dei gruppi di persone su cui i sistemi di IA devono essere utilizzati».

[51] Esso si esplica nel «*diritto di non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato*», il che implica che nessuna decisione assunta dalla PA possa essere priva di un controllo da parte di un funzionario a ciò deputato, chiamato ad assumersi la responsabilità della decisione stessa in ossequio all'art. 22, Regolamento UE 2016/679. Sulle scorte del GDPR il Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza n. 8472/2019 cit. muove dall'esigenza di garantire "l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo". Il tutto al fine di garantire, "sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa


ISSN 2036-7821

inserisce in una fase valutativa dell'operato della macchina, viene infatti richiesto di non conformarsi alla decisione automatizzata quando questa sia frutto di un risultato deviante rispetto alle richieste. In tal senso, il Consiglio di Stato ha chiarito che «deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informatico il modello viene definito come HITL (*human in the loop*), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano»[52]. Secondo tale impostazione, il funzionario dovrebbe riesaminare l'intera procedura attuata dalla macchina e valutare le sue risultanze in termini o meno di utilità procedimentale, anche in tali ipotesi non di semplice individuazione, si richiede, ancora, un elevato grado di *expertise* del dipendente; fermo restando che quando si utilizza IA generativa non è sempre possibile spiegare perché un modello abbia generato un particolare risultato o decisione e quale combinazione di fattori di input vi abbia contribuito e quindi il funzionario dovrebbe semplicemente ripercorrere l'istruttoria non potendo verificarne effettivamente l'operato.

Tuttavia, ammesso che per assurdo tutti i funzionari pubblici possiedano i requisiti richiesti capaci di valutare l'andamento della macchina, chiedere un controllo *ex post* al dipendente pubblico di una attività automatizzata realizzerebbe un vero e proprio paradosso: l'individuo dovrà ripercorrere le fasi del procedimento automatizzato al fine di vagliare i passaggi compiuti dalla macchina, il tutto con l'evidente duplicazione della procedura e la certa perdita di utilità in termini di economicità e speditezza perseguiti dalla scelta di automatizzare la procedura[53]. Inoltre, ove questo se ne discosti o meno, il regime di imputazione della scelta a chi andrebbe ascritto? In caso di scelta errata della macchina in entrambe le ipotesi parrebbe essere responsabile il funzionario preposto, nel primo poiché non si è discostato dalle risultanze informatiche, nel secondo perché le ha subite non discostandosene. È chiaro come le criticità siano molteplici anche in virtù di una carente normativa nazionale che difetta di contenuti pratici sul tema e riferibile esclusivamente all'informatica tradizionale. Le norme del C.A.D. e l'art. 3-*bis* della l. 241 del 1990, cui si è fatto riferimento *infra*, risultano essere meri canoni cornice del più complesso

affidata all'algoritmo". Sul punto si v. G. CAVALCANTI, *Algoritmi e decisione amministrativa: la metamorfosi del procedimento nell'era della digitalizzazione 4.0*, in Irpa.it, 2 novembre 2021.

[52] Sul tema D. MARTIRE, *Human in the loop. L'essere umano come fattore condizionante della – o condizionato dalla – intelligenza artificiale*, in Rivista italiana di informatica e diritto, 2024, ove nella trattazione dell'"Human in the loop" (HITL) si indica un approccio in cui l'essere umano è coinvolto nel ciclo di addestramento e test degli algoritmi, mantenendo un ruolo centrale nei processi decisionali. Tuttavia, il termine "loop" può anche significare "cappio" e descrivere un essere umano intrappolato in un ciclo ripetitivo e chiuso. L'essere umano può quindi essere visto sia come un fattore condizionante che condizionato dall'intelligenza artificiale, con implicazioni significative per la coscienza di sé e l'identità. Questa dicotomia offre una prospettiva di ricerca sull'essere umano e il rapporto tra essere e dover essere costituzionale.

[53] N. DURANTE, *Brevi considerazioni in tema di amministrazione algoritmica e di giustizia predittiva*, 2024, in giustizia-amministrativa.it.


ISSN 2036-7821

tema della digitalizzazione che, ad oggi, necessita di guarentigie pregnanti e capaci di calarsi fruttuosamente all'interno della nuova realtà algoritmica. Non a caso, quanto previsto dalla prassi giurisprudenziale è stato cristallizzato, quantomeno, dal legislatore delegato del nuovo Codice dei contratti pubblici che, in un certo senso, ha dato merito a quanto prodotto dall'esperienza della giurisprudenza amministrativa. Il nuovo Codice[54], all'art. 30, in assenza di una normazione nazionale adeguata, ha positivizzato tutta quella attività ermeneutica del G.A., derivante a sua volta da principi di matrice europea (mutuati dal GDPR[55]), che però nascevano in un contesto di regolazione del dato e non dell'IA. In attesa della definizione di una normativa specifica di settore l'art. 30, ad oggi, si pone come baluardo di legalità del sistema degli algoritmi con una portata ben superiore rispetto ai soli contratti pubblici ma elevabile, nei contenuti, a norma riempitiva del citato art. 3-*bis*[56]. Tuttavia, tale approccio, quasi di natura emergenziale, non appare minimamente adeguato a confrontarsi col crescente e inarrestabile fenomeno dell'IA. Il giudice dovrebbe essere chiamato a muoversi entro dei parametri legislativi[57] ben definiti monte e non ad

[54] Cfr. nota n. 43.

[55] I principi sono stati estrapolati dal dettato normativo contenuto nel Regolamento 2016/679/UE (GDPR), il quale, in presenza di un processo decisionale automatizzato: riconosce all'interessato il diritto di informazione e accesso in relazione a detto procedimento (Art. 13, comma 2, lett. f), art. 14, comma 2, lett. g) e art. 15, comma 1, lett. h), il diritto di non essere sottoposto ad una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato (Art. 22, comma 1) e la garanzia del carattere non discriminatorio delle procedure matematiche o statistiche utilizzate dal titolare del trattamento dei dati (Considerando n. 71).

[56] Sul tema A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, op. cit., pp. 236 e ss., ove l'autore espone seri dubbi circa l'utilizzo di strumenti di intelligenza artificiale di autoapprendimento nelle procedure di gara più complesse in ordine alla: "validità di un provvedimento amministrativo interamente automatizzato, in cui l'esercizio del potere amministrativo è carente anche nella fase di predeterminazione del contenuto discrezionale del provvedimento, e da cui discendono i limiti, più volte rilevati, in punto di garanzie di conoscenza effettiva, partecipazione e controllo sociale per il destinatario della decisione". Sottolinea, ancora, che nel caso in cui si ammettesse l'utilizzo di algoritmi di autoapprendimento questi sarebbero fonte di: "numerosi ed ulteriori problemi di "possibilità tecnica" che osterebbero all'evoluzione dell'attività amministrativa". In ultimo, ammonisce in ordine al principio di trasparenza che: "in ragione delle manifestate difficoltà ad entrare nelle logiche di una macchina in cui il fattore umano è assente, sarebbe garantita esclusivamente la pubblicità dell'atto – e non la trasparenza in senso stretto – per due ragioni: in primo luogo, i cittadini non riuscirebbero a comprendere la logica sottesa ad un processo decisionale svolto attraverso un meccanismo a monte di autoapprendimento; in secondo luogo, e conseguentemente, sarebbe impossibile per il cittadino svolgere un controllo 'democratico' sull'atto, venendo così meno due dei principali corollari in punto di trasparenza amministrativa".

[57] L'esigenza di un quadro normativo è anche nota alla politica, la Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, il 12 marzo 2024 nell'evento "L'Intelligenza Artificiale per l'Italia", organizzato dal Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei ministri e AgID, ha dichiarato che è in corso di elaborazione un disegno di legge (ddl n. 1146 recante "Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale" n. 3/2024) avente come obiettivo quello di stabilire dei principi e delle regole complementari a quelle del Regolamento UE n. 2024/1689 (IA Act). Secondo una prima bozza ufficiosa, consultabile online, datata 8 aprile 2024, intitolata "Norme di principio in materia di intelligenza artificiale" prevede, tra l'altro, che l'impiego dell'IA nella pubblica amministrazione è in funzione strumentale e di supporto, restando confermata la centralità della persona umana anche in relazione ai profili di responsabilità (art. 14).


ISSN 2036-7821

esercitare funzioni creative astrattamente giustificate sul piano sostanziale in quanto volte ad integrare, creare ed offrire una soluzione pratica che possa apparire giustificata in termini di risposta alla vicenda, per quanto non razionale se messa a sistema sul piano teorico[58].

### *4. Imputazione della responsabilità algoritmica*

Addentrandoci nel cuore della trattazione, è utile richiamare la Carta della Robotica, approvata dal Parlamento Europeo e che già nel febbraio 2017 si poneva degli interrogativi attinenti al fatto che «oggi i robot sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane», con la conseguenza che lo sviluppo di «determinate caratteristiche autonome e cognitive - ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti - li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante» e da qui nasceva l'esigenza di regolamentare «la questione della responsabilità giuridica derivante dall'azione nociva di un robot»[59]. L'attenzione sul tema è già nota da tempo

[58] Per una profonda ricostruzione del ruolo interpretativo del giudice amministrativo si v. D. D'ALESSANDRO, *La storicità della giurisdizione amministrativa e il ruolo creativo del giudice*, in Nomos, n. 3/2023, relazione presentata al Convegno "*Mario Nigro Giurista della complessità*", tenutosi in S. Fili, Cosenza, il 4-5 ottobre 2023.

[59] Il legislatore europeo nei successivi considerando si poneva tutta una serie di problematiche circa: ": AB. considerando che più i robot sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni e omissioni imputabili ai robot, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o le omissioni legate ai robot che hanno causato danni avrebbero potuto essere evitate; AC. considerando che, in ultima analisi, l'autonomia dei robot solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e dell'eventuale necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie; AD. considerando che, nell'attuale quadro giuridico, i robot non possono essere considerati responsabili in proprio per atti o omissioni che causano danni a terzi; che le norme esistenti in materia di responsabilità coprono i casi in cui la causa di un'azione o di un'omissione del robot può essere fatta risalire ad uno specifico agente umano, ad esempio il fabbricante, l'operatore, il proprietario o l'utilizzatore, e laddove tale agente avrebbe potuto prevedere ed evitare il comportamento nocivo del robot; che, inoltre, i fabbricanti, gli operatori, i proprietari o gli utilizzatori potrebbero essere considerati oggettivamente responsabili per gli atti o le omissioni di un robot; AE. considerando che, in base all'attuale quadro giuridico, la responsabilità da prodotto (secondo la quale il produttore di un prodotto è responsabile dei malfunzionamenti) e le norme che disciplinano la responsabilità per azioni dannose (in virtù delle quali l'utente di un prodotto è responsabile di un comportamento che conduce al danno) sono applicabili ai danni causati dai robot e dall'intelligenza artificiale; AF. considerando che, nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati; AG. considerando che sono palesi le carenze dell'attuale quadro normativo anche in materia di responsabilità contrattuale, dal momento che le macchine progettate per scegliere le loro controparti, negoziare termini contrattuali, concludere contratti e decidere se e come attuarli rendono inapplicabili le norme tradizionali; considerando che ciò pone in evidenza la necessità di norme nuove, efficaci e al passo con i tempi che corrispondano alle innovazioni e agli sviluppi tecnologici che sono stati di recente introdotti e che sono attualmente utilizzati sul mercato; AH. considerando che, per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale, la direttiva 85/374/CEE riguarda solamente i danni causati dai difetti di fabbricazione di un robot e a condizione


ISSN 2036-7821

tuttavia le problematiche, attinenti a una materia caratterizzata da un continuo e rapido sviluppo, continuano ad attanagliare gli operatori del settore oltre che ad alimentare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Se un algoritmo eseguisce un errore, non è agevole individuare il diretto responsabile in quanto la decisione automatizzata è figlia di un sistema che coinvolge diversi attori e che pone dei seri interrogativi circa l'imputazione dello stesso, con evidenti rischi in termini di svuotamento dei profili di attribuzione; fintanto che i comportamenti attribuibili all'operato delle macchine erano compresi in uno schema automatico del tipo *if-then* scarsi erano i dubbi in merito alla titolarità della responsabilità da attribuire al costruttore-distributore della stessa[60].

Orientarci in tale complicato contesto non è semplice, tuttavia occorre necessariamente volgere lo sguardo verso la stella polare delle norme: la Carta costituzionale che agli artt. 28 e 97 fissa dei baluardi del sistema della responsabilità. Questi possono essere utilizzati per tenere fermi i profili di attribuzione della responsabilità in ipotesi di giusto funzionamento o errato funzionamento della macchina, in quanto si fa espresso riferimento alle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei funzionari preposti agli uffici oltre che alla responsabilità dei funzionari, dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, per gli atti compiuti in violazione di diritti. Il modello dell'art. 97, che richiama l'organo munito della competenza fissata dalla legge, consente di imputare direttamente ad esso l'atto e i relativi effetti, ivi inclusi quelli dannosi, ove questo compia attività che siano riconducibili all'esercizio del potere. In buona sostanza grazie al principio di immedesimazione organica è possibile imputare il danno consequenziale allo schema potere-effetto. Il citato art. 97 Cost., nel prescrivere la riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici, in funzione di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, aggiunge che «nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari». Tale impostazione può essere utilizzata per risolvere diverse

---

che la persona danneggiata sia in grado di dimostrare il danno effettivo, il difetto nel prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno e che pertanto la responsabilità oggettiva o la responsabilità senza colpa potrebbero non essere sufficienti; AI. considerando che, nonostante l'ambito di applicazione della direttiva 85/374/CEE, l'attuale quadro giuridico non sarebbe sufficiente a coprire i danni causati dalla nuova generazione di robot, in quanto questi possono essere dotati di capacità di adattamento e di apprendimento che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, dato che imparerebbero in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagirebbero con l'ambiente in modo unico e imprevedibile". Il tutto in Norme di diritto civile sulla robotica Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica, pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 18.7.2018.

[60] Trattasi di approccio c.d. "orizzontale", attraverso il quale si intende considerare il fenomeno della transizione digitale allo scopo di consentire l'utilizzo delle nuove tecnologie in una prospettiva servente alla decisione presa dal funzionario pubblico. Cfr. L. TORCHIA, *L'amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, in *Astrid Rassegna*, 2021, n. 6, p. 7,


ISSN 2036-7821

circostanze: si pensi ad un sistema di automazione che svolga una funzione di supporto alla decisione oppure al caso più delicato relativo a sistemi complessi di IA, capaci di sostituirsi all'attività del funzionario e relativa decisone, ma anche ad ipotesi di errore compiuto dell'uomo in caso di cattivo funzionamento della macchina. In tutte le tesi considerate, la responsabilità della decisione deve essere imputata in capo al titolare dell'organo, al quale per legge è assegnata la competenza.
L'utilizzo dello schema prefigurato all'art. 28, invece, meglio si presta ad ascrivere la responsabilità non determinata da esercizio del potere, ma ad una espressa responsabilità di natura personale - penale, civile e amministrativa - imputabile al soggetto pubblico agente e colpevole per i danni cagionati in occasione di un'attività di prestazione, erogata dall'amministrazione nell'ambito dei servizi da essa resi, figlia di un disegno costituzionale post-bellico e caratterizzato da un modello accentrato e gerarchico[61]. Qui la principale problematica che si pone è quella di distinguere l'ipotesi in cui il danno sia conseguenza di un errore dell'uomo, rispetto al caso in cui il danno consegua a un errore della macchina: occorre valutare se il cattivo funzionamento della macchina sia sufficiente ad esonerare da responsabilità il soggetto che ha utilizzato la macchina per erogare la prestazione[62].
Ulteriori disposizioni da richiamare, poi, sono quelle del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che all'art. 4 stabilisce che «ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno», oltre che l'art. 6 della l. 7 agosto 1990, n. 241, ove nel disciplinare l'attività del responsabile del procedimento e dell'organo competente, alla lettera *e)* descrive come questi «adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale».
Dubbi si pongono in ragione dell'attribuzione di responsabilità al *dominus* dell'istruttoria, il responsabile del procedimento, oppure al dirigente che impersonifica l'organo. Tuttavia, è stato osservato che, il dirigente-organo ha la capacità di discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria procedimentale del responsabile e ove questo non se ne discosti, indirettamente, fa proprie le scelte del responsabile assumendosene le attribuzioni ivi comprese quelli degli atti automatizzati[63]. Una prima risposta pare non lasciare margini al fatto che l'attività

[61] G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, Il Mulino, 1996, 72.
[62] Sul tema si segnalano le interessanti riflessioni di M.C. CAVALLARO, *Intelligenza artificiale, interesse pubblico e complessità della scelta amministrativa*, in Amministrativamente, n. 3/2024, sulla scia di M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, op.cit.
[63] Per l'imputazione al dirigente piuttosto che al responsabile del procedimento, cfr. M. IMMORDINO, N. GULLO e M.C. CAVALLARO, *Il responsabile del procedimento*, in Il codice dell'azione amministrativa, M.A.


ISSN 2036-7821

dell'amministrazione deve sempre trovare un chiaro regime di imputabilità in capo all'ente organo, in ossequio al tradizionale principio di immedesimazione organica[64].
Ulteriori problematiche potrebbero verificarsi quando all'adozione del provvedimento finale partecipino più amministrazioni, tramite i loro uffici-organi tutti operanti tramite decisioni algoritmiche, confluenti provvedimento finale e fatto proprio dell'amministrazione titolare del procedimento. In tal caso alcuni[65] suggeriscono l'utilizzo della tecnologia del sigillo elettronico, disciplinato dal Regolamento (UE) n. 910/2014 (eIDAS), come strumento di firma elettronica. Tale marcatura, ben compatibile con i procedimenti automatizzati, andrebbe a sottoscrivere elettronicamente, e dunque a segmentare, le singole partizioni procedimentali di ogni amministrazione partecipante, suggellando di riflesso le singole porzioni di responsabilità nell'approvazione del provvedimento. In assenza di tale metodologia, invece, si resterebbe vincolati alla responsabilità dell'amministrazione titolare del procedimento.
La ricostruzione sin ora effettuata permette di affermare che l'automazione, in linea di massima, non altera il regime di imputazione del provvedimento che resta sempre ascritto all'organo che ha adottato l'atto. Nondimeno, le effettive problematiche sono da ricercare non nella fase conclusiva dell'*iter* procedimentale condotto con la macchina ma nella fase di progettazione, implementazione e gestione dell'algoritmo che vede coinvolti funzionari pubblici, dirigenti e fornitori esterni di tecnologia. In tale scenario appare interessante analizzare in chiave prospettica la catena del valore dell'algoritmo ove intervengono diverse personalità.

### *5. La responsabilità lungo la catena del valore dell'IA*

Introdotti i primi profili di attribuzione della responsabilità è ora utile interrogarsi sulle conseguenze relative all'adozione di atti frutto dell'utilizzo di sistemi

SANDULLI (ed.), Milano, Giuffrè, 2017, 433; M.C. CAVALLARO, *Imputazione e responsabilità delle decisioni automatizzate*, European Review of Digital Administration & Law – Erda, 2020, p. 69-74. Per gli atti automatizzati si v. A.G. OROFINO e R.G. OROFINO, *L'automazione amministrativa: imputazione e responsabilità*, in Giornale di diritto amministrativo, 2005, 1300.

[64] L'impostazione organica necessita di stabilire un nesso capace di imputare alla persona giuridica gli effetti derivanti dall'attività e dagli atti posti in essere dai suoi organi, con conseguenza che la persona giuridica, alla quale l'organo appartiene, risponda anche degli eventuali danni cagionati a terzi. Per una puntuale ricostruzione della teoria organica si veda, tra gli altri, B. SORDI, *Rappresentanza, organo, organizzazione: l'itinerario del diritto amministrativo*, in Quad. Fior., 2008, p. 187; A. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, Cedam, 1931, p. 156; O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (Concetto, natura, rapporti)*, 1909, oggi ripubblicato in Scritti giuridici scelti, Napoli, 1992, vol. I, p. 281; S. ROMANO, *Organi, in Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milano, 1983, p. 145; H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959, pp. 195-196. Per un approfondimento utile a verificare l'attualità della teoria organica alla luce dell'art. 28 della Costituzione cfr. M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in P.a. persona e amministrazione, 2019.

[65] Si v. D. MARONGIU, *Algoritmo e procedimento amministrativo: una ricostruzione*, in "Giurisprudenza Italiana", 2022, n. 6.


ISSN 2036-7821

algoritmici. Va precisato che nell'attività procedimentale a mezzo di strumenti informatici (condotta dal responsabile e poi fatta, o non fatta, propria dall'organo) i passaggi sono totalmente demandati alla macchina, sicché l'algoritmo si sostituisce interamente all'attività umana che residua solo nella fase di adozione o meno delle risultanze del *software*. In più, la fase decisionale a mezzo di sistemi di IA è da inquadrare come l'ultimo momento della catena di valore dell'IA e che prima di arrivare all'utilizzo della stessa da parte dell'utente finale, privato o pubblico, coinvolge diversi attori organizzati lungo una precisa successione: il fornitore di dati, lo sviluppatore del sistema di IA, il fornitore del sistema di IA, il distributore e, in ultimo, l'utente finale pubblico o privato (c.d. *deloyer*).

Andando con ordine, la prima problematica che si pone è quella del dato immesso. È indubbio che il sistema non possa elaborare alcun risultato se questi non sia implementato, in una fase preliminare, tramite l'immissione dei dati da analizzare. I dati immessi (*input*) saranno la fonte primaria che l'algoritmo utilizzerà per giungere al risultato ed ovviamente i risultati (*output*) andranno a riflettere la qualità e la veridicità degli stessi tanto che si è parlato di *standard* di imparzialità e trasparenza anche nella fase di immissione. Un dato potenzialmente errato, inesatto o di bassa qualità è in grado di alterare tutta la catena del valore, realizzando un riverbero ad effetto domino su tutti gli *steps* successivi e allenerà l'algoritmo a rispondere sulla base di presupposti errati incorrendo nel c.d. *bias cognitivo*[66] e in profili di discriminazione algoritmica, influenzando il processo decisionale dell'utilizzatore finale. È stato sottolineato come l'utilizzo dei *big data* nei procedimenti amministrativi pone delle problematiche di tipo oggettivo-qualitativo che riguardano il problema della qualità dei dati e la natura incerta e probabilistica dell'elaborazione degli stessi (in quanto quando si utilizza IA generativa neanche l' autore del codice riesce a capire perché la macchina ha fatto quella scelta), l'utilizzatore sfornito delle competenze necessarie utili a verificare l'affidabilità del dato potrebbe affidarsi alla supposta correttezza del dato e restare immobile nei confronti dell'iter procedimentale automatizzato, dando vita ad una deumanizzazione dell'azione amministrativa[67]. Ancora, nella pubblica amministrazione, in ossequio alle

[66] N. RANGONE, *Le pubbliche amministrazioni italiane alla prova dell'intelligenza artificiale: problemi e prospettive*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 209-2021, pp. 22-25.

[67] Si veda, ancora, A. DI MARTINO, *Tecnica e potere nell'amministrazione per algoritmi*, op. cit, p. 48 e ss., che a sua volta, nella nota n. 104, riprende, E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici,* in B. Ponti (a cura di), *Il regime dei dati pubblici, Santarcangelo di Romagna,* 2008, pp. 253 ss., il quale sottolinea come la qualità dei dati risulta essere problema serio in quanto "il dato non di qualità genera errori"; ed ancora F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2013, p. 8, che pone l'accetto sul fatto che "la qualità dei dati, la loro "esattezza" in termini oggettivi, costituisce elemento essenziale in un regime "aperto" delle informazioni amministrative, in quanto il controllo diffuso cui mira l'accessibilità totale non può che fondarsi su dati certi e attuali"; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 155 ss., che si concentra sulla nozione di dato qualitativo, inteso come «l'insieme delle caratteristiche di un'entità, idonee a soddisfare le esigenze esplicite ed


ISSN 2036-7821

disposizioni del GDPR, il trattamento dei dati personali da parte di una amministrazione pubblica è legittimato se e nella misura in cui esso risulta necessario «per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento»[68]. Tuttavia, l'amministrazione, quando opera a mezzo di sistemi algoritmici, seppur centro di imputazione per il trattamento dei dati, non coincide con l'effettivo soggetto immettitore del dato utile al funzionamento della macchina, ma risulta essere soltanto un mero utilizzatore del mezzo. Da qui altra problematica attinente alla asimmetria del rapporto tra utilizzatore-fornitore: forse una delle rare ipotesi ove la pubblica amministrazione si trova ad essere parte debole di un rapporto che ascrive la parte forte allo sviluppatore (soggetto effettivamente capace di indirizzare realmente la "volontà" macchina) e rilega alla P.a. un ruolo marginale, non sufficientemente capace di incidere effettivamente sul sistema già preordinato a monte, con chiare problematiche di attribuzione del potere che parrebbe spostato sul privato-sviluppatore piuttosto che sull'amministrazione.

A scanso di equivoci, l'utilizzatore del sistema di IA è solo l'ultimo anello della catena e nella maggior parte dei casi, per come già accennato, è sprovvisto delle competenze tecniche utili a comprendere a pieno le funzionalità della tecnologia adottata per arrivare alla decisione. Di contro, lo sviluppatore risulta sfornito delle indicazioni sulle future applicazioni che avrà il suo *software*. In sostanza, chi produce il sistema non conosce i limiti e la normativa di riferimento del settore entro il quale verrà applicato l'algoritmo, esso si limiterà soltanto a programmarla, sarà poi il distributore a fornire il sistema all'utilizzatore. Nondimeno, quasi certamente, poiché non frutto di un lavoro unitario, la tecnologia risulterà carente in quanto caratterizzata da vuoti di operatività dovuti all'assenza di conoscenza dei futuri utilizzi. Si comprende come le competenze richieste siano estremamente specialistiche e trasversali, muovendosi rapidamente dall'ingegneria alle scienze giuridiche, creando un forte senso di disorientamento per i diversi attori della catena. Non a caso, la questione della interdisciplinarità è già stata sollevata in dottrina[69], ove si fa riferimento anche al problema dell'*outsourcing*, ovvero a tutte quelle situazioni ove le imprese e le pubbliche amministrazioni non sono dotate al loro interno di sviluppatori, ma si limitano unicamente ad acquistare i sistemi da società esterne.

È l'insita natura dei sistemi di IA che mal si presta ad essere incasellata all'interno di un rigido sistema di responsabilità, la continua evoluzione degli stessi e la loro elevata capacità di autonomia rendono complesso stabilire una precisa

implicite», e questa risulta centrale per garantire l'efficienza delle condotte degli operatori, per ridurre i costi ed aumentare la soddisfazione degli utenti e dei clienti, per consentire la comunicazione tra strutture diverse, per permettere l'assunzione di decisioni corrette".

[68] Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), Art. 6 lett. e).

[69] D. U. GALETTA, *Decidere con l'IA: un problema comune a tutte le aree della scienza*, op. cit., p. 383 e ss.


ISSN 2036-7821

individuazione dei momenti imputativi della responsabilità in una catena ove parrebbe che ogni attore precedente sia, indissolubilmente, collegato col successivo. Un sistema sviluppato per un determinato fine potrebbe, teoricamente, superare la sua originaria programmazione e auto-implementarsi dando origine ad un risultato altamente imprevedibile perfino dal suo programmatore, figuriamoci per l'utilizzatore: il tutto ad evidenziare il carattere fortemente incerto dei risultati automatizzati[70], che in assenza di una rigida immissione del dato e dei successivi utilizzi di quest'ultimo poterebbero a decisioni errate e viziate poiché affette da irragionevolezza per eccesso di potere e per difetto di motivazione[71].

Vi è da aggiungere alla complessa questione, l'ulteriore problematica della "opacità algoritmica" dei meccanismi decisionali derivanti dai rischi di nuove forme di *schiavitù*[72] collegabili all'utilizzo delle nuove tecnologie con conseguenti problematiche inerenti al nesso di causalità, *condicio sine qua non*, di ogni forma di attribuzione della stessa, ma che in tal caso sarebbe difficilmente provabile.

Tornando all'interrogativo iniziale, che poneva come punto fermo la sfera di imputabilità all'ente-organo, si comprende come l'attività amministrativa automatizzata risulti capace di mettere in crisi tutte quelle certezze tipiche di un sistema antropocentrico.

Come osservato in dottrina[73] i principali dubbi riguardano quattro categorie di ipotesi. La prima vorrebbe ascrivere la paternità del provvedimento allo sviluppatore del sistema di I.A; tuttavia, tale tesi non appare percorribile in quanto non vi è alcun collegamento tra chi fornisce il sistema e chi lo effettivamente utilizza per dare vita all'atto amministrativo. Altra soluzione è quella della riferibilità del provvedimento all'utente finale: tale scenario - che ascriverebbe la responsabilità all'autore materiale, ovvero al funzionario preposto all'esercizio del procedimento amministrativo automatizzato - appare poco plausibile, non convince l'attribuzione di responsabilità dell'atto al soggetto che si limita a svolgere una semplice attività materiale, consistente nell'azionare un procedimento da lui non deciso e, per lo più, realizzata da soggetti pubblici inquadrati nei livelli più bassi dell'amministrazione, dai quali non può pretendersi alcuna riflessione in materia di soluzioni tecnologiche di avanguardia.

Residuano, dunque, le ultime due ipotesi, facenti capo prima al R.u.p. e, in assenza di individuazione di quest'ultimo o in ipotesi di non discostamento dagli atti del

[70] A.G. OROFINO, *La patologia dell'atto amministrativo elettronico: sindacato giurisdizionale e strumenti di tutela*, in Foro amm. (C.d.S.), 2002, pp. 2256 ss.

[71] Come sancito dal T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 28 maggio 2019, n. 6688; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 25 marzo 2019, n. 3985.

[72] Così V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove forme di schiavitù*, pubblicato in Federalismi.it 28 luglio 2021, pp. 205 ss.; A. SIMONCINI, *Amministrazione digitale algoritmica. Il quadro costituzionale*, in R. CAVALLO PERIN, D.U. GALETTA (a cura di), *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 38 ss.

[73] N. M. TRITTO, *Il danno erariale da intelligenza artificiale*, in Federalismi.it, 20 marzo 2024.


ISSN 2036-7821

responsabile, all'ufficio competente[74] nella persona del dirigente. Per come esposto infra, il provvedimento amministrativo va ascritto è imputato all'ente-organo che ha fatto proprie tutte le scelte operate nell'istruttoria. Tuttavia, tale impostazione porterebbe ad una certa e nuova forma della c.d. "paura della firma" del provvedimento algoritmico, con conseguente arretramento dell'amministrazione che si vedrebbe bloccata nel suo agire da funzionari timorosi che non si avvantaggerebbero dei lati positivi insiti nell'IA. V'è allora da considerare una ulteriore ipotesi, quella degli strumenti di garanzia[75], capaci di coniugare le spinte tecnologiche ai requisiti di legalità richiesti. Tali strumenti sarebbero chiamati ad intervenire in caso di cattivo funzionamento dei sistemi di IA, garantendo una forma di deresponsabilizzazione delle scelte oltre che una garanzia di vigilanza sull'operato dei pubblici dipendenti. Una volta appurato l'errore, frutto di un *bias* della macchina, questi potrebbero intervenire con applicazione di poteri sostitutivi aumentando notevolmente il grado di sicurezza, protezione ed accettazione sociale della scelta automatizzata.

### *6. Il contributo del legislatore europeo*

L'analisi sin qui compiuta consente di affermare come il tema sia stato lungamente dibattuto e analizzato. Ciò che manca, però, sono dei chiari e pragmatici riferimenti normativi, capaci di meglio cristallizzare i nuovi scenari emersi al fine di garantire quel requisito di legalità richiesto. Va precisato che il panorama normativo italiano difetta di una specifica normativa regolamentatrice delle conseguenze derivanti da decisioni algoritmiche[76]; il legislatore europeo, invece, in coerenza con le forti spinte sul tema, ha recentemente avviato tutta una serie di iniziative normative avente il fine di regolamentare la continua evoluzione della materia[77]. Il fine è chiaramente quello di fissare e fornire garanzie in caso di problematiche correlate all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale e tali precauzioni, utili a tutelare operatori e cittadini, dovrebbero essere fonte di affidabilità per gli investitori del settore. Nel 2020 la Commissione Europea ha dichiarato l'esigenza di rinsaldare la fiducia

[74] Ossia con gli artt. 4 e ss. della legge n. 241 del 1990 e ss.mm.ii.

[75] R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, pp. 118 ss..

[76] Il Governo italiano si è mosso in tal senso, presentando il ddl n. 1146 recante "Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale" (3/2024). Il Consiglio dei Ministri lo ha deliberato nella seduta n. 78 del 23 aprile 2024 ove viene anche specificato che "il disegno di legge non si sovrappone al Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale approvato lo scorso 13 marzo dal Parlamento Europeo, di prossima emanazione, ma ne accompagna il quadro regolatorio in quegli spazi propri del diritto interno, tenuto conto che il regolamento è impostato su un'architettura di rischi connessi all'uso della intelligenza artificiale (IA)".

[77] Sul punto P. OTRANTO, *Riflessioni in tema di decisione amministrativa, intelligenza artificiale e legalità*, cit., p. 14, sottolinea la «necessità che l'impiego dell'AI nell'adozione di decisioni amministrative sia disciplinato da un sistema normativo primario che preveda la possibilità di delega del potere decisionale alla macchina (legalità formale), ma anche i principi (e le relative regole) che devono disciplinare l'esercizio di tale "delega" (legalità sostanziale)».


ISSN 2036-7821

dell'intera comunità[78] e, pochi anni dopo, gli impegni assunti sono confluiti in una serie di regolamenti finalizzati a cristallizzare le diverse esigenze legate all'IA. Il c.d. *AI package* comprendente al suo interno: la *Proposta di revisione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi*[79], l'*AI Liability Directive*[80] e l'*AI Act*[81].

Le comunanze ai tre documenti risiedono nel fatto che, tutti, cercano di garantire un uso sicuro e responsabile delle tecnologie emergenti, differenti sono, però, gli approcci e i campi applicativi. Non essendo in tale sede possibile analizzare nel dettaglio tutte e tre le discipline, delle quali non è escluso un approfondimento successivo, nell'economia del presente lavoro si cercherà di cogliere gli aspetti fondamentali delle stesse utili alla trattazione.

La direttiva per i prodotti difettosi[82] mira ad aggiornare il quadro normativo esistente sulla responsabilità per danni causati da prodotti difettosi[83], tenendo conto delle nuove tecnologie, inclusa l'IA. Questa propone modifiche per includere specificamente i prodotti che utilizzano l'IA, considerando la complessità e l'autonomia di tali sistemi. Punta a chiarire le responsabilità dei produttori ed a facilitare le richieste di risarcimento per i danni causati da prodotti difettosi (inclusi quelli con IA) e si concentra sulla responsabilità dei produttori e sul miglioramento della protezione dei consumatori, affrontando le sfide legate all'attribuzione della responsabilità in un contesto tecnologico in rapida evoluzione.

L'AI Liability Directive ha come fine quello di stabilire un quadro giuridico per la responsabilità civile legata all'uso e all'interazione con sistemi di intelligenza artificiale. Si concentra sulla responsabilità per danni causati da sistemi di IA, facilitando le richieste di risarcimento da parte delle vittime ed introduce presunzioni di responsabilità per gli operatori di IA quando si verifica un danno. La direttiva

[78] Si v. Commissione Europea, Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, "*Sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità*", 19 febbraio 2020, consultabile in eur-lex.europa.eu.

[79] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on general product safety, amending Regulation (EU) No 1025/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Council Directive 87/357/EEC and Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council, (COM (2021) 346 final).

[80] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive), (COM (2022) 496 final).

[81] Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act), (COM (2021) 206 final).

[82] Nell'ordinamento italiano vi è un forte vuoto normativo in materia. Nello specifico, gli artt. 2050, 2051 e 2052 del Codice Civile, disciplinanti rispettivamente la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose, la responsabilità per danni causati da cose in custodia e a quella per danni causati da animali, appaiono incompatibili con le fattispecie di responsabilità derivanti dai dispositivi basati sull'AI; questi non presentano pericolosità intrinseche particolari (art. 2050 c.c.) e hanno elementi di opacità, autonomia e prevedibilità tali non essere riconducibili agli artt. 2051 e 2052 c.c.

[83] Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, consultabile in eur-lex.europa.eu.


ISSN 2036-7821

mira a semplificare il processo di richiesta di risarcimento, riducendo il carico probatorio sulle vittime e stabilendo regole chiare su chi è responsabile in caso di danno[84].

Maggiore spazio, in questa sede, deve essere dato al Regolamento UE 2024/1689 (AI Act)[85], strumento finalizzato a regolare lo sviluppo ed armonizzare le regole inerenti all'utilizzo dell'intelligenza artificiale all'interno dell'Unione Europea. Le ambizioni del Regolamento sono molteplici, sia in termini tecnici, ma anche in termini politici, in quanto l'Unione con tale normazione, come accaduto con il Regolamento sulla protezione dei dati (n. 2016/679 c.d. GDPR), si pone nella posizione di potenziale *leader* geopolitico in materia di regolazione dell'IA[86]. L'IA Act, in ossequio a quanto già affermato nel Libro Bianco sull'intelligenza artificiale[87], incoraggia energicamente l'adozione delle tecnologie dotate di IA, pur ponendo un accento significativo sui rischi al suo utilizzo: si è cercato di garantire un equilibrio tra la spinta innovatrice ed i valori e principi unionali che ne caratterizzano il sistema. Il legislatore europeo

[84] Sul tema della responsabilità extracontrattuale nell'ambito dell'IA cfr. S.K. KATYAL, *Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence*, in UCLA Law Review, vol. 66, no. 1, January 2019, pp.54-141; A. BERTOLINI, *Robots and liability -Justifying a change in perspective*, in F. BATTAGLIA, J. NIDA-RÜMELIN N. MUKERJI (a cura di), Rethinking Responsibility Science and Technology, in Pisa University Press, Pisa, 2014, pp. 143-166; A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and Civil Liability*, Document requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, 2020.

[85] Composto da centoottanta considerando, centotredici articoli suddivisi in tredici capi (nell'ordine: disposizioni generali; pratiche di intelligenza artificiale vietate; sistemi di IA ad alto rischio; obblighi di trasparenza per i fornitori e i deployer di determinati sistemi di IA; modelli di IA per finalità generali; misure a sostegno dell'innovazione; governance; banca dati dell'UE per i sistemi di IA ad alto rischio; monitoraggio successivo all'immissione sul mercato, condivisione delle informazioni, vigilanza del mercato; codici di condotta e orientamenti; delega di potere e procedura di comitato; sanzioni; disposizioni finali) e tredici allegati.

[86] I principali *competitor*, Cina e Usa, risultano dotati di una normativa regolatrice piuttosto frammentaria, sul punto cfr. P. FALLETTA, A. MARSANO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali: il rapporto tra Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale e GDPR*, Rivista italiana di informatica e diritto, 1/2024, p. 4 e ss. Gli Stati Uniti hanno preferito, in contrapposizione all'occidente, utilizzare un approccio *ex post*, come osservato da A. VETRO, *Intelligenza Artificiale e Responsabilità di sviluppatori, fornitori e utilizzatori*, in Nexa Center for Internet & Society, Politecnico di Torino, «gli USA hanno preferito utilizzare – sino all'avvento del nuovo Presidente Trump - un approccio *ex post* e decentralizzato, in cui si predilige una regolamentazione minima a livello centrale (o federale nel caso USA), demandando ai singoli stati di normare la questione e limitando gli interventi a quelli di singole agenzie federali, come la FTC (Federal Trade Commission). Invece di stabilire norme preventive, la FTC interviene a posteriori, sanzionando quelle imprese che di volta in volta sono determinate come responsabili di un danno causato dai loro sistemi di IA. Questo approccio permette una maggiore libertà nell'innovazione, ma rischia di rendere insufficiente o inesperibile la tutela per i soggetti lesi». L'approccio orientale è classificabile a metà strada rispetto ai precedenti poiché caratterizzato da un quadro autoritario tendente a stabilire un elevato sviluppo dell' IA, ma anche da interventi repentini di regolazione del legislatore (ad es. in materia di *fake news*), inoltre la normativa cinese risulta fondata sul principio secondo il quale gli esseri umani debbono mantenere il controllo sui sistemi di IA ed essere responsabili delle conseguenze del loro utilizzo, cfr. Ethical Norms for New Generation Artificial Intelligence Released, PRC Ministry of Science and Technology, 25 September 2021, in cset.georgetown.edu/publication/ethical-norms-for-new-generation-artificial-intelligence-released.

[87] La Commissione proponeva un quadro strategico per l'adozione dell'IA in Europa, con particolare attenzione agli aspetti etici e di responsabilità. Commissione europea, Libro bianco sull'intelligenza artificiale – Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia (COM (2020) 65), 19 febbraio 2020.


ISSN 2036-7821

utilizza un approccio normativo orizzontale, basandosi su una nozione lungimirante di IA al fine di ricomprendere al suo interno tutte quelle attività ad essa riconducibili[88] oltre che ad utilizzare un pragmatico approccio basato sul rischio[89].
Nel regolamento sono individuati quattro diversi livelli di rischio, che, al gradino più alto di pericolosità, inseriscono le "pratiche di IA vietate" nel mercato europeo (articolo 5); successivamente, i sistemi ad alto rischio (capo 3, artt. 6-49, ed Allegato III) oggetto della parte più considerevole di normazione ed in ultimo, i sistemi a basso rischio o che richiedono solo obblighi minimi di informazione a favore degli utilizzatori finali, cittadini compresi. L'AI Act, per l'appunto, si concentra sulla prevenzione dei rischi legati all'IA prima che si verifichino (approccio *ex ante*)[90], stabilendo regole chiare per la progettazione, lo sviluppo e l'implementazione di sistemi di IA. La formula della classificazione in base al rischio (da basso a inaccettabile) impone requisiti specifici per i sistemi ad alto rischio[91], inclusi requisiti di trasparenza e monitoraggio.
Con espresso riferimento al tema della responsabilità, il Regolamento, all'art. 25, rubricato "Responsabilità lungo la catena del valore dell'IA", tenta di intervenire sulle affannose questioni emerse. Opportuno è sottolineare come la dicitura "lungo la catena" sia un chiaro segnale del legislatore di aver ben compreso che le problematiche attinenti all'uso di tali sistemi sia ascrivibile a diversi momenti e, di

[88] Cfr. nota n. 5.

[89] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 3, par. 1, n. 2 che definisce il rischio «la combinazione della probabilità del verificarsi di un danno e la gravità del danno stesso». Come osservato da G. LO SAPIO, *L'Artificial Intelligence Act e la prova di resistenza per la legalità algoritmica*, in federalismi.it, 2024, i vari livelli di rischio prevedono misure vanno dal divieto assoluto di immissione nel mercato europeo di specifiche applicazioni oggetto di disciplina nel Titolo II (divieti, ma anche alcune eccezioni, come nelle ipotesi consentite di riconoscimento biometrico in tempo reale in luoghi aperti al pubblico) all'incentivo ad adottare codici di condotta volontari (come nel caso dei sistemi di IA per i videogiochi, di cui al Titolo IX). Sull'approccio risk-based, cfr. G. FINOCCHIARO, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in Diritto dell'Informazione e dell'Informatica, 2, 2022, pag. 303; D. MESSINA, *La proposta di Regolamento europeo in materia di intelligenza artificiale: verso una "discutibile" tutela individuale di tipo consumer-centric nella società dominata dal pensiero artificiale*, in Medialaws, 2022, 2; C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in Biolaw Journal, 2022, 415; G. MAZZINI, S. SCALZO, *The proposal for Artificial Intelligence Act: considerations around some key concepts*, 2022,disponibile nel sito SSRN, G. LO SAPIO, *Intelligenza artificiale: rischi, modelli regolatori, metafore*, in Federalismi.it, 19 ottobre 2022.

[90] L'AI Act ha una natura normativa di tipo preventivo e mira ad evitare futuri problemi riconducibili all'utilizzo dell'IA, al contrario l'AI Liability Directive e la revisione della direttiva sui prodotti difettosi si occupano di come risolvere i problemi dopo che si sono verificati (responsabilità e risarcimento).

[91] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 6 «un sistema di IA è considerato ad alto rischio se sono soddisfatte entrambe le condizioni seguenti: a) il sistema di IA è destinato a essere utilizzato come componente di sicurezza di un prodotto, o il sistema di IA è esso stesso un prodotto, disciplinato dalla normativa di armonizzazione dell'Unione elencata nell'allegato I; b) il prodotto, il cui componente di sicurezza a norma della lettera a) è il sistema di IA, o il sistema di IA stesso in quanto prodotto, è soggetto a una valutazione della conformità da parte di terzi ai fini dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di tale prodotto ai sensi della normativa di armonizzazione dell'Unione».


ISSN 2036-7821

conseguenza, a diversi attori e fasi.

Il testo si concentra su una chiara elencazione, in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio, di chi sia considerato effettivamente il fornitore del sistema[92], comprendendo al suo interno, aldilà della sua posizione giudica effettiva all'interno della catena del valore "qualsiasi distributore, importatore, *deployer*[93] o altro terzo"; per il legislatore europeo è fornitore colui che appone il proprio marchio su un sistema di IA. Tale soggetto, seppur responsabile della creazione o messa in atto della tecnologia, potrebbe andare incontro a delle evenienze - a lui non imputabili - di modifica sostanziale al sistema o della finalità[94] dello stesso sicché, in tal caso, l'IA Act si preoccupa di stabilire chi verrà considerato "nuovo" fornitore[95].

È chiaro come la normativa sia particolarmente attenta al regime dell'imputabilità che nella fase di immissione nel mercato resta in capo al fornitore, salvo che intervengano fatti ed elementi modificativi capaci di disporre un sostanziale cambiamento di imputazione: il legislatore, così facendo, risponde ad un importante interrogativo circa l'imputazione della responsabilità. La norma, poi, si preoccupa anche di stabilire i rapporti tra chi fornisce il sistema di IA ad alto rischio ed il terzo fornitore di strumenti, servizi, componenti o processi utilizzati o integrati in un sistema di IA ad alto rischio. Quest'ultimi sono tenuti, mediante accordo scritto, a precisare le informazioni, le capacità, l'accesso tecnico e qualsiasi altra forma di assistenza necessari, sulla base dello stato dell'arte generalmente riconosciuto per

[92] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 3, comma 3) che definisce il fornitore quale «persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali o che fa sviluppare un sistema di IA o un modello di IA per finalità generali e immette tale sistema o modello sul mercato o mette in servizio il sistema di IA con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito».

[93] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 3 comma 4) indicante il *deployer* come «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la propria autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale».

[94] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 25 comma 1), tipicizza le fattispecie, «a) se appone il proprio nome o marchio su un sistema di IA ad alto rischio già immesso sul mercato o messo in servizio, fatti salvi accordi contrattuali che prevedano una diversa ripartizione degli obblighi al riguardo; b) se apporta una modifica sostanziale a un sistema di IA ad alto rischio già immesso sul mercato o già messo in servizio in modo tale che resti un sistema di IA ad alto rischio a norma dell'articolo 6; c) se modifica la finalità prevista di un sistema di IA, anche un sistema per finalità generali, che non è stato classificato come ad alto rischio e che è già stato immesso sul mercato o messo in servizio in modo tale che il sistema di IA interessato diventi un sistema di IA ad alto rischio a norma dell'articolo 6».

[95] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 25 comma 2), dove in base alle circostanze, «il fornitore che ha inizialmente immesso sul mercato o messo in servizio il sistema di IA non è più considerato fornitore di quel determinato sistema di IA ai fini del presente regolamento. Tale fornitore iniziale coopera strettamente con i nuovi fornitori e mette a disposizione le informazioni necessarie nonché fornisce l'accesso tecnico ragionevolmente atteso e qualsiasi altra forma di assistenza che sono richiesti per l'adempimento degli obblighi di cui al presente regolamento, in particolare per quanto riguarda la conformità alla valutazione della conformità dei sistemi di IA ad alto rischio. Il presente paragrafo non si applica nei casi in cui il fornitore iniziale abbia chiaramente specificato che il suo sistema di IA non deve essere trasformato in un sistema di IA ad alto rischio e pertanto non sia soggetto all'obbligo di consegnare la documentazione».


ISSN 2036-7821

permettere al fornitore del sistema di IA ad alto rischio di adempiere pienamente agli obblighi del legislatore europeo[96].

Alla luce degli spunti offerti dalla normativa europea, chiari risultano gli sforzi compiuti al fine di arginare quanto più possibile le criticità in relazione all'utilizzo dei sistemi descritti, classificati in ordine al rischio, che prevedono maggiori tutele quando sono classificati nella categoria "alto rischio". Nondimeno, se ben risultano delineate le categorie di rischio e le criticità nell'utilizzo, dal punto di vista applicativo, IA Act pur compiendo un ulteriore sforzo e passo in avanti in tema di codificazione, non riesce a fornire un quadro totalmente risolutorio delle delicate questioni legate all'uso dei sistemi di automazione e dei danni che i modelli di IA possono generare e le relative responsabilità.

### *7. Applicazioni future*

La presente trattazione ha certamente messo in luce le difficoltà riscontrate nell' inquadrare, entro dei rigidi confini, i profili di responsabilità dell'amministrazione utilizzatrice di sistemi di intelligenza artificiale. Chiara è anche la volontà del legislatore, nazionale ed europeo, fortemente orientata verso la necessità di regolare la realtà di riferimento. Il tema è complesso ed attanagliato da un costante e rapido aggiornamento ed accrescimento delle tecnologie; le diverse velocità cui viaggiano, da un lato le innovazioni scientifiche e, dall'altro, i tentativi di normazione delle stesse, realizzano uno scenario ove risulta difficile tenere il passo l'une con le altre ed in tale prospettiva il legislatore appare relegato ad una continua posizione di inseguitore-regolatore della scia scientifica. Dubbi sorgono anche sulle fonti[97] da preferire al fine di risultare più efficaci in questa complessa opera: se è vero che la normazione primaria permette di avere una maggiore resistenza e forza rispetto agli altri atti di legge, è anche vero che risulta essere quella meno celere ad essere operativa in ragione degli iter di approvazione più complessi; al contrario, fonti secondarie consentono di essere più celeri e spediti nella regolamentazione, ma al

[96] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), art. 25 comma 4), «Il fornitore di un sistema di IA ad alto rischio e il terzo che fornisce un sistema di IA, strumenti, servizi, componenti o processi utilizzati o integrati in un sistema di IA ad alto rischio precisano, mediante accordo scritto, le informazioni, le capacità, l'accesso tecnico e qualsiasi altra forma di assistenza necessari, sulla base dello stato dell'arte generalmente riconosciuto per permettere al fornitore del sistema di IA ad alto rischio di adempiere pienamente agli obblighi di cui al presente regolamento. Il presente paragrafo non si applica ai terzi che rendono accessibili al pubblico strumento, servizi, processi o componenti, diversi dai modelli di IA per finalità generali, con licenza libera e open source. L'ufficio per l'IA può elaborare e raccomandare clausole contrattuali tipo volontarie tra i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio e i terzi che forniscono strumenti, servizi, componenti o processi utilizzati o integrati in sistemi di IA ad alto rischio. Nell'elaborare tali clausole contrattuali tipo volontarie, l'ufficio per l'IA tiene conto dei possibili requisiti contrattuali applicabili in determinati settori o casi commerciali. Le clausole contrattuali tipo volontarie sono pubblicate e disponibili gratuitamente in un formato elettronico facilmente utilizzabile».

[97] Per tutti R. ROLLI, Regolamenti (ad vocem), in Enc. Giur, 2018.


ISSN 2036-7821

contempo si potrebbe incorrere nel rischio di ipertrofia legislativa[98], dando vita ad un sistema stratificato e disorientante per gli operatori del settore (né è stato un valevole esempio l'uso spregiudicato dei DPCM nella pandemia)[99]. Il punto di equilibrio non è certo di facile raggiungimento, ma il legislatore domestico e non, devono, per forza di cose, cooperare nel tentativo di raggiungerlo. A tale scopo alcuni autori propongono di dare spazio a forme innovative di responsabilità, si pensi alla c.d. *responsability by design*[100], possibile "terza via" nel delicato bilanciamento tra regolamentazione e libertà, questa punta su una consapevolezza diffusa riguardo a ciò che si può costruire, rafforzare, indebolire o addirittura distruggere e imprigionare con le tecnologie di intelligenza artificiale. Tali forme di responsabilità

[98] È stato evidenziato da M. COLOMBO come il Rapporto Draghi (si v. nota n. 1) abbia dato il via ad una riflessione circa l'eccessiva presenza, negli Stati membri, di normativa specifica nel settore digitale e altrettante autorità di regolamentazione attive nelle reti digitali. Tale complessità normativa contribuisce a frammentare i mercati e a vincolare l'innovazione, ostacolando la crescita delle imprese europee, in particolare delle piccole e medie imprese (PMI). Ancora l'autore ribadisce come: «il rapporto ha posto l'attenzione sulle sovrapposizioni tra il GDPR e l'AI Act che creano una frammentazione normativa che complica il panorama regolatorio per le aziende tecnologiche, rallentando lo sviluppo nel settore dell'intelligenza artificiale. Per affrontare queste sfide, il rapporto ha suggerito alla Commissione la necessità di una revisione del GDPR volta a semplificare le normative, ridurre gli oneri amministrativi e armonizzare l'applicazione delle leggi sulla protezione dei dati tra gli Stati membri dell'UE. L'obiettivo è facilitare l'innovazione e migliorare la competitività delle imprese europee nel mercato globale». Cfr. M. COLOMBO, *Prospettive e insidie della proposta di riforma "omnibus" della commissione europea*, Centro Studi Privacy, 2025.

[99] Sul tema cfr. R. ROLLI, R. STUPAZZINI, *Potere di ordinanza extra ordinem e conflitti tra Stato, Regioni ed enti locali*, in Nomos, 2/2020.

[100] Il Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), al considerando (72), sul punto chiarisce che: «Per rispondere alle preoccupazioni relative all'opacità e alla complessità di determinati sistemi di IA e aiutare i deployer ad adempiere ai loro obblighi a norma del presente regolamento, è opportuno imporre la trasparenza per i sistemi di IA ad alto rischio prima che siano immessi sul mercato o messi in servizio. I sistemi di IA ad alto rischio dovrebbero essere progettati in modo da consentire ai deployer di comprendere il funzionamento del sistema di IA, valutarne la funzionalità e comprenderne i punti di forza e i limiti. I sistemi di IA ad alto rischio dovrebbero essere accompagnati da informazioni adeguate sotto forma di istruzioni per l'uso. Tali informazioni dovrebbero includere le caratteristiche, le capacità e i limiti delle prestazioni del sistema di IA. Tali elementi comprenderebbero informazioni su possibili circostanze note e prevedibili connesse all'uso del sistema di IA ad alto rischio, compresa l'azione del deployer suscettibile di influenzare il comportamento e le prestazioni del sistema, nel quadro dei quali il sistema di IA può comportare rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali, sulle modifiche che sono state predeterminate e valutate a fini di conformità dal fornitore e sulle pertinenti misure di sorveglianza umana, comprese le misure volte a facilitare l'interpretazione degli output del sistema di IA da parte dei deployer. La trasparenza, comprese le istruzioni per l'uso che la accompagnano, dovrebbe aiutare i deployer a utilizzare il sistema e a prendere decisioni informate. Tra l'altro, i deployer dovrebbero essere nella posizione migliore per effettuare la scelta corretta del sistema che intendono utilizzare alla luce degli obblighi loro applicabili, essere a conoscenza degli usi previsti e vietati e utilizzare il sistema di IA in modo corretto e opportuno. Al fine di migliorare la leggibilità e l'accessibilità delle informazioni incluse nelle istruzioni per l'uso, se del caso, dovrebbero essere inclusi, esempi illustrativi, ad esempio sulle limitazioni e sugli usi previsti e vietati del sistema di IA. I fornitori dovrebbero garantire che tutta la documentazione, comprese le istruzioni per l'uso, contenga informazioni significative, complete, accessibili e comprensibili, tenendo conto delle esigenze e delle conoscenze prevedibili dei deployer destinatari. Le istruzioni per l'uso dovrebbero essere messe a disposizione in una lingua che possa essere compresa facilmente dai deployer destinatari, secondo quanto stabilito dallo Stato membro interessato».


ISSN 2036-7821

potrebbero essere utili ad assicurare una adeguatezza dei modelli già in una fase embrionale a patto che questi si facciano carico a monte dei potenziali rischi ed eventi negativi[101], coniugando così le promesse dell'intelligenza artificiale – in termini di incremento di produttività, redditività ed efficienza – con l'esigenza di garantire la coerenza organizzativa rispetto ai principi di responsabilità sociale e individuale. Sotto altra prospettiva, si è sottolineata la necessità di una "responsabilizzazione etica della società digitale", che deve passare attraverso una regolazione necessaria finalizzata alla garanzia dei diritti fondamentali, sino a immaginare un garante che potrebbe essere una Autorità della Società Digitale[102], in tal senso si potrebbe pensare di passare dalla "responsabilità" all' "approccio responsabile", con un ragguardevole cambio di prospettiva necessario per non focalizzarsi sul *chi* ma sul *come* ed intervenire caso per caso.

Altra parte della dottrina, al momento minoritaria, tenta di attribuire personalità giuridica alla stessa IA, partendo dalla premessa che nel diritto non è affatto esclusa la possibilità di attribuire una responsabilità alla "cosa" della quale rispondono soggetti puntualmente individuati[103], ragion per cui si è ravvisato come elemento fondativo della nascente responsabilità robotica, quello della responsabilità "oggettiva", suggerendo un richiamo alle norme del codice civile contenute negli artt. 2049-2054. In particolare, il parallelismo più significativo viene costruito in riferimento all'art. 2051 c.c., traslando il concetto di "cosa data in custodia" a quello di "cosa data in custodia, ma dotata di intelligenza" e al successivo articolo 2052 sulla responsabilità da comportamento di animali[104]. Tale impostazione è, però, in contrasto con la visione antropocentrica del legislatore europeo - e di chi scrive - che sottolinea come l'IA sia una tecnologia al servizio della società e governata da questa in quanto strumento per le persone, con il fine ultimo di migliorare il benessere degli esseri umani, arricchire le loro vite e risolvere problemi complessi[105].

È allora essenziale comprendere che l'IA è stata sviluppata con l'intento di potenziare

---

[101] F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica*, trad. it. P. BOSSOTTI, Roma, 2021, p. 30.

[102] A. CELOTTO, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in *Anal. Giur. Ec.*, 2019, 47.

[103] M. ANDERSON, S.L. ANDERSON (a cura di), *Machine ethics*, Cambridge, 2018; R. CELOTTO, *I robot possono avere*

*diritti?* e A. D'ALOIA, *Il diritto verso il nuovo mondo, Le sfide dell'intelligenza artificiale*, p. 7 ss., entrambi in A. D'ALOIA (a

cura di), *Intelligenza artificiale e diritto*, Milano, 2020.

[104] Per una visione favorevole all'adeguamento delle già esistenti norme in tema di responsabilità agli scenari di IA si segnala U. RUFFOLO, *Per i fondamenti di un diritto della robotica self-learning; dalla machinery produttiva all'auto driverless: verso una "responsabilità da algoritmo"?*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, pp. 6-13.

[105] Regolamento UE 2024/1689 (AI Act), considerando (6); sul punto è utile richiamare anche un caso presentato all'Ufficio europeo dei brevetti, ove si tentava di attribuire l'invenzione un sistema di IA; l'Ufficio, in linea con la visione europea, ha fermamente ribadito, però, come «i sistemi o le macchine di AI non sono titolari di diritti, anche ai fini della procedura di brevettazione di una invenzione, perché non hanno una personalità giuridica paragonabile alle persone fisiche o giuridiche».


ISSN 2036-7821

l'efficienza e la qualità della vita umana ma è, altrettanto, fondamentale considerare che la progettazione e l'implementazione della stessa devono essere guidate da valori etici e da una visione antropocentrica. La sorveglianza umana, il controllo umano o la riserva di umanità, tutti sinonimi di un medesimo concetto, non appaiono derogabili o quantomeno in futuro dovrà essere concepito un sistema capace di coadiuvare al meglio gli interessi dei consociati attraverso sistemi di intelligenza artificiale non supervisionati direttamente dall'individuo. Seppur lodevole il tentativo di parte della dottrina di considerare sempre possibile il controllo umano, la prassi suggerisce che i momenti in cui il controllo sfugge sono sempre maggiori, da qui l'esigenza di un apparato di garanzia capace di poter incidere significativamente anche su procedimenti totalmente automatizzati.

L'invito è a riflettere sulla nostra relazione con le macchine: se da un lato possiamo considerare le tecnologie come un'estensione delle nostre capacità, dall'altro dobbiamo chiederci se la nostra dipendenza crescente da queste scienze possa compromettere la nostra umanità. La macchina, infatti, non possiede emozioni, intuizioni o esperienze umane; affidarsi completamente a essa per prendere decisioni cruciali può ridurre significativamente la nostra capacità di agire come individui autonomi e responsabili. In questo contesto, è fondamentale promuovere una visione equilibrata dell'IA, in cui gli esseri umani rimangano al centro del processo decisionale e vengano coinvolti attivamente sia dal lato decisorio ma anche ragione di quelle funzioni partecipative di cui all'articolo 10 della L. 241 del 1990.

La sfida consiste nel trovare un equilibrio tra l'uso delle tecnologie avanzate e il mantenimento dei valori umani fondamentali, come l'empatia, la creatività e la moralità. Solo attraverso un approccio responsabile ed inclusivo, che metta al primo posto i valori umani, possiamo essere in grado di servire l'umanità in modo positivo e sostenibile. In futuro sarà necessario integrare la tecnologia in modo che essa amplifichi le nostre capacità senza comprometterne l'essenza. Per raggiungere questo obiettivo, è fondamentale promuovere una collaborazione interdisciplinare tra esperti di tecnologia, etica, sociologia e diritto. Solo attraverso una visione critica e inclusiva, in grado di integrare diverse prospettive e competenze, potremo garantire che l'IA non solo serva l'umanità, ma contribuisca a un mondo migliore per tutti.

La sua funzione antropocentrica deve essere promossa in modo che possa amplificare la nostra capacità di risolvere problemi, stimolare la creatività e facilitare la comunicazione, senza mai dimenticare la responsabilità etica nei confronti di noi stessi e delle generazioni future: la vera sfida risiede nella capacità di guidare l'IA verso un futuro capace di riflettere i migliori ideali dell'umanità ma, allo stesso tempo, di predisporre innovativi meccanismi di garanzia e controllo capaci di intervenire effettivamente quando vengano lesi interessi individuali.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Il ruolo dell'AgID nella digitalizzazione della Pubblica Amministrazione: considerazioni intorno al Piano Triennale per l'informatica 2024-2026

di **Francesco Russo**

(Dottorando di ricerca presso l'Università della Campania Luigi Vanvitelli)

## Sommario

1. Il Piano Triennale per l'Informatica come strumento per comprendere il ruolo di AgID nella trasformazione digitale della PA. 2. Digitalizzazione della pubblica amministrazione e profili evolutivi dell'impianto di *governance*. 3. La peculiare collocazione di AgID nel contesto delle agenzie amministrative. 4. Le sfide della Digitalizzazione e il contributo dell'AgID. 5. Il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2024-2026: il ruolo dell'AgID tra indirizzo e consulenza.

## Abstract

The digital transformation of the Italian public sector is a priority, supported by the Agency for Digital Italy (AgID), regulated under the Digital Administration Code in 2005. Over time, AgID has seen its role evolve, qualifying as a strategic actor in the implementation of projects to modernize public administration. The study analyzes its contribution to promoting digital innovation and cultural transformation, examining policies, strategies, and intervention tools, starting from the prerogatives exercised by the Agency for the purpose of developing the Three-Year Plan for IT in Public Administration, highlighting the critical issues of an administrative intervention that is only relatively binding.

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


ISSN 2036-7821

***1. Il Piano Triennale per l'Informatica come strumento per comprendere il ruolo di AgID nella trasformazione digitale della PA.***

La trasformazione digitale della pubblica amministrazione italiana si fonda su un complesso sistema di *governance* multilivello, nel quale un ruolo centrale è attribuito all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID). Quest'ultima rappresenta una delle istituzioni cardine nel panorama delle agenzie amministrative nazionali, con la missione di guidare, coordinare e monitorare l'attuazione delle politiche in materia di innovazione tecnologica e digitalizzazione dei servizi pubblici[1]. Il fulcro dell'attività di indirizzo strategico di AgID è rappresentato dal Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione, documento programmatico di rilievo primario che, aggiornato con cadenza annuale, delinea le priorità, gli obiettivi e le azioni necessarie per un'evoluzione coerente e sistemica della PA digitale. Il Piano Triennale si configura, da un punto di vista giuridico, come uno strumento di programmazione amministrativa di tipo tecnico-strategico, con il quale AgID esplicita le linee guida e gli standard a cui le pubbliche amministrazioni sono tenute a conformarsi nello sviluppo e nella gestione dei propri sistemi informativi. Esso è strettamente connesso al quadro normativo delineato dal Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), che attribuisce all'Agenzia funzioni di impulso, regolazione e vigilanza in materia di tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), definendo una base giuridica fondamentale per l'esercizio delle sue competenze[2].

L'interesse per il Piano deriva alla circostanza per cui, attraverso lo studio dello stesso, è possibile analizzare la peculiare collocazione istituzionale di AgID nell'architettura amministrativa nazionale, valutando la sua capacità di esercitare un'influenza concreta e vincolante sulle scelte tecnologiche delle amministrazioni pubbliche, individuando i limiti normativi, strutturali e operativi che ne condizionano l'efficacia.

In questo contesto, il Piano Triennale rappresenta non solo uno strumento tecnico di pianificazione, ma anche un osservatorio privilegiato per comprendere le dinamiche istituzionali e i rapporti di forza tra amministrazioni centrali e periferiche, nonché tra l'Agenzia e gli altri attori del sistema pubblico digitale.

***2. Digitalizzazione della pubblica amministrazione e profili evolutivi dell'impianto di governance.***

La transizione verso la digitalizzazione, in ambito amministrativo, ha preso avvio agli inizi degli anni '90, nel quadro dei più vasti percorsi di riforma della pubblica

[1] https://www.agid.gov.it/it/agenzia

[2] R. VIGNOLA, *Il nuovo piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione 2019-2021 e i servizi demografici*, in *Lo Stato Civile Italiano*, 2019, 7-8, p. 45-49.


ISSN 2036-7821

amministrazione di quel decennio e nella prospettiva di soddisfare le esigenze di trasparenza, efficienza ed economicità nell'azione dei pubblici poteri.

Prima del 1992, infatti, con riguardo al nostro ordinamento, non esisteva un organo specificamente incaricato del governo dei processi di informatizzazione delle pubbliche amministrazioni. All'interno del Dipartimento della Funzione Pubblica, operava la "Commissione per il coordinamento dell'informatica nella pubblica amministrazione", comunemente conosciuta come "Commissione informatica"[3], ma l'organismo aveva principalmente un ruolo consultivo e propositivo, funzionale a definire gli obiettivi e le linee guida per il coordinamento dell'automazione nel settore pubblico e stabilire le aree prioritarie per avviare e coordinare progetti di rilievo intersettoriale, attraverso l'analisi e la valutazione dei programmi preparati dalle singole amministrazioni[4].

Il processo ha trovato, dopo breve tempo, una più articolata strutturazione, attraverso l'istituzione, nel 1993, dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA), con il compito di regolare[5] i sistemi informativi automatizzati delle amministrazioni pubbliche[6].

L'AIPA operava in maniera centralizzata[7] e si occupava delle attività interne all'amministrazione[8], ossia aveva il compito di standardizzare, interconnettere ed integrare i sistemi delle varie pubbliche amministrazioni, concentrandosi principalmente sulle amministrazioni centrali dello Stato e sugli enti pubblici[9]. Non

[3] Istituita sulla base dell'art. 27 della legge 29 marzo 1983, n. 32 nonché dall'art. 2. Del D.P.R del 20 giugno 1984, n.536, ed i cui poteri sono stati in seguito ridefiniti dall'art. 7 del D.P.C.M del 15 febbraio 1989.

[4] Come imposto dalla legge 29 marzo 1983, n. 93, nota come "Legge per l'informatica nella pubblica amministrazione". Questa legge stabiliva le prime linee guida per l'informatizzazione delle amministrazioni pubbliche italiane, prevedendo la creazione di un piano nazionale per l'informatica pubblica.

[5] Ossia con compiti di supervisione e definizione di norme e/o linee guida riguardo ai sistemi informativi automatizzati delle pubbliche amministrazioni. Tale ruolo di "regolazione" implicava che l'AIPA si dovesse occupare anche di stabilire gli standard, criteri e direttive da seguire per l'adozione, gestione e sviluppo dei sistemi informatici nel settore pubblico.

[6] F. ANGELINI, *L'autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA): natura,* in *Informatica del diritto,* 1996, 1, p. 133-146: L'AIPA operava presso la presidenza del Consiglio dei ministri, era composta dal presidente e quattro membri, scelti tra individui dotati di elevata competenza, riconosciuta professionalità, alta integrità morale e indipendenza indiscusse, nominati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

[7] F. ANGELINI, *L'autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione (AIPA): natura, in Informatica del diritto,* 1996, 1, p. 133-146: Difatti l'AIPA gestiva e coordinava le funzioni amministrative direttamente, come un grande e un unico organismo centrale, piuttosto che distribuire tali responsabilità tra varie amministrazioni o enti locali.

[8] M. MINERVA, *L'autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione,* in *Amministrazione e contabilità dello Stato e degli Enti pubblici,* 1997, 1, p. 45-91: I compiti principali dell'AIPA erano: pianificazione ed elaborazione di piani strategici, coordinamento delle politiche di informatizzazione, supporto tecnico e consulenza sulle migliori strategie da mettere in pratica, emanazione di linee guida per l'adozione e l'utilizzo di nuove tecnologie.

[9] F. BAILO, E-*government- la responsabilità della PA e dei propri agenti nel rapporto con gli amministrati,* in *federalismi.it,* 2008, 12, p. 2 e ss.: "L'autorità per l'informatica della pubblica amministrazione aveva il compito di consentire una maggiore cooperazione tra stato, regioni ed enti locali. Difatti, al fine di perseguire meglio tale scopo, nacque il progetto sul Sistema Pubblico di Connettività (SPC), ossia un'infrastruttura condivisa che assicura alle amministrazioni, a tutti i livelli di governo, lo scambio di dati e informazioni, nonché i conseguenti servizi di


ISSN 2036-7821

siamo, in ogni caso, al cospetto di una vera e propria autorità amministrativa indipendente, sul modello delle *authorities*. Queste ultime, com'è noto, operano infatti in una posizione tendenzialmente esterna rispetto al Governo, occupandosi della regolamentazione di settori specifici del mercato e della sfera economica rispetto ai quali convergono interessi pubblici e privati, laddove l'AIPA agiva sotto il diretto controllo della Presidenza del Consiglio dei ministri[10] e non si vedeva riconosciuta una posizione di indipendenza istituzionale. Questo impianto è rimasto in piedi una decina di anni, fino all'approvazione del Codice in materia di protezione dei dati personali per effetto del decreto legislativo 30 giugno 2003 n. 196, laddove, all'articolo 176, si dispone la soppressione di AIPA e il trasferimento delle relative competenze presso l'istituendo Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA). La riforma ebbe dunque conseguenze prevalentemente organizzative, posto che la stessa non comportò una rilevante trasformazione sul piano delle funzioni, poiché il nuovo soggetto ereditò le competenze già in carico presso l'AIPA e il riferito Centro tecnico[11].

Il d.lgs. 1° dicembre 2009, n. 177, in attuazione della delega contenuta nell'art. 24 della legge 18 giugno 2009, n. 699, ha provveduto al riordino complessivo del CNIPA, con un contestuale cambio di denominazione[12]. Il decreto ha chiarito, peraltro, la natura dell'organismo, preposto al coordinamento dell'informatica pubblica, modificandone anche il ruolo rispetto a quello precedentemente svolto, con alterne vicende, dall'AIPA e dal CNIPA[13]. Se questi ultimi operavano "presso la Presidenza del Consiglio dei ministri" con "autonomia tecnica e funzionale" e "indipendenza di giudizio", DigitPA, invece, veniva posta sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio dei ministri e operava secondo le relative direttive, godendo, in ogni caso, di un rilevante margine di autonomia tanto sul piano tecnico e funzionale, quanto amministrativo, contabile, finanziario e patrimoniale.

In seguito, il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, "Misure urgenti per la crescita del Paese"[14],

---

trasporto di dati, di interoperabilità di base ed evolutiva a livelli di qualità e sicurezza definiti e garantiti. In virtù di queste caratteristiche si pone l'obiettivo primario di semplificare notevolmente i rapporti tra le singole amministrazioni e tra queste e l'utente".

[10] In altre parole, mentre l'AIPA operava all'interno della struttura amministrativa del governo, le *authorities* sono entità indipendenti, separate dal governo, che agiscono al di fuori di esso. Questo significa che le *authorities* non fanno parte direttamente del governo centrale e spesso hanno il compito di regolare settori specifici dell'economia o del mercato con un certo grado di autonomia decisionale.

[11] L'art. 176, comma 6, d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, previde che la denominazione "Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione", contenuta nella normativa all'epoca vigente, fosse sostituita da "Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione"

[12] Cfr. *DigitPA, in Enciclopedia giuridica TRECCANI*, 2012, Roma: Il CNIPA, difatti, fu rinominato DigitPA e qualificato come "ente pubblico non economico", con funzioni progettuali, tecniche e operative, e con la missione di contribuire alla creazione di valore per cittadini e imprese da parte della pubblica amministrazione, attraverso la realizzazione dell'amministrazione digitale.

[13] S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 193 e ss.

[14] Convertito in legge il 7 agosto 2012, n. 134.


ISSN 2036-7821

ha soppresso DigitPA, l'Agenzia per la diffusione delle tecnologie per l'innovazione e il Dipartimento per la Digitalizzazione e Innovazione tecnologica[15], istituendo contestualmente l'AgID, alla quale ha trasferito le funzioni di questi enti.
Il 2012 rappresenta comunque un anno cruciale per la svolta al digitale nella pubblica amministrazione poiché segna l'approvazione dell'Agenda Digitale Italiana[16], dettata principalmente dalla necessità di adeguarsi alle politiche europee sull'innovazione tecnologica[17], come descritte nell'Agenda Digitale Europea (ADE)[18]. Difatti, pochi anni prima, precisamente nel 2010, venne emanata l'Agenda Digitale Europea (ADE) che, nell'ambito della strategia Europa 2020, mirava a promuovere la crescita sostenibile e l'innovazione mediante la diffusione di tecnologie digitali e lo sviluppo di un mercato unico digitale[19]. Pertanto, in questo contesto, l'Italia ha sviluppato l'Agenda Digitale Italiana (ADI), la quale si pone come obiettivo la traduzione delle linee guida dell'ADE in interventi concreti al fine di accelerare la digitalizzazione del settore pubblico e privato, migliorare l'efficienza della Pubblica Amministrazione e aumentare la competitività del Paese. Così, l'ADI si configura non solo come un adattamento delle direttive europee, ma come un piano strategico per colmare il divario digitale rispetto ad altri Paesi membri dell'UE, mediante iniziative mirate a migliorare l'accesso alle infrastrutture digitali, la sicurezza informatica e a favorire l'alfabetizzazione digitale tra i cittadini[20].
All'AgID[21] sono stati riconosciuti poteri di coordinamento e promozione della

[15] Cfr. *DigitPA, in Enciclopedia giuridica TRECCANI*, 2012, Roma: "Ente pubblico, sottoposto alla vigilanza del ministero per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione, con il compito di promuovere e supportare lo sviluppo della digitalizzazione in questo settore. L'ente, che ha sede a Roma, svolge sia funzioni di natura progettuale e operativa sia di monitoraggio e coordinamento delle attività delle singole pubbliche amministrazioni."

[16] Cfr. www.funzionepubblica.gov.it/digitalizzazione/agenda-digitale: "L'Agenda Digitale Europea è uno dei 7 pilastri della Strategia "Europa 2020", che indica gli obiettivi di crescita dell'UE fino al 2020. Lo scopo dell'Agenda Digitale è fare leva sul potenziale delle tecnologie ICT per favorire innovazione, progresso e crescita economica, avendo come obiettivo principale lo sviluppo del mercato unico digitale. Nel quadro dell'Agenda Digitale Europea, l'Italia ha sviluppato l'Agenda Digitale Italiana, una strategia nazionale per raggiungere gli obiettivi indicati dall'Agenda Europea. L'Agenda Digitale italiana è stata elaborata in collaborazione con la Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome".

[17] Infatti, proprio nel 2012 venne approvato il Regolamento UE (n. 1024/2012), il quale prevedeva una collaborazione amministrativa tra tutti i stati membri anche attraverso la creazione di un meccanismo informatico di comunicazione centralizzato che avrebbe dovuto facilitare lo scambio di informazioni transfrontaliero e la mutua assistenza.

[18] A. NATALINI, *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche,* in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* 2003, 1, p. 95 e ss.: "Anche nell'ultimo decennio le strutture che guidano le politiche di digitalizzazione in Italia sono restate in una condizione di instabilità. Infatti, nel 2012 il governo Monti ha soppresso DigitPA e istituito l'Agenzia per l'Italia digitale — AGID che ne ha assunto i compiti, le risorse e il carattere di agenzia strumentale (d.l. 22 giugno 2012, n. 83)".

[19] Cfr. https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/64/un-agenda-digitale-europea.

[20] G. DE MICHELIS, *Agenda Digitale: di che cosa si sta parlando?,* in *il mulino*, 2013, 1, p. 69 ss.

[21] L'Agenzia per l'Italia Digitale è un'agenzia pubblica, cioè un ente tecnico-operativo di interesse nazionale, legato al ministero competente che ne esercita indirizzo e vigilanza, approvando bilanci e rendiconti. Pur non


ISSN 2036-7821

digitalizzazione, in linea con le direttive europee[22], nonché una specifica funzione di vigilanza, assistita dalla possibilità di irrogare sanzioni amministrative[23]. La sua istituzione ha segnato l'inizio di un nuovo capitolo nell'adozione delle tecnologie digitali per migliorare l'efficienza e la qualità dei servizi pubblici.
Negli anni successivi, le funzioni dell'AgID sono evolute, adattandosi ai rapidi cambiamenti nel panorama tecnologico e alle crescenti esigenze della società digitale. Inizialmente focalizzata sul coordinamento delle politiche digitali e sull'elaborazione di linee guida, ha ampliato il suo mandato fino ad includere lo sviluppo e la gestione di infrastrutture digitali fondamentali. A seguito dell'adozione dell'Agenda Digitale italiana nel 2012, L'Agenzia per l'Italia Digitale ha comunque assunto un ruolo ancora più attivo nell'attuazione di politiche specifiche, posto l'obiettivo dell'ADI di accelerare la trasformazione digitale del Paese, con progetti mirati a migliorare l'*e-government*, l'accesso alla banda larga, la *cybersecurity* e l'innovazione digitale e l'affidamento di tali compiti ad AgID. Pertanto, l'Agenzia si è progressivamente accreditata anche come promotore dell'innovazione digitale nella pubblica amministrazione italiana, attraverso l'adozione di tecnologie emergenti, l'implementazione di progetti pilota e la promozione della collaborazione tra le diverse amministrazioni[24].

### *3. La peculiare collocazione di AgID nel contesto delle agenzie amministrative.*

Come detto, l'Agenzia per l'Italia Digitale è l'agenzia tecnica[25] che ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana[26] e contribuire alla diffusione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica[27].

---

avendo personalità giuridica autonoma (rientra in quella dello Stato), l'agenzia gode di ampia autonomia organizzativa e funzionale, con propri organi di gestione (direttore generale, comitato direttivo) e controllo interno. Opera a favore non solo del ministero di riferimento, ma anche delle altre amministrazioni pubbliche, tramite convenzioni che definiscono le prestazioni.

[22] Coerentemente anche con l'art. 117 Cost., comma 2, lettera r) "Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno".

[23] Cfr. Art. 14 CAD.

[24] Corte Costituzionale, ordinanza 11 maggio 2018, n. 97: la Corte Costituzionale sottolinea che l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) non ha esclusivamente un ruolo di coordinamento informatico ma anche di progettazione dell'evoluzione strategica del sistema informativo della pubblica amministrazione e la predisposizione del Piano per l'informatica avente contenuti non meramente programmatici ma anche specifici e puntuali.

[25] Un'agenzia tecnica è istituita con legge. Può essere dotata di personalità giuridica – in tal caso sono considerati come enti pubblici strumentali – o esserne priva – e in tal caso sono considerati uffici dello stato -.

[26] L'Agenda Digitale Italiana prevede lo sviluppo di quelle che vengono denominate *"smart cities"* (o più propriamente "comunità intelligenti", ossia portare le città ad un livello completamente digitale. L'Agenda affida tale compito all'AgID. Cfr. V. PARISIO, *Public Administrations digitisation and smart cities between law and technology: a first short general overview,* in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario,* 2003, 2, p. 4 ss.

[27] https://www.agid.gov.it


ISSN 2036-7821

Per comprendere al meglio cosa sia l'AgID, risulta essenziale chiarire, in primo luogo, i tratti distintivi delle agenzie pubbliche.

Il termine "agenzia" è stato a lungo impiegato dal legislatore per riferirsi, in modo del tutto generico, a enti pubblici dotati di compiti tecnico-operativi[28]. L'agenzia, nel corso dello svolgimento delle proprie attività, è di solito sottoposta agli indirizzi e al controllo di un dicastero[29]. Questo implica che le funzioni di indirizzo e controllo rimangono sotto la responsabilità del dicastero stesso, mentre le funzioni organizzative e operative vengono delegate all'agenzia[30].

È bene rammentare che il nostro ordinamento categorizza le agenzie nel seguente modo: le agenzie istituite prima del d.lgs. n. 300 del 30 luglio del 1999, le agenzie istituite in base al il d.lgs. 300/1999[31] e le agenzie fiscali[32].

Le agenzie preesistenti al d.lgs. 300/1999 sono sette: l'Asi, l'Aran, l'Assr, l'Agenzia autonoma per la gestione dell'albo dei segretari comunali e provinciali, l'Agenzia nazionale per la sicurezza del volo, l'Agea, l'Anpa[33]. Queste sette agenzie hanno dei caratteri comuni sia dal punto di vista strutturale (organizzazione interna; personalità giuridica; autonomia strutturale, funzionale, contabile e regolamentare; infine, la sottoposizione al controllo della Corte dei conti) e funzionale (attività svolte, campo di azione e cooperazione in ambito comunitario ed internazionale)[34].

Le agenzie istituite dopo il decreto legislativo 300/99 (e che quindi ne seguono la disciplina) sono invece sei: l'Agenzia industrie difesa; l'Agenzia per le normative e i controlli tecnici; l'Agenzia per la proprietà industriale; l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici; l'Agenzia dei trasporti terrestri e delle infrastrutture; l'Agenzia per la formazione e l'istruzione professionale. Nel caso di tali agenzie, non vi è una normativa univoca, bensì una regolamentazione su più livelli: il primo è rappresentato dal d.lgs. n. 300/99 (la fonte primaria); fonte secondaria è quella costituita dai singoli statuti delle diverse agenzie; un terzo livello è invece offerto dai diversi accordi che la singola agenzia stipula con il ministro

[28] Cfr. *Agenzie Amministrative,* in *Enciclopedia giuridica TRECCANI*, 2010, Roma.

[29] F. MANOCCHIO, *Considerazioni sulle agenzie amministrative tra modello statale e prospettive regionali,* in *Le istituzioni del federalismo,* 2001, 3-4, p. 675-705.

[30] Appare importante, nuovamente, sottolineare che l'agenzia si distingue dall'autorità amministrativa indipendente in quanto, mentre quest'ultima gode di una quasi totale autonomia dal governo, l'autonomia di cui gode l'agenzia, è molto più limitata e variabile. Inoltre, a differenza dell'agenzia, l'autorità amministrativa indipendente può anche esercitare poteri normativi o paragiurisdizionali, conferendole una portata di azione diversa e più ampia rispetto a quella dell'agenzia.

[31] Il d.lgs. n. 300/1999 venne emanato con la finalità di riorganizzazione, fusione e soppressione dei Ministeri e in tale ottica si inseriscono le agenzie che risultano ausiliari dei Ministeri stessi.

[32] Sul punto vedi G. VESPERINI, *Le agenzie (articoli 8 e 10),* in A. PAJNO E L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai Decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e dei ministeri,* Bologna, 2000, p. 145 ss.

[33] Quest'ultima soppressa con il d.lgs. 300/99 e sostituita con l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici

[34] F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri,* in *Diritto Pubblico,* 1999, 3, p. 717 ss.


ISSN 2036-7821

competente; infine, un quarto livello costituito dai regolamenti emanati dalle agenzie e relativi all'organizzazione e alla contabilità[35].

I compiti delle agenzie preesistenti alla riforma del governo sono di tipo tecnico-scientifico (raccolta di informazioni, la diffusione di conoscenze, la formazione professionale, la ricerca tecnologica e applicata, l'individuazione di parametri scientifici, la valutazione dei requisiti tecnico-scientifici di determinati prodotti), mentre i compiti attribuiti alle nuove agenzie ministeriali sono di natura sia tecnica, sia operativa e, dunque, consistono in attività solo in parte sovrapponibili a quelle svolte dalle agenzie istituite prima del d.lgs. n. 300/1999[36]. Infine, nel caso delle agenzie fiscali, si è di fronte a funzioni anche di tipo autoritativo ossia, poteri accertativi, impositivi e sanzionatori che sfociano in atti amministrativi di natura provvedimentale, caratterizzati da imperatività ed autotutela.[37].

Il d.lgs. n. 300/99 non ha cambiato sostanzialmente i rapporti tra le agenzie amministrative ed il Governo. Difatti, per quanto concerne il potere di nomina, nel periodo precedente all'emanazione del citato decreto, era il Governo che si occupava di nominare gli organi al vertice delle varie agenzie[38].

Da un punto di vista normativo, la relazione tra le agenzie ed il Governo è sempre stata definita attraverso un meccanismo di "vigilanza"[39]. Le agenzie preesistenti al d.lgs. 300/99, erano sottoposte alla supervisione di un ministero specifico, mentre le agenzie regolate dagli artt. 8 e 9 del medesimo decreto legislativo sono sottoposte ai poteri, non solo di vigilanza, ma anche di indirizzo, da parte del ministro competente[40]. Il d.lgs. n. 300/99 ha introdotto alcune modifiche significative nel

---

[35] L. CASINI, *le agenzie amministrative,* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 2003, 2, p. 393 e ss.: Il d.lgs. n. 300/1999 individua quattro organi principali: il direttore generale, il comitato direttivo, il collegio dei revisori dei conti e un organismo incaricato del controllo di gestione. Successivamente, lo statuto deve stabilire un'organizzazione dell'agenzia che garantisca rapidità, efficienza ed efficacia nell'azione amministrativa. Inoltre, deve prevedere che un regolamento specifico, redatto dal direttore dell'agenzia e approvato dal ministro competente, possa adattare tale organizzazione alle esigenze operative entro i limiti delle risorse finanziarie disponibili. Infine, altri poteri organizzativi sono demandati ad atti di livello inferiore.

[36] F. MERLONI, *Il nuovo modello di agenzia nella riforma dei ministeri*, in *Diritto pubblico*, 1999, 3, p. 717 ss.

[37] Cfr G. TABET, *Natura e funzioni delle agenzie fiscali,* in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze,* 2011, 2, p. 253 e ss: Si ricordano a titolo esemplificativo ma non esaustivo: l'agenzia delle entrate, l'agenzia delle dogane e dei monopoli, l'agenzia del demanio.

[38] Il presidente viene nominato tramite decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei ministri, come nel caso dell'Agenzia nazionale per la sicurezza del volo e dell'Agea, oppure tramite decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su deliberazione del Consiglio, come per l'Asi. I membri dell'organo direttivo collegiale vengono nominati mediante decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, o del ministro competente.

[39] Il potere di vigilanza da parte del Governo si sostanzia attraverso l'utilizzo di altri poteri: poteri di controllo, poteri di nomina e revoca, approvazione degli atti principali (ad esempio: bilancio, piani di attività, ecc.).

[40] G. PETRONI, *Nuovi Profili Organizzativi Nell'evoluzione Del Sistema Amministrativo Pubblico: Le Agenzie,* Padova, 1988, p. 54 ss.: Porre in capo al Governo il potere di indirizzo, oltre il potere di vigilanza, sta a significare che il ministro non si limita solo a verificare che tutto sia regolare, ma può anche influenzare gli obiettivi e le priorità


ISSN 2036-7821

sistema di vigilanza da parte del Governo, prevedendo: in primo luogo, che i rapporti tra le agenzie e le amministrazioni pubbliche fossero regolati da convenzioni quadro (mentre in precedenza le convenzioni, quando erano presenti, erano meno definite); in secondo luogo, un rafforzamento del potere del Ministro competente poiché, mentre in precedenza il potere di vigilanza era più limitato e frammentato tra diverse autorità, a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 300/99 il ministro competente ha il potere di dare un indirizzo politico più incisivo e continuativo[41].

Con riferimento al potere di controllo, il d.lgs. 300/99 disponeva invece un minuzioso controllo da parte del Governo sugli atti considerati fondamentali[42].

Da quanto appena descritto, emerge come, rispetto alle agenzie preesistenti al d.lgs. 300/99, il Governo sia titolare di un rilevante potere di direzione, tale da rendere i relativi organismi non autonomi ma dipendenti dall'Esecutivo.

Le agenzie che sono state istituite successivamente all'emanazione del già menzionato decreto hanno invece piena autonomia regolamentare, di bilancio e contabile, per quanto non si possa affermare che le stesse godano di una completa autonomia statutaria, nonostante adottino propri statuti[43]. Questi, infatti, sono emanati tramite regolamenti governativi, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e dei ministri competenti (in collaborazione con il Ministro dell'Economia e delle Finanze) e devono rispettare i principi e i criteri direttivi stabiliti dall'art. 8, co. 4, del d.lgs. n. 300/1999[44]. Inoltre, tale autonomia statutaria risalta anche nel processo di approvazione dello stesso. Generalmente, gli statuti

---

strategiche dell'agenzia, ponendo quindi in capo al potere politico un potere più attivo di guida e di orientamento.

[41] G. VESPERINI, *Le agenzie (articoli 8 e 10)*, in A. PAJNO E L. TORCHIA (a cura di), *La riforma del governo. Commento ai Decreti legislativi n. 300 e n. 303 del 1999 sulla riorganizzazione della Presidenza del Consiglio e dei ministeri*, Bologna, 2000, p. 145 ss.

[42] Il d.lgs. 300/99, prevede che il Governo eserciti un controllo stringente sugli atti considerati fondamentali delle agenzie e degli enti da esso vigilati, specialmente per quanto riguarda la coerenza con le politiche pubbliche e il rispetto delle priorità nazionali. Questo potere di controllo si sostanzia principalmente attraverso l'obbligo, per le agenzie, di sottoporre al Governo specifici atti e decisioni strategiche che incidono su ambiti di interesse pubblico rilevante o su risorse economiche di una certa entità. Tra questi atti rientrano, ad esempio, i piani annuali di programmazione, i bilanci preventivi e consuntivi, le nomine dei vertici e i regolamenti interni che definiscono l'operatività dell'ente. Tale sistema di controllo, finalizzato a garantire un allineamento tra l'azione delle agenzie e le politiche nazionali, permette inoltre al Governo di intervenire laddove emerga un disallineamento con le direttive o un rischio per l'interesse pubblico.

[43] G. SORICELLI, *Le agenzie amministrative nel quadro dell'organizzazione dei pubblici poteri*, Napoli, 2002, p 172 ss.

[44] Per un aggiornamento sullo stato di avanzamento delle agenzie previste dal decreto legislativo n. 300 del 1999, si può consultare la relazione della Corte dei conti, sezione di controllo, del 21 maggio 2002, pubblicata nella Rivista della Corte dei conti del 2002, numero 3, a partire dalla pagina 15. Nella relazione si sottolineano i seguenti punti: 1) sono state attuate solo le agenzie fiscali; 2) viene espresso un giudizio positivo sull'avvio delle attività di queste nuove strutture, che hanno già iniziato progetti per migliorare la qualità dei servizi e ridurre i costi per unità di prodotto; 3) le altre amministrazioni tendono invece a seguire i modelli organizzativi precedenti alla riforma, prestando poca attenzione alla necessità di implementare il cambiamento significativo richiesto dal legislatore; 4) le giustificazioni per il ritardo nella costituzione delle agenzie non fiscali sono estremamente vaghe.


ISSN 2036-7821

delle agenzie amministrative vengono approvate dal ministro di competenza (ad esempio, per l'Agenzia delle Entrate lo statuto viene approvato dal Ministero dell'Economia) attraverso un Decreto Ministeriale; mentre, lo statuto dell'Agenzia per l'Italia Digitale viene approvato tramite Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri[45]. Tale distinzione è conseguenza della normativa che disciplina il funzionamento dell'AgID (D.l. 83/2012, convertito in legge 134/2012) che deroga la vigilanza da parte di un solo Ministro stabilendo che, data la natura strategica di tale agenzia[46], fosse direttamente il Presidente del Consiglio a supervisionare sullo statuto[47].

Quindi, nonostante formalmente possa sembrare che il Governo, in seguito al decreto legislativo n. 300/99, abbia ridotto il suo controllo sulle agenzie, in realtà conserva ancora un'ampia autorità regolamentare sui relativi statuti.

Per quanto concerne poi le interazioni tra le agenzie e altre amministrazioni, è importante considerare i rapporti che queste hanno con le regioni e gli enti locali. Le agenzie istituite prima del decreto legislativo n. 300 del 1999 svolgono funzioni in settori di interesse statale, regionale e locale, a volte attraverso specifiche convenzioni; al contrario, le agenzie istituite *post* 1999 lavorano a supporto delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle regionali e locali, con rapporti di collaborazione regolati da convenzioni quadro stabilite dal ministro competente[48]. Inoltre, le agenzie fiscali possono essere incaricate da regioni ed enti locali di gestire, in tutto o in parte, le funzioni loro attribuite.

Come già accennato, dal punto di vista normativo, la relazione tra le agenzie e il governo è definita attraverso un meccanismo di "vigilanza" [49], per cui ogni agenzia, se esistente prima del decreto legislativo n. 300 del 1999, è soggetta alla supervisione di un ministero specifico o della Presidenza del Consiglio dei ministri, mentre le agenzie regolate dagli articoli 8 e 9 dello stesso decreto sono sottoposte ai poteri di

[45] Evidenziando la centralità e l'importanza strategica in tutti i settori dell'innovazione digitale.

[46] Difatti, il D.lgs. n. 82 del 7 marzo 2005 (Codice Amministrazione Digitale) stabilisce che l'AgID è un ente pubblico sottoposto alla vigilanza del Presidente del Consiglio (o un Ministro delegato), il quale è onerato di approvare con decreto lo statuto di tale Agenzia. Inoltre, qualsiasi modifica allo statuto deve seguire lo stesso iter, ossia la sua approvazione con decreto da parte del Presidente del Consiglio (o un Ministro da lui delegato). Oltre all'approvazione dello statuto, o delle sue modifiche, il Presidente del Consiglio ha il compito di: nominare/revocare il Direttore Generale dell'AgID, controllo nel merito dei progetti realizzati dall'AgID, controllo sull'utilizzo delle risorse finanziarie in maniera efficiente, può richiedere relazioni periodiche sull'attività dell'AgID ed i risultati raggiunti, avviare ispezioni e (nel caso) emettere sanzioni.

[47] L'attuale statuto dell'AgID è stato approvato dal Presidente del Consiglio dei ministri con decreto dell'8 gennaio 2014.

[48] B.G. MATTARELLA, *La traiettoria della riforma amministrativa in Italia: 1993-2023*, in *Public Administration in Italy in Political and Historical Context*, Milano, 2025, p. 95-111.

[49] Per "vigilanza" si intende un monitoraggio complessivo e non formale: complessivo perché copre tutte le attività (e naturalmente anche gli organi) dell'ente, sia dal punto di vista della legittimità, sia dal punto di vista dell'opportunità; non formale perché i procedimenti di controllo sono lasciati quasi interamente alla discrezionalità del controllore


ISSN 2036-7821

indirizzo e vigilanza del ministro competente; infine, le agenzie fiscali rispondono alla supervisione del Ministro dell'economia e delle finanze[50].

Rispetto al quadro descritto, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) presenta alcuni tratti peculiari. L'AgID, istituita con il D.l. 22 giugno del 2012, n. 83, convertito in Legge del 7 agosto 2012, n. 134, ha come obiettivo la digitalizzazione e l'innovazione della P.A., rispondendo alle esigenze emergenti di innovazione tecnologica. In merito all'organizzazione e alla struttura, rientra nel novero delle agenzie amministrative istituite in base al d.lgs. 300/99, facente capo alla Presidenza del Consiglio con il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana coordinando tutte le Amministrazioni del Paese; contribuisce, inoltre, alla diffusione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, favorendo l'innovazione e la crescita economica; ed infine, promuove le competenze digitali e la loro diffusione, collaborando con istituzioni, organismi internazionali, nazionali e locali[51]. In effetti, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID)[52], sin dalla sua istituzione, è stata concepita con l'obiettivo precipuo di ottimizzare sia l'efficienza sia l'efficacia dell'amministrazione pubblica. Essa gode di una significativa autonomia operativa e finanziaria[53], che le consente di agire con una certa indipendenza nella gestione delle proprie risorse. La struttura organizzativa dell'AgID è articolata intorno a gruppi funzionali, i quali possono essere riorganizzati e adattati in maniera flessibile secondo le esigenze dei progetti in corso. Inoltre, l'Agenzia è sottoposta a rigorosi controlli di *performance* per garantire il conseguimento degli obiettivi prefissati e la conformità agli standard di qualità previsti.

Per quanto ascrivibile al novero delle agenzie che trovano la loro regolamentazione nel d.lgs 300/99, l'AgID ha comunque aspetti, (per lo più) funzionali ed organizzativi, che differenziano questo particolare tipo di agenzia dalle altre[54]. In effetti, le agenzie governative presentano strutture organizzative differenti, poiché queste variano in funzione dei rispettivi compiti. L'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) possiede una struttura organizzativa progettata specificamente per affrontare le sfide tecnologiche e digitali. Essa include dipartimenti specializzati, quali la Direzione Tecnica, la Direzione per la Trasformazione Digitale e la Direzione per la Sicurezza Informatica.

---

[50] L. CASINI, *Le agenzie amministrative*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2003, 2, p. 393 ss.

[51] https://www.agid.gov.it/it/agenzia

[52] G. STRAZZA, *I dati aperti in italia: un focus sull'openness digitale dei Comuni*, in *Federalismi*, 2022, 32, p. 168 ss.: L'AgID è l'ente amministrativo incaricato dell'attuazione dell'Agenda digitale italiana, in coerenza con quella europea, rivestendo quindi un ruolo cruciale nell'evoluzione e nell'implementazione della digitalizzazione nel nostro Paese.

[53] Anche se l'autonomia dell'AgID dipende fortemente dai finanziamenti allocati attraverso il bilancio dello Stato per i suoi progetti.

[54] L. LAMBERTI, G. A. PRIMERANO, *Il principio di efficienza ed i modelli organizzativi: le agenzie amministrative*, in R. CAVALLO PERIN, A. POLICE, F. SATTA (a cura di), *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione Europea*, Firenze, 2016, pp. 283-300.


ISSN 2036-7821

Diversamente, altre agenzie, avendo compiti diversi, si organizzano di conseguenza.
Inoltre, l'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) gode di un significativo grado di autonomia che la distingue da altre agenzie governative. In particolare, l'AgID possiede autonomia operativa, amministrativa e scientifica, che le permette di svolgere i propri compiti con una certa indipendenza. Questa autonomia, operativa e amministrativa, è essenziale per perseguire gli obiettivi di digitalizzazione e innovazione tecnologica[55], ma è diversa rispetto a quella che sperimentano altre agenzie governative le quali, pur godendo di un certo grado di indipendenza ma competenze limitate a specifici settori, sono solitamente maggiormente soggette all'influenza dei Ministeri di riferimento, attraverso le funzioni di vigilanza, ma soprattutto di indirizzo politico[56]. L'AgID gode invece di maggiore libertà nel definire e adottare standard tecnologici per la pubblica amministrazione, avendo la possibilità di intervenire trasversalmente in ogni settore della pubblica amministrazione in cui sia necessaria l'implementazione di soluzioni tecnologiche innovative.
In questo contesto, emerge come l'AgID abbia il potere di richiedere e acquisire, in qualsiasi momento, da tutti i soggetti pubblici: i dati, i documenti e ogni altra informazione necessaria e strumentale alle proprie attività, come stabilito dall'art. 14 CAD. La disposizione radica, dunque, le funzioni di controllo e vigilanza che, a loro volta, si fondano sulle informazioni che l'AgID deve necessariamente reperire dalle singole amministrazioni[57]. Di particolare rilievo, in tale quadro, è l'art. 50 del CAD, che enfatizza il ruolo dell'AgID nel trattamento dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni, nel quadro delle funzioni di controllo e vigilanza dell'AgID.
L'Agenzia, infatti, nell'espletamento della sua attività di controllo, verifica che i dati siano trattati nel rispetto dei principi di trasparenza e sicurezza, assicurando che le amministrazioni non eccedano nell'utilizzo delle informazioni o le usino in modo inappropriato; mentre la funzione di vigilanza si estende anche alla corretta interoperabilità tra le banche dati pubbliche, garantendo che i flussi informativi rispettino gli standard tecnici e normativi e che non si creino situazioni di accesso improprio o violazione della *privacy*[58].
L'articolo 50, che apre il Capo V del Codice (intitolato significativamente "Dati delle pubbliche amministrazioni") definisce le regole generali che le amministrazioni devono seguire nell'utilizzo dei dati di cui entrano in possesso. In particolare, il

[55] L'AgID può gestire progetti strategici come SPID, PagoPA, ANPR e CIE, adottare regolamenti e direttive tecniche, organizzare la propria struttura interna e gestire risorse umane e finanziarie in modo autonomo; ha piena facoltà di condurre studi, ricerche e sperimentazioni nel campo tecnologico, collaborando con enti di ricerca e università, e di definire standard tecnici per la pubblica amministrazione

[56] I. MACRÌ, U. MACRÌ, G. PONTEVOLPE, *Il nuovo Codice dell'amministrazione digitale*, Milano, 2011, p. 9 ss.

[57] A. CELOTTO, *La burocrazia digitale,* in *L'Analisi Giuridica dell'Economia,* 2020, 1, p.265-273

[58] P. S. L. FALLETTA, *Le linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, 2, p. 163 ss.


ISSN 2036-7821

comma 2 evidenzia come tali dati debbano essere "accessibili e fruibili alle altre amministrazioni quando l'utilizzazione del dato sia necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali dell'amministrazione richiedente, senza oneri a carico di quest'ultima"[59]. La previsione esprime i principi di interoperabilità e di condivisione dei dati tra amministrazioni, quali strumenti imprescindibili per garantire l'efficacia e la coerenza del processo di digitalizzazione.

In definitiva, la distinzione tra AgID e le altre agenzie amministrative, pur avendo una base normativa, riflette principalmente la necessità di adattarsi alle trasformazioni tecnologiche e digitali in corso.

Tuttavia, l'autonomia di cui gode l'AgID, pur giustificata dalla necessità di rispondere con rapidità e flessibilità alle sfide dell'innovazione, presenta alcuni rischi. Anzitutto, questa autonomia operativa e amministrativa, sebbene utile per agire in tempi rapidi e mantenere il passo con gli obiettivi dell'innovazione tecnologica, potrebbe isolare l'agenzia, rendendo difficile il necessario coordinamento con ministeri e altri enti pubblici, con il rischio di una gestione delle politiche digitali priva di una visione integrata a livello governativo a causa della mancanza di un efficace raccordo istituzionale. In secondo luogo, la supervisione diretta della Presidenza del Consiglio potrebbe ridurre la responsabilità dell'agenzia verso il Parlamento, dando così un'unica linea politica senza la possibilità di confronto con le altre forze politiche e alterando il sistema di pesi e contrappesi tipico del controllo ministeriale, aprendo le porte ad uno scenario che potrebbe favorire forme di controllo politico più marcate[60].

In questo quadro, va pertanto sottolineato come, per quanto l'autonomia dell'AgID sia essenziale per garantire una pubblica amministrazione digitalizzata e al passo coi tempi, essa richieda in ogni caso un costante bilanciamento tra i necessari margini di indipendenza e l'esigenza di un coordinamento efficace con e per l'intero sistema amministrativo.

### *4. Le sfide della Digitalizzazione e il contributo dell'AgID.*

Come già chiarito, il principale compito dell'AgID è quello di garantire l'accessibilità e l'usabilità dei servizi digitali, riducendo al contempo la complessità burocratica e semplificando le procedure amministrative. A tal fine, l'agenzia promuove lo sviluppo di piattaforme digitali integrate e interoperabili, che consentano una gestione più efficiente e razionale dei dati e dei processi all'interno della pubblica

[59] La mancata ottemperanza alla richiesta di dati, documenti o informazioni, nonché la trasmissione di informazioni o dati parziali o non veritieri, comporta severe sanzioni, come previsto dall'art. 50 CAD, comma 3 e 3ter dove si sottolinea che l'inadempimento dell'obbligo di rendere disponibili i dati richiesti fa scaturire una sanzione per i dirigenti responsabili rinvenibile nella riduzione, non inferiore al 30%, della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei dirigenti competenti.

[60] M. MANCARELLA, *Profili negoziali e organizzativi dell'amministrazione digitale,* Trento, 2009, p. 50 ss.


ISSN 2036-7821

amministrazione[61].

Entrando nel merito del funzionamento dell'AgID, è importante sottolineare, ancora una volta, che tale agenzia ha il compito di coordinare le amministrazioni nel processo di implementazione del Piano Triennale per l'informatica della Pubblica Amministrazione[62]. Attraverso questa attività, l'agenzia supporta l'innovazione digitale e promuove la diffusione delle competenze digitali; inoltre, collabora attivamente con istituzioni e organismi internazionali, nazionali e locali, al fine di facilitare e accelerare la transizione verso un sistema più digitale ed efficiente.

I compiti dell'Agenzia per l'Italia Digitale forniscono una chiara e completa visione delle responsabilità e funzioni: ad oggi l'Agenzia per l'Italia Digitale svolge un ruolo fondamentale nella promozione e nella trasformazione digitale della pubblica amministrazione italiana, operando per migliorare l'efficienza, la trasparenza e l'accessibilità dei servizi pubblici attraverso l'adozione delle tecnologie digitali. Pertanto, l'AgID si pone come fulcro strategico per l'implementazione di politiche volte a migliorare l'efficienza, la trasparenza e l'accessibilità dei servizi pubblici. Il suo ruolo va ben oltre la mera fornitura di supporto tecnico, poiché mira a trasformare radicalmente il modo in cui cittadini e imprese interagiscono con l'amministrazione pubblica[63]. In merito, è importante sottolineare che l'AgID ha la responsabilità di garantire la coerenza con gli standard di sicurezza e l'accessibilità dei servizi digitali (artt. 68 e 71 CAD), monitorando e supportando l'attuazione delle linee guida per la trasformazione digitale[64]. Questo ruolo comprende la supervisione e la valutazione delle iniziative digitali in tutta la Pubblica Amministrazione, facendo sì che l'Agenzia non si limiti alla fornitura di competenze tecniche, ma sia effettivamente responsabile del coordinamento strategico della trasformazione digitale.

Un altro aspetto determinante del lavoro dell'AgID è rappresentato dalla promozione della cultura digitale all'interno delle istituzioni pubbliche, attraverso

---

[61] D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare,* in *federalismi.it*, 2022, 7, p. 103 ss.

[62] Rispetto alle altre Agenzie pubbliche, l'AgID ricopre una posizione peculiare per diversi ordini di motivi: a) ha funzioni che includono strategie a livello nazionale mentre le Agenzie generalmente si occupano di funzioni specifiche sul loro settore di competenza; b) L'AgID opera sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, mentre normalmente le Agenzie hanno un ministero che supervisione, questo conferisce all'AgID una posizione di rilievo; c) l'AgID interagisce direttamente con tutte le pubbliche amministrazioni in merito alla digitalizzazione di qualsiasi ambito, mentre le agenzie, generalmente, collaborano con le PP.AA. su progetti specifici.

[63] L. GOLISANO, *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale,* in *giornale di diritto amministrativo,* 2022, 6, p. 829 e ss.

[64] Consiglio di Stato, Commissione speciale, 1° aprile 2016, n. 2122: la Commissione speciale ha accolto di buon grado la scelta di introdurre in una norma specifica del CAD i compiti di AgID, rispetto ad avere dei semplici regolamenti tecnici.


ISSN 2036-7821

l'implementazione di programmi di formazione e sensibilizzazione rivolti al personale amministrativo. Questo sforzo mira a creare le basi per una trasformazione culturale che favorisca l'adozione diffusa delle tecnologie digitali e l'innovazione nei processi decisionali e organizzativi.

Inoltre, l'AgID esercita una competenza specifica nella definizione delle linee guida e degli standard tecnici per l'interoperabilità dei sistemi informativi della pubblica amministrazione[65], garantendo così l'omogeneità e la coerenza dei servizi digitali offerti a cittadini e imprese su tutto il territorio nazionale.

È evidente, dunque, che l'AgID rappresenta un pilastro nella trasformazione digitale della pubblica amministrazione italiana, contribuendo in modo significativo a rendere il sistema amministrativo più competitivo ed efficiente.

In questo quadro va segnalato peraltro come l'Agenzia per l'Italia Digitale risulti essere l'ente principale per la regolamentazione dell'utilizzo dell'IA, soprattutto a seguito della pubblicazione nel 2018 del libro bianco "l'intelligenza artificiale al servizio del cittadino"[66], contenente una serie di proposte e di raccomandazioni per l'utilizzo ottimale dell'IA nel rispetto dei diritti dei cittadini. Tale libro, unitamente all'adozione del Programma Strategico Intelligenza Artificiale (IA) 2022-2024, a cura del Ministero dell'Università e della Ricerca, del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministro per l'Innovazione tecnologica e la Transizione Digitale, ha il principale compito di colmare il ritardo accumulato dall'Italia rispetto agli altri paesi dell'Eurozona[67].

Un altro impegno significativo è rappresentato dalla sicurezza dei dati. La digitalizzazione, infatti, comporta la gestione e lo scambio di una grande quantità di informazioni sensibili. In questo contesto, è fondamentale garantire che i dati personali e sensibili siano adeguatamente protetti da rischi di accesso non autorizzato, violazioni della *privacy* e attacchi informatici. In questa prospettiva, l'AgID è l'ente che si interessa di promuovere la sicurezza dei dati attraverso l'adozione di misure di protezione avanzate, la definizione di standard di sicurezza e

[65] Le linee guida dell'AgID hanno in qualche modo deregolamentato la disciplina in materia di digitalizzazione diventando esse stesse delle vere e proprie norme da seguire. Sul punto è intervenuto il Consiglio di Stato, Commissione speciale, 10 ottobre 2017, n. 2122, ritenendo che "la scelta di introdurre nella normativa di settore uno strumento di regolazione più flessibile rispetto alle regole tecniche appaia sostanzialmente in linea con il criterio direttivo recato dall'art. 1, comma 1,lett. m), della legge di delega e, in particolar modo, con l'esigenza che le disposizioni del Codice siano connotate da 'neutralità tecnologica', al fine di evitare il rischio che le previsioni del CAD comportino la necessità di ricorrere a soluzioni e servizi tecnologici non in linea con lo sviluppo, di certo rapido, del settore".

[66] Ad opera di una "task force" istituita ad hoc per l'argomento Cfr. D.U. GALETTA, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto,* in *federalismi.it,* 2019, 3, p. 6.

[67] M. MACCHIA E A. MASCOLO, *Intelligenza artificiale e sfera pubblica: lo stato dell'arte*, in *Giornale di diritto Amministrativo,* 2022, 4, p.556 e ss.


ISSN 2036-7821

la promozione di pratiche di gestione dei dati conformi alle normative vigenti[68].
In questa prospettiva, è responsabilità di AgID assicurare l'interoperabilità dei sistemi informativi, in modo da garantire la coerenza e l'efficienza dei servizi digitali offerti dalla pubblica amministrazione. Ciò richiede la definizione di standard e protocolli comuni che consentano ai diversi sistemi di comunicare e scambiare dati in modo fluido e sicuro[69]. L'AgID lavora per promuovere l'interoperabilità dei sistemi attraverso l'adozione di linee guida e framework tecnologici che favoriscano l'integrazione e l'interconnessione dei sistemi informativi[70] delle diverse amministrazioni[71].
Da quanto evidenziato, emerge pertanto come il processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione comporti una trasformazione di vasta portata che, se mira a migliorare l'efficienza, la trasparenza e l'accessibilità dei servizi pubblici attraverso l'adozione di tecnologie digitali innovative, non è comunque priva di insidie e richiede un impegno costante per superare gli ostacoli che possono rallentarne l'implementazione e comprometterne i risultati.
Questo processo poggia su di un impianto normativo che trova le sue fondamenta nel Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD)[72], che ha come obiettivo incentivare e disciplinare l'uso delle tecnologie digitali come strumento privilegiato nei rapporti tra la Pubblica Amministrazione e i cittadini. Oggi il CAD costituisce il quadro normativo di riferimento per la presente edizione del Piano triennale per l'Informatica della PA e ne rappresenta il pilastro fondamentale per garantirne una

[68] I. FORGIONE, *Il ruolo strategico dell'agenzia nazionale per la cybersecurity nel contesto del sistema di sicurezza nazionale: organizzazione e funzioni, tra regolazione europea e interna,* in *Diritto Amministrativo,* 2022, 4, p. 1113 e ss.: Tale ruolo è riconosciuto all'AgID sia a livello nazionale, dal CAD, D.l. 135/2018 (c.d. Decreto Semplificazioni) e dal Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione; sia a livello sovranazionale dal GDPR – Regolamento UE 2016/679 ("Regolamento Europeo sulla Protezione dei Dati Personali".

[69] Obiettivo non solo dell'Italia, ma di tutta l'Europa. Infatti, è recente la notizia di voler creare una cartella sanitaria digitale di ogni cittadino europeo accessibile da qualsiasi struttura medica presente in Europa.

[70] Come stabilito dal combinato disposto degli artt. 14, 12 e 50*ter* del CAD. Difatti, mentre l'art. 14 elenca in maniera generica tutti i compiti dell'AgID, l'art. 12 e l'art. 50*ter* pongono in capo all'AgID, rispettivamente, i compiti di coordinamento informatico dell'amministrazione pubblica e di interoperabilità delle basi di dati pubbliche.

[71] M. DEMICHELIS, *Il coordinamento delle informazioni geografiche e territoriali per il governo digitale del territorio,* in *Diritto Amministrativo,* 2023, 2, p. 407 e ss.: Si richiama, altresì, l'attenzione sulle disposizioni contenute nel Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione dell'AgID, nell'aggiornamento del periodo 2022-2024, relativo ai "Principi guida". Tra le direttive espresse si evidenzia l'importanza di considerare i dati pubblici come un bene di interesse comune e come un asset fondamentale per il progresso della nazione, pertanto, è cruciale valorizzarli e renderli fruibili da parte dei cittadini e delle imprese, adottando un approccio aperto e interconnesso. In particolare, si sottolinea l'assunto secondo cui i servizi pubblici devono essere concepiti fin dalla fase di progettazione in modo integrato e privo di discontinuità, garantendo la loro piena funzionalità nel contesto del mercato unico mediante l'adozione di idonee interfacce di programmazione (API).

[72] Il Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), adottato con il d.lgs. 82/2005, è un insieme di norme che disciplina l'uso delle tecnologie digitali nella Pubblica Amministrazione italiana, con l'obiettivo di migliorare l'efficienza e la trasparenza dei servizi offerti ai cittadini e di favorire una gestione più moderna e accessibile.


ISSN 2036-7821

concreta realizzazione, sia in termini di comunicazione che di organizzazione, in un'ottica di trasformazione digitale[73]. Infatti, Il CAD fornisce i principi e le norme che orientano l'azione della PA verso una piena trasformazione digitale, regolando aspetti chiave come la gestione documentale (artt. 20-23), la sicurezza informatica (art. 51), la dematerializzazione e l'uso del digitale nei servizi pubblici (artt. 64-71).
In quest'ottica, il Piano Triennale si basa sul CAD per definire obiettivi concreti, quali la digitalizzazione dei processi, l'interoperabilità delle piattaforme e l'adozione di soluzioni tecnologiche innovative, garantendo che le disposizioni normative siano tradotte in azioni coerenti e integrate per una Pubblica Amministrazione più efficiente e accessibile ai cittadini.
Una delle sfide principali è rappresentata dall'inclusione digitale, ovvero la necessità di garantire che tutti i cittadini, senza distinzioni di età, provenienza socioeconomica o livello di istruzione, possano accedere e utilizzare i servizi digitali offerti dalla pubblica amministrazione e conseguentemente creare un'idea di pubblica amministrazione "amica del cittadino e dell'impresa"[74].
Ciò richiede non solo la disponibilità di infrastrutture digitali efficienti e accessibili, ma anche programmi di formazione e sensibilizzazione che promuovano la cultura digitale e riducano il fenomeno di "*digital divide*"[75]. In tal senso, l'AgID è impegnata a promuovere l'inclusione digitale attraverso una serie di iniziative e progetti strategici, mirati a garantire un accesso equo e universale ai servizi digitali per tutti i cittadini. Tale impegno si concretizza attraverso la progettazione e l'implementazione di programmi educativi e di sensibilizzazione, tesi a ridurre il divario digitale e a favorire una partecipazione attiva nella società digitale[76]. Inoltre, l'AgID collabora, attraverso atti di controllo o di indirizzo, con le istituzioni

[73] F. NOTARI, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance,* in *Giornale di diritto amministrativo,* 2020, 1, p. 25 e ss.

[74] E. FREDIANI, *Percorsi evolutivi della partecipazione civica al tempo del piano nazionale di ripresa e resilienza,* in *Diritto Amministrativo,* 2023, 2, p. 301 e ss.

[75] A. ALÙ, *Il doppio volto di internet tra l'accesso e l'uscita e il paradosso della "trappola" digitale,* in *Diritto di Famiglia e delle Persone,* 2023, 2, p. 626 e ss.: Il concetto di '*digital divide*' si concretizza nella disparità esistente tra coloro che dispongono di un accesso adeguato a Internet e coloro che, invece, presentano una carenza di accesso o addirittura sono del tutto sprovvisti di collegamento alla rete. In effetti, la proliferazione di tale fenomeno potrebbe generare una nuova e significativa forma di disparità sociale, pertanto essa costituisce una questione prioritaria nell'agenda politica e istituzionale a livello globale.

[76] Infatti, La 'Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale', emessa il 15 dicembre 2022 - Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea - stabilisce nell'articolo 7 del Capitolo II, intitolato 'Solidarietà e inclusione', l'impegno delle istituzioni ad "agevolare e sostenere in tutta l'UE un accesso fluido, sicuro e interoperabile a servizi pubblici digitali concepiti per soddisfare le esigenze delle persone in modo efficiente, compresi in particolare i servizi sanitari e assistenziali digitali, segnatamente l'accesso alle cartelle cliniche elettroniche". Cfr. C. CAMARDI, *Sulla Governance digitale europea: una proposta di confronto*, in *Accademia*, 2023, 1, p. 7 ss.


ISSN 2036-7821

pubbliche, il settore privato e le organizzazioni della società civile[77] per sviluppare soluzioni innovative e inclusive che rispondano alle esigenze specifiche di diverse fasce della popolazione, comprese quelle più svantaggiate e vulnerabili. Attraverso l'attività di coordinamento e di monitoraggio dei risultati ottenuti, l'AgID funge dunque da garante affinché nessun cittadino venga lasciato indietro nel processo di digitalizzazione, contribuendo così a costruire una società più equa e inclusiva[78].

### *5. Il Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2024-2026: il ruolo dell'AgID tra indirizzo e consulenza.*

Il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione rappresenta lo strumento principale di programmazione e coordinamento delle attività delle amministrazioni per l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione. L'articolo 14-*bis* del CAD ne orienta il contenuto verso la "fissazione degli obiettivi e l'individuazione dei principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche" e ne affida l'elaborazione all'AgID, cui spetta inoltre la successiva verifica della relativa attuazione.

Il primo Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione è stato elaborato dall'AgID in collaborazione con il Team per la Trasformazione Digitale[79] e pubblicato nel 2017. Successivamente, il documento è stato aggiornato con cedenza triennale per garantire l'adeguamento ai rapidi sviluppi tecnologici e normativi. L'ultimo aggiornamento del Piano Triennale per l'informatica nella Pubblica amministrazione guarda al biennio 2024-2026, nel quadro di un approccio che si distingue per una serie di innovazioni e obiettivi che mettono in risalto l'impegno dell'AgID nel promuovere un'evoluzione significativa nei servizi digitali offerti alle istituzioni e ai cittadini e nella prospettiva di un auspicato impatto trasversale e capillare sul settore pubblico.

In particolare, il documento punta a rivoluzionare radicalmente la dimensione

[77] F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da industria 4.0 al decreto semplificazioni,* in *Diritto Amministrativo,* 2020, 4, p. 877 ss.

[78] Tali compiti dell'AgID trovano fondamento nel CAD, più nello specifico dall'art 14 e 14*bis* dello stesso; mentre gli strumenti attraverso i quali l'AgID esercita le proprie funzioni sono: l'emanazione di circolari e/o linee guida, emanazione di norme e piani (es. Piano Triennale per l'Informatica nella PA) e sistemi di monitoraggio (es. controllo sul rispetto delle scadenze, coerenza con gli obiettivi strategici). In caso di mancato rispetto delle linee guida e delle norme CAD, l'AgID può esercitare poteri sanzionatori o segnalare le inadempienze agli organi competenti. Questi poteri sono previsti dal CAD e rafforzati dalle disposizioni che regolano la disciplina della digitalizzazione, fornendo così all'AgID uno strumento di controllo diretto sulle amministrazioni inadempienti.

[79] Il *Team* per la Trasformazione Digitale (noto anche come TD Team) è stato un gruppo di lavoro istituito dal Governo italiano, negli anni che vanno dal 2016 al 2021, con l'obiettivo di accelerare il processo di digitalizzazione del Paese, con particolare attenzione alla Pubblica Amministrazione. Le funzioni principali di tale Team erano: sviluppo delle infrastrutture digitali nazionali, promozione dell'interoperabilità dai sistemi IT all'interno della PA, introduzione di tecnologie e metodologie innovative per la gestione dei dati pubblici e collaborazione con l'AgID per redigere ed aggiornare strumenti strategici (come, ad esempio, il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione).


ISSN 2036-7821

digitale delle amministrazioni attraverso i progetti di *cloud computing*, implementazione dell'intelligenza artificiale e *big data*. In questa prospettiva, il nuovo Piano prevede due strumenti innovativi: il *cloud first*[80] e il principio *once only*[81]. L'implementazione di questi strumenti dovrebbe assicurare una maggiore efficienza ed interoperabilità delle Pubbliche amministrazioni, poiché, attraverso il *cloud first*, queste posso accedere tutte ad un unico software, dove è possibile salvare tutti i dati acquisiti dalle pubbliche amministrazioni, in modo tale che le stesse possano, in qualsiasi momento, recuperarli con evidente beneficio per cittadini e utenti.

Il procedimento di adozione del Piano Triennale è suddiviso in tre fasi. La prima fase di "elaborazione e redazione" nella quale l'AgID programma l'intervento sulla base degli indirizzi forniti dalla Presidenza del Consiglio o dal Ministro delegato; una seconda fase di "consultazione con i soggetti pubblici", che consiste nella raccolta dei pareri dei vari enti pubblici, al fine di garantire che il Piano risponda alle esigenze dei vari attori coinvolti; infine, la terza e ultima fase di "adozione e approvazione", laddove, una volta confezionato il Piano Triennale, l'AgID sottopone il testo al Ministro per l'innovazione tecnologica e la transizione digitale, il quale ha facoltà di apportare modifiche. L'approvazione finale è di competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri o dal Ministro delegato.

Nel procedimento di formazione del Piano, la competenza di AgID riguarda dunque l'elaborazione del documento, in linea con quanto stabilito dall'art. 14-*bis* del CAD, comma 2, secondo cui "l'AgID svolge funzioni di programmazione e coordinamento delle attività delle amministrazioni per l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, mediante la redazione e la successiva verifica dell'attuazione del Piano triennale per l'informatica nella pubblica amministrazione contenente la fissazione degli obiettivi e l'individuazione dei principali interventi di sviluppo e gestione dei sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche".

Al procedimento di redazione del Piano partecipano anche altri enti pubblici, come chiarito all'interno dello stesso documento, al fine di garantire una fase istruttoria completa che tenga conto delle istanze delle amministrazioni coinvolte nel processo di transizione al digitale[82].

---

[80] Il *cloud first* nasce dall'ambizione secondo cui la pubblica amministrazione deve abbandonare progressivamente le infrastrutture IT proprietarie per convertirsi alla tecnologia cloud. Ciò vuol dire che tutte le informazioni che verranno recepite dalla pubblica amministrazione saranno conservate stabilmente con un sistema "*cloud*".

[81] D.U. GALETTA, *Transizione digitale e diritto ad una buona amministrazione: fra prospettive aperte per le Pubbliche amministrazioni dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e problemi ancora da affrontare,* in *Federalismi,* 2022, 7, p. 121 ss.: il *once only* è un principio attraverso cui tutti i cittadini che hanno prodotto delle informazioni ad una P.A. non dovrà mai più riprodurle, poiché queste vengono conservate nel *cloud* e possono essere riutilizzate da altre amministrazioni senza doverle richiedere al cittadino.

[82] Difatti, nel capitolo introduttivo di ogni Piano triennale per l'informatica della pubblica amministrazione, è previsto un paragrafo intitolato "Percorso di elaborazione del Piano triennale". Nel piano attualmente in vigore, viene previsto che "Il Piano triennale 2024-26 è il risultato di un'attività di scambio e concertazione tra


ISSN 2036-7821

Coerentemente con le norme del CAD, l'AgID ha adottato delle linee guida e dei regolamenti interni, nella prospettiva di articolare un ciclo di aggiornamento periodico (che può essere annuale o triennale) per adeguare il Piano alle nuove esigenze digitali della pubblica amministrazione e agli indirizzi ministeriali, nonché ad incoraggiare consultazioni tra le P.A. ed il settore privato su temi specifici con il coinvolgimento di attori esterni[83].

Fin qui per quanto riguarda la formazione del Piano. Diverso è il tema, invece, della sua efficacia e, in particolare del relativo carattere vincolante. Sotto questo profilo, si rende necessario chiarire l'inquadramento dello strumento nel contesto dell'attività di pianificazione delle pubbliche amministrazioni. Tutte le amministrazioni pubbliche, infatti, nell'esercizio delle relative funzioni, sono tenute a programmare in modo sistematico e organico le attività che intendono realizzare, al fine di perseguire efficacemente gli obiettivi istituzionali prefissati.

Il modello generale di pianificazione per il settore pubblico si ispira principalmente a due ambiti: la pianificazione urbanistica e la pianificazione economica, che forniscono le basi metodologiche per organizzare e strutturare le attività amministrative. Questi modelli forniscono un telaio di riferimento, caratterizzato da una visione di lungo termine e da obiettivi specifici legati, a seconda dei casi, al territorio o all'economia.

Accanto a questo modello generale, si colloca la programmazione strategica interna alla pubblica amministrazione, la quale mira a migliorare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa. Lo strumento principale attraverso il quale viene formalizzata e articolata tale attività di programmazione è rappresentato da specifici strumenti di pianificazione come piattaforma essenziale per garantire trasparenza, efficienza e coerenza nell'azione amministrativa[84].

---

amministrazioni e soggetti istituzionali che hanno contribuito anche alla redazione delle precedenti edizioni. Nel mese di settembre 2023 è stato istituito un Tavolo di concertazione, con l'obiettivo di costituire una struttura permanente per un'azione concertata di definizione dei contenuti e delle strategie indicate dal Piano stesso".

[83] Tra cui: Amministrazioni locali e territoriali (Regioni, Province e Comuni), Istituzioni accademiche di ricerca (Università o enti di ricerca), associazioni della società civile che rappresentano interessi collettivi o specifici e altre autorità pubbliche che non fanno parte formalmente dell'AgID ma collaborano nelle consultazioni e nella definizione delle politiche digitali. Cfr. *www.agid.gov.it*, *"Linee Guida sull'interoperabilità tecnica delle Pubbliche Amministrazioni"* e *"Linee Guida Tecnologie e standard per la sicurezza dell'interoperabilità tramite API dei sistemi informatici"*.

[84] M. CARRABBA, *Programmazione,* in *Digesto,* 1997: "programmare «significa stabilire le premesse decisionali per decisioni future; più brevemente, pianificare significa decidere sulle decisioni». La pianificazione è inclusa, così, nel *genus* dei «meccanismi riflessivi» la cui caratteristica strutturale essenziale è che il processo decisionale «si svolge due volte in modo pienamente valido e che esso non viene ridotto ad un solo stadio... Nel caso di decisione sulle decisioni, cioè di pianificazione, è indispensabile che vengano prese decisioni secondo un certo disegno, ma, d'altra parte, che tali decisioni non rendano superflue, o determinino completamente dal punto di vista contenutistico, una successiva attività decisionale; ma la lascino più o meno aperta, cosicché si debba ancora decidere più volte. Una pianificazione si limita, in altri termini, a stabilire le premesse decisionali di successive decisioni. Essa struttura più o meno intensamente le successive situazioni decisionali, ma non anticipa le concrete


ISSN 2036-7821

Attraverso i piani, infatti, le PA definiscono obiettivi strategici, individuano le risorse necessarie e stabiliscono le azioni operative da intraprendere per raggiungere risultati misurabili. In particolare, i piani triennali consentono di organizzare la programmazione a medio termine in modo sistematico e coerente, delineando un percorso chiaro per il raggiungimento degli obiettivi di modernizzazione, trasparenza e digitalizzazione[85].

Questi strumenti permettono alle amministrazioni di programmare e monitorare le azioni necessarie, garantendo una gestione efficiente delle risorse e un miglioramento continuo della qualità dei servizi pubblici[86]. Inoltre, garantiscono un meccanismo di rendicontazione a favore dei cittadini, promuovendo una maggiore responsabilità e trasparenza nei confronti della collettività.

Con specifico riguardo al tema del carattere vincolante o meno delle previsioni del Piano Triennale per l'Informatica, può tornare allora utile il confronto con altri strumenti di pianificazione strategica. Com'è noto, infatti, i piani adottati dalle pubbliche amministrazioni non sono sempre vincolanti, posto che la vincolatività degli stessi dipende dal contesto normativo specifico in cui si collocano, per quanto la relativa adozione sia tendenzialmente obbligatoria e funzionale a garantire il rispetto dei principi di efficienza, trasparenza e responsabilità amministrativa. Ad esempio, alcuni piani, come il Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza (PTPCT), trovano fondamento normativo in disposizioni che impongono alle pubbliche amministrazioni di adottarli e il mancato rispetto di tali obblighi può comportare sanzioni o conseguenze amministrative[87]. Peraltro, per l'ipotesi di mancata ottemperanza, sono previste specifici profili di responsabilità a

---

decisioni sulle azioni da intraprendere... Di pianificazione si parla quando si tratta della definizione di un problema decisionale e della determinazione delle condizioni della sua soluzione".

[85] Ad esempio, il Piano della performance (art. 10 c. 1 lett. a d.lgs. 150/2009) è un documento programmatico triennale definito dall'organo di indirizzo politico-amministrativo in collaborazione con i vertici dell'amministrazione, secondo gli indirizzi impartiti dal Dipartimento della funzione pubblica (linee guida n. 1/2017), entro il 31 gennaio di ogni anno. In caso di ritardo nell'adozione del Piano l'amministrazione deve comunicare tempestivamente le ragioni del mancato rispetto dei termini al Dipartimento della funzione pubblica.

Il Piano individua gli obiettivi specifici ed annuali di cui all'articolo 5, comma 01, lettera b) del d.lgs. 150/2009 e definisce le risorse, gli indicatori per la misurazione e la valutazione della performance dell'amministrazione, nonchè gli obiettivi assegnati al personale dirigenziale ed i relativi indicatori.

[86] Alcuni esempi di piani delle P.A. sono: "Piano della Performance", introdotto con il D.lgs. 150/2009 (Decreto Brunetta), il quale permette alle P.A. di fissare obiettivi, monitorare il raggiungimento degli stessi e creare un collegamento tra le risorse impiegate ed i risultati raggiungi, aumentando la trasparenza verso i cittadini e i portatori di interesse (stakeholders); "Piano Triennale per la Prevenzione della Corruzione e per la Trasparenza" (PTPCT), previsto dalla Legge 190/2012 e gestito in collaborazione con l'ANAC, mirando a combattere il fenomeno della corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche, attraverso misure specifiche che le amministrazioni devono adottare per prevenire i comportamenti illeciti e prevede la creazione di appositi sistemi di monitoraggio e controllo.

[87] Si veda la legge n. 190/2012 che, all'art. 1, comma 8, obbliga ogni pubblica amministrazione all'adozione del Piano entro il 31 gennaio di ogni anno, in coerenza con il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) predisposto dall'ANAC


ISSN 2036-7821

carico del dipendente pubblico formalmente investito dell'onere procedimentale relativo all'adozione del Piano, come delineato dal comma 44 dall'art. 1 della legge 190/2012. Tale disposizione sancisce che l'inosservanza delle misure indicate nel Piano determina, a seconda dei casi, una responsabilità disciplinare ovvero, laddove espressamente previsto, una responsabilità amministrativa e contabile in relazione al danno eventuale arrecato all'amministrazione.

Per quanto concerne, invece, il Piano Triennale per l'informatica della pubblica amministrazione, lo stesso è un documento obbligatorio perché la sua redazione è espressamente disposta dall'articolo 14-*bis* del CAD (che lo contempla come strumento di indirizzo strategico e operativo) ma residua in ogni caso un margine di discrezionalità operativa alle amministrazioni nell'attuazione delle indicazioni del piano, al fine di adattarne l'attuazione alle proprie risorse, competenze e organizzazione[88].

Del resto, il tendenziale difetto di un carattere cogente degli strumenti giuridici nella disponibilità di AgID emerge anche con riguardo ad altri istituti.

A questo proposito, torna in rilievo il tema dell'azione di indirizzo e controllo delle pubbliche amministrazioni svolta dall'Agenzia per l'Italia Digitale, che si esplica in termini rilevanti attraverso lo strumento dei pareri. L'art. 14-*bis* del Codice dell'Amministrazione Digitale (CAD), al comma 2, lettere f) e g), stabilisce, infatti, che l'AgID possa esprimere pareri tecnici. Tali pareri si distinguono in vincolanti e non vincolanti, a seconda del livello di obbligatorietà previsto dalla normativa. I pareri vincolanti hanno carattere obbligatorio e le amministrazioni devono adeguarsi alle indicazioni fornite[89]. Gli stessi possono riguardare, ad esempio: la conformità dei contratti ICT o per l'approvazione dei piani di conservazione dei documenti digitali. I pareri non vincolanti, invece, non hanno carattere obbligatorio ma, al contrario, assolvono una funzione consultiva e sono richiesti direttamente dalle amministrazioni su base volontaria. Sotto questo profilo, possiamo pensare alle indicazioni di conformità di una soluzione tecnologica a standard di interoperabilità o accessibilità.

La distinzione tra pareri vincolanti e non vincolanti risponde a un'esigenza di equilibrio tra controllo centralizzato e autonomia amministrativa. I pareri vincolanti si applicano in casi in cui è necessario garantire il rispetto di standard inderogabili

[88] Tale discrezionalità deriva dal principio generale di "autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni", sancito dall'art. 5 del D.lgs. 165/2001.

[89] In caso di mancata conformità ad un parere vincolante, non esiste una normativa specifica che preveda sanzioni dirette. Tuttavia, il carattere vincolante del parere deriva dalla necessità, per l'AgID, di garantire la conformità dell'azione amministrativa al quadro normativo vigente. Di conseguenza, l'adozione di un provvedimento in contrasto con il parere vincolante potrebbe essere oggetto di annullamento su iniziativa di terzi o del giudice amministrativo, poiché la mancata conformazione al parere vincolante implica verosimilmente l'incompatibilità del provvedimento con il quadro normativo vigente. Inoltre, tale situazione potrebbe configurare un'ipotesi di danno erariale e/o responsabilità dirigenziale.


ISSN 2036-7821

per salvaguardare interessi superiori, quali: evitare vulnerabilità nelle infrastrutture pubbliche digitali; assicurare che i sistemi delle amministrazioni comunichino senza ostacoli, riducendo i costi e i disagi per i cittadini; evitare che risorse siano destinate a tecnologie obsolete o non conformi.

D'altra parte, i pareri non vincolanti lasciano spazio all'autonomia decisionale delle amministrazioni, specialmente nei contesti in cui le soluzioni tecnologiche non incidono direttamente su standard nazionali o su questioni strategiche. Questa flessibilità favorisce il dialogo tra l'AgID e le amministrazioni, senza compromettere la capacità delle singole amministrazioni di adattarsi alle specificità locali.

Dalla lettura delle norme sopra citate emerge chiaramente che il carattere vincolante dei pareri riguarda prevalentemente quelli inerenti al controllo sui contratti pubblici relativi all'acquisizione di beni e servizi digitali, ambito in cui l'AgID esercita un controllo indiretto volto ad assicurare che i contratti pubblici siano conformi alle strategie nazionali.

In conclusione, il ruolo dell'AgID si configura principalmente come una funzione di supporto e consulenza tecnica, piuttosto che di direzione cogente, mirata a orientare le amministrazioni verso scelte conformi alle strategie nazionali, senza compromettere la loro autonomia decisionale e mantenendo un approccio non coercitivo.

Difatti, si è osservato come gli articoli 14-*bis* e 50 del Codice dell'Amministrazione Digitale attribuiscano all'AgID il compito di promuovere, definire e monitorare le politiche di digitalizzazione della pubblica amministrazione, ma gli strumenti giuridici a sua disposizione per influenzare il processo, posto il carattere solo relativamente vincolante degli stessi, appaiono insufficienti rispetto all'ambizioso obiettivo di garantire una digitalizzazione omogenea e capillare del settore pubblico sull'intero territorio nazionale.

Pertanto, emerge l'inderogabile necessità di un'evoluzione, prevalentemente normativa, che rafforzi il ruolo dell'AgID, conferendole strumenti e prerogative idonei a superare le attuali criticità. La ricerca scientifica, in questa prospettiva, deve porsi come propulsore imprescindibile per l'innovazione tecnologica, al fine di affrontare con lungimiranza le sfide poste dal processo di digitalizzazione.

Infine, il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione rappresenta non solo una sfida strategica di primaria importanza per la modernizzazione del settore pubblico italiano, ma anche un banco di prova per l'effettiva capacità delle amministrazioni di riuscire ad innovarsi in maniera omogenea. In mancanza di tale omogeneità risulta necessario una riforma del sistema normativo che permetta un'evoluzione digitale omogenea capace di adattarsi alle esigenze di un futuro sempre più digitale.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Operatività risolutiva della convalida in presenza di conflitto di interessi: una lettura sistematica dell'art. 6-*bis* della Legge n. 241/1990

di **Angiola Giovanna Modano**

(Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

## Sommario

1. Il conflitto di interessi: considerazioni introduttive. 2. L'astensione quale garanzia di neutralità del decisore pubblico. 3. Tra nullità ed annullabilità del provvedimento adottato in conflitto di interessi 4. Il potere di convalida e la teorica del risultato. 5. Conclusioni.

## Abstract

The document examines whether merely formal violations of conflict-of-interest rules can be resolved through validation, when they do not affect impartiality or hinder the public interest. Based on outcome theory, the study values the achievement of substantive outcomes over formal flaws, attempting to demonstrate how legal acts need to be preserved and promoting effectiveness, efficiency and cost-effectiveness in public administration.

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


ISSN 2036-7821

***1. Il conflitto di interessi: considerazioni introduttive.***

L'interesse a sviluppare una riflessione su un tema, di lunga tradizione, come quello del conflitto di interessi nasce dalla necessità di interrogarsi su come garantire stabilità e certezza all'azione amministrativa anche quando questa risulti afflitta da un vizio potenzialmente lesivo dell'imparzialità.

A questo fine, il presente saggio intende approfondire se – e in quali termini – possa considerarsi legittimo il ricorso a rimedi che non comportino l'automatica rimozione dell'atto viziato, ma ne consentano invece, previa verifica dell'ininfluenza del conflitto sulla decisione presa, la conservazione qualora l'atto risulti comunque utile al conseguimento dell'interesse pubblico tutelato dalla norma.

Nel solco dei principi di certezza del diritto e di conservazione degli atti giuridici, l'indagine nello specifico si concentra sul ruolo dei provvedimenti con effetto conservativo-sanante, con specifico riguardo alla convalida, quale possibile strumento di equilibrio tra legalità sostanziale e salvaguardia dell'effettività dell'azione amministrativa. In tale prospettiva, si intende dimostrare come l'istituto citato, se correttamente applicato, possa rappresentare il rimedio più proporzionato in presenza di un vizio legato al conflitto di interessi, evitando l'annullamento automatico di atti che, seppur potenzialmente viziati sul piano del sottostante rapporto, conservano ancora la capacità di realizzare l'interesse pubblico.

Emerge, dunque, la necessità di inquadrare il tema anche alla luce dell'evoluzione normativa e del contesto attuale, che vede una costante attenzione verso la correttezza e la trasparenza dell'azione amministrativa, soprattutto in funzione del risultato da raggiungere.

Tale verifica è ancor più rilevante alla luce delle continue riforme legislative in materia di prevenzione e contrasto alla corruzione che, nell'esercizio della funzione ammnistrativa, hanno contribuito ad incentivare l'attenzione nei confronti del conflitto di interessi[1].

Infatti, al fine di rendere più solide e credibili le garanzie di imparzialità e trasparenza, è stato delineato un sistema di misure finalizzate ad evitare che i funzionari pubblici possano agire per interessi personali, familiari o, comunque, estranei all'interesse pubblico. Tali misure puntano a chiarire immediatamente i

[1] Sul conflitto di interessi in termini generali, G. COLAVITTI, *Il trattamento normativo del conflitto di interessi tra ragionevolezza e imparzialità*, in *Nomos*, 2002, p. 67 ss.; A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, Torino, 2002; E. VELTRI, F. PAOLA, *Il governo dei conflitti*, Milano, 2006; S. CASSESE, *Conflitto d'interesse: il fiume di Eraclito*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 235 e ss.; M. CATRICALÀ, *La disciplina del conflitto di interessi nell'esercizio delle professioni*, in *Dir. Amm.*, 2011, p. 381 e ss. e M.R. SPASIANO, *Conflitto di interessi ed esercizio delle professioni*, in *Nuove Autonomie*, 2014, p. 45 ss.; C. MARCHETTA, *La legislazione italiana sul conflitto di interessi*, Milano, 2013.

Si vedano anche: Consiglio di Stato, Sezione VII, 7 novembre 2024, n. 8927; Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2023, n. 4129; Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2408; Cons. Stato, sez. II, 26 settembre 2022, n. 8271 in *www.giustiziaamministrativa.it*.


ISSN 2036-7821

limiti ed i doveri[2] cui è soggetto chi esercita un pubblico ufficio, nella consapevolezza che la prevenzione dei conflitti di interessi sia, tra i vari mezzi, il più idoneo a garantire la legittimità amministrativa[3].

Il conflitto tra interesse pubblico e interesse privato naturalmente non costituisce una novità nel dibattito giuridico. Alla fine dell'Ottocento, la dottrina[4] aveva iniziato a riflettere, sebbene in ambiti settoriali e specifici, sulla necessità che il dipendente pubblico si astenesse dal partecipare a decisioni in cui potesse avere un interesse diretto o indiretto. In quell'ottica, l'obbligo di astensione non era tanto volto a sanzionare colui che versasse in quella condizione quanto a tutelare la credibilità e l'autorevolezza dell'ente pubblico, che non poteva tollerare che le proprie decisioni ingenerassero il sospetto di essere mosse da fini estranei rispetto all'interesse generale.

Questa impostazione, di impronta formalistica oltre che etico-istituzionale, aveva trovato riconoscimento sistematico nella giurisprudenza e nella dottrina di inizio Novecento[5].

Sino ad allora, in effetti, non vi era una configurazione autonoma del conflitto di interessi, ritenendosi la nozione di "incompatibilità amministrativa" onnicomprensiva anche di tale concetto.

Ad onor del vero, la legislazione dell'epoca prevedeva, quale forma rimediale, il ricorso all'astensione, il cui effetto consisteva nel limitare temporaneamente e solo con riguardo ad un determinato affare, l'esercizio delle pubbliche funzioni.

---

[2] B.G. MATTARELLA, *Il conflitto di interessi dei pubblici funzionari*, in F. Palazzo (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa. Atti del seminario (Firenze 6 maggio 2011)*, Firenze University Press, 2012, p. 63-64.

[3] E. GUICCIARDI, *Esercizio della funzione pubblica e interesse personale dei collegi amministrativi*, in *Riv. Amm.*, 1948, I, p. 129 e ss.

Secondo l'impostazione di Guicciardi, nel caso di conflitto di interessi, l'istituto della revocazione non avrebbe dovuto essere esteso dal campo giurisdizionale a quello amministrativo. Difatti, l'Amministrazione nei rapporti con i cittadini non è giudice, ma parte ed in quale caso è giudice di causa propria, come nel caso dei ricorsi amministrativi.

La legge amministrativo distingue due ipotesi: un'interferenza permanente e un'interferenza accidentale.

Nel primo caso, la legge prevede delle incompatibilità tassative, che impediscono che la persona sia eletta o nominata, mentre nel secondo vi è un obbligo di astensione. In tale ultima evenienza, vi è una vera e propria incapacità del funzionario che è più grave di quella del giudice ricusato. Inoltre, per Guicciardi la partecipazione di chi non si è astenuto o non è stato ricusato rende la deliberazione illegittima e, quindi, impugnabile da parte dell'interessato. Diversamente, il Nigro commentò una decisione del Consiglio di Stato, evidenziando che "l'interferenza, nell'esercizio del potere affidato ad un organo, di interessi privati o, comunque non propri di quell'organo, costituisce un vizio di legittimazione del soggetto, perché interrompe il nesso di strumentalità fra persona giuridica e fisica." Si tratta, dunque, di un vizio di violazione di legge che incide su un elemento esterno dell'atto e ne provoca l'annullabilità.

In tal senso, si legga: M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, (nota a Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 1952, n. 65), in *Foro.it*, 1953, III, 1952, p. 74 ss.

[4] A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, Torino, 1896, p. 134.

[5] A. SAVAGNONE, *Le incompatibilità amministrative*, Torino, 1909, p. 13; E. GUICCIARDI, *Esercizio della funzione pubblica e interesse personale dei collegi amministrativi,* in *Riv. Amm.*, 1948, I, p. 129 e ss.


ISSN 2036-7821

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si era diffusa l'opinione circa l'esistenza di un principio generale in ragione del quale qualsiasi atto emanato in una situazione di conflitto di interessi era da ritenersi sempre viziato, anche nei casi in cui la legge nulla disponeva in ordine all'incompatibilità del funzionario. Tale assunto, di fatto, veniva ricondotto alla legittimazione del soggetto agente, più esattamente ai presupposti sui quali si riteneva si fondasse la legittimazione nel diritto pubblico, cioè l'abilitazione della persona fisica a disporre in relazione ad interessi della persona giuridica pubblica; mettendo, in tal modo, il funzionario a servizio dell'ente pubblico e dell'organo di cui fosse titolare e non viceversa.
Rispetto a questa tesi, tuttavia, l'art. 97 Cost. assumeva un mero valore rafforzativo in piena attuazione della teoria generale dell'immedesimazione organica.
In seguito, anche per effetto di un certo mutamento di indirizzo della giurisprudenza[6], fu sostenuta l'opinione che le disposizioni sull'astensione potessero inquadrarsi tra quelle norme di relazione che, pur avendo un contenuto determinato e circoscritto, se individualmente considerate, assumono un contenuto indeterminato rispetto al sistema, in quanto riconducibili ad un principio sovraordinato. Questo principio, invero, era individuato nel fatto che qualsiasi interferenza attuale o potenziale di interessi nell'esercizio della funzione amministrativa viziasse la legittimazione del soggetto agente.
In questo senso, il principio d'imparzialità non giocava ancora un ruolo centrale.
Soltanto negli anni Sessanta, gli studi sull'imparzialità amministrativa[7] hanno rappresentato il presupposto per potersi affermare che la pubblica amministrazione deve essere sempre libera da influenze derivanti da interessi personali dei funzionari, che possono inquinare l'attività dell'ente di appartenenza.
Progressivamente, prima dell'entrata in vigore della legge cd. anticorruzione del 2012, l'astensione è stata assunta come applicazione diretta del principio di buon andamento[8].
All'indomani dell'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo, una parte della dottrina[9] aveva evidenziato infatti che il tema del dovere di astensione del dipendente pubblico non fosse stato trattato adeguatamente, generando uno dei limiti più gravi della riforma.
In questo scenario, si è collocata la legge n. 190 del 2012, che ha colmato una lacuna

[6] Consiglio di Stato, Sez. IV, 13 dicembre 1968, n. 3293 in *www.giustiziaamministrativa.it*.
[7] E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della costituente e cultura giuridica*, Vol. II – *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale, Bologna*, 1980, p. 225; U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in Digesto disc. pubb., VIII, Torino, 1993, p. 134-135.
[8] U. ALLEGRETTI, *Procedimenti e moralizzazione amministrativa*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano, 1988, p. 11.
[9] G. BANTERLE, A. TRAVI, *Art. 5*, in A. Travi (a cura di), *Commentario alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 34.


ISSN 2036-7821

normativa ormai non più giustificabile in un ordinamento che, pur presentando solide fondamenta, non era stato sino a quel momento in grado di edificare un apparato normativo in grado di contrastare il conflitto di interessi dei pubblici dipendenti. Attraverso la previsione dell'art. 6-*bis* della legge 241/1990, in effetti, è stata esplicitata una regola ritenuta già immanente nel tessuto ordinamentale, ma che consente una più immediata e completa attuazione della natura teleologicamente orientata della funzione amministrativa, che deve essere tenuta lontana da alterazioni generate dal contrasto tra interesse secondario con quello primario.

Questa normativa, tra i tanti meriti, presenta quello di aver formalizzato l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interessi, contribuendo ad una più chiara definizione dei comportamenti attesi da parte dei soggetti investiti di poteri pubblici per la salvaguardia del prestigio dell'amministrazione.

Per giunta, le indicazioni sempre più puntuali e frequenti degli organismi europei ed internazionali sono risultate sintomatiche dell'importanza che viene, ad oggi, riconosciuta nelle situazioni di contrasto tra doveri istituzionali e vantaggi personali.

In tal senso, a livello europeo, vengono in rilievo le linee guida dell'*Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) del 2003[10] e le raccomandazioni del *Group d'Etats contre la corruption* (GRECO)[11], istituito in seno al Consiglio d'Europa.

Quanto alle prime, esse sono significative perché, sulla scorta di *best practies*, hanno il merito di aver indicato il "*recusal*"[12] tra gli strumenti più idonei per la gestione del conflitto di interessi.

Relativamente, invece, alle raccomandazioni del cd. Gruppo GRECO, esse sono finalizzate a migliorare la capacità degli Stati membri nel combattere la corruzione mediante l'adozione di riforme legislative, istituzionali o *practical*.

Altre indicazioni, poi, sono pervenute dagli accordi internazionali che hanno preceduto ed influenzato la l. 190/2012, nella parte dedicata al conflitto di interessi.

È centrale, in proposito, la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 con la

[10] *Cfr.* http://www..oecd.org/governance/ethics/2957360.pdf. Tali linee guida individuano una serie di strumenti per riconoscere, prevenire, gestire e risolvere le situazioni di conflitto di interessi sia rispetto alla necessità di garantire che i funzionari pubblici sappiano ciò che è loro richiesto in relazione all'identificazione e alla dichiarazione di situazioni di conflitto di interessi sia rispetto alla necessità di fissare regole chiare sugli obblighi dei funzionari rispetto alle situazioni di conflitto di interessi.

[11] *Cfr.* http://www.coe.int/en/web/greco (ultima consultazione, 25 luglio 2025)

È interessante evidenziare che il Gruppo fornisce una piattaforma per la condivisione delle migliori pratiche di prevenzione e individuazione della corruzione. Peraltro, l'adesione al gruppo, che è un accordo allargato, non è limitata agli Stati membri del Consiglio d'Europa; infatti, qualsiasi Stato che abbia partecipato all'elaborazione dell'accordo parziale allargato può aderire al Gruppo, accettando in tal modo di sottoporsi alle sue procedure di valutazione.

Per l'Italia, il primo *Report* risale al 2009, avendo aderito al Gruppo il 30 giugno 2007.

[12] M. ARGENTATI, *La disciplina italiana del conflitto di interessi in una prospettiva di diritto comparato*, in *Dir. Pubbl.* 2009, p. 945-952.


ISSN 2036-7821

risoluzione n. 58/4[13], ratificata dallo Stato italiano con l. 3 agosto 2009, n. 116.
In detta legge, due diposizioni si occupano specificatamente del conflitto di interessi.
La prima lega insieme la necessità di favorire trasparenza a quella di prevenire i conflitti di interessi.
La seconda, più puntuale, impone a ciascuno Stato di adottare misure che obblighino i pubblici ufficiali a dichiarare alle autorità competenti ogni attività esterna, investimento, impegno, bene, dono o vantaggio sostanziale dal quale potrebbe emergere un conflitto.
Tali spinte esterne[14] hanno portato, per l'appunto, alla modifica della legge sul procedimento amministrativo e all'inserimento dell'art. 6-*bis* della legge 241 del 1990 norma, quest'ultima, da cui è emersa una nozione di corruzione più ampia e non strettamente limitata ai fenomeni che, nel diritto penale, hanno tradizionalmente ricevuto tale qualificazione con l'aspirazione di evitare che i funzionari pieghino l'azione amministrativa al perseguimento dei loro interessi privati.
Considerato quanto detto, occorre valutare però in quale misura sia legittimo, o persino doveroso, intervenire sugli interessi personali, qualora questi risultino non rispettosi dei doveri imposti all'ufficio pubblico: una tale riflessione richiede un approccio ponderato e rigoroso e, al tempo stesso, attento a non trascurare quali effetti possano generarsi sull'affidabilità e sull'imparzialità dell'amministrazione da una decisione viziata per violazione dell'art. 6-*bis* L. 241 del 1990.
Dopo aver chiarito che l'interferenza tra interessi pubblici e privati mina la legittimazione soggettiva dell'agente e compromette l'imparzialità dell'azione amministrativa, è importante provare a formulare in modo più consapevole una

[13] In generale sulla Convenzione di Merida del 2003, si veda: S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. Merloni – L. Valdelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi.*, in *Astrid*, 2010, p. 111-115. Tra i punti deboli della Convenzione vanno qui segnalati l'assenza di norme specifiche sul monitoraggio e sulle risorse per la sua implementazione e il carattere non vincolante di molte norme della Convenzione: tra queste, le norme sul finanziamento dei partiti politici, sulla corruzione nel settore privato e sulla protezione dei cd. *whistleblowers*.
In precedenza, *cfr.* anche la Convenzione penale sulla corruzione, siglata a Strasburgo il 4 novembre 1999.
[14] Si precisa che "l'origine delle azioni per combattere la corruzione nelle transazioni economiche internazionali viene tradizionalmente individuata nella iniziativa USA nata a seguito della adozione in quel paese del *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA-1977). Tale legge ha previsto gravi sanzioni nei casi di corruzione dei funzionari pubblici internazionali, dei partiti politici e nelle situazioni di indebito vantaggio acquisite da imprese americane (o comunque operanti nel mercato americano) nelle operazioni economiche. In pratica, fin dalla sua adozione, il FCPA ha esercitato un notevole impatto sul modo di fare affari delle imprese USA in ambito internazionale. La mancanza di analoghi strumenti negli altri paesi le cui imprese concorrevano con quelle americane sui mercati internazionali, ha posto queste ultime in una posizione di squilibrio nel commercio internazionale. Di qui la necessità, di cui gli americani si sono fatti paladini, di estendere il loro modello a livello internazionale. Per tale scopo l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) rappresentava il forum ideale per sensibilizzare e concentrare gli sforzi per convincere i paesi più ricchi a criminalizzare la corruzione transnazionale". In tal senso ancora: S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. Merloni – L. Valdelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione, rimedi.*, *cit.*, p. 111-115


ISSN 2036-7821

prima definizione di conflitto di interessi, quale nodo centrale delle norme di relazione.

Il conflitto di interessi rappresenta "una situazione di tensione o contrasto tra due interessi diversificati[15]", per cui un giudizio concernente un interesse primario tende ad essere indebitamente influenzato da un interesse secondario (denaro, vantaggio personale o familiare), in modo tale da deviarlo.

Vale a dire, quella situazione in cui un interesse (cd. secondario), riconducibile alla sfera personale del soggetto agente, entra in conflitto con quello diverso (cd. primario), correlato ad altro soggetto, che il medesimo agente dovrebbe, invece, perseguire in ragione di un dovere o di un obbligo; ne consegue che per ripristinare la legittimità della funzione pubblica si deve estromettere il funzionario dal servizio.

Esiste, dunque, un principio tanto etico quanto giuridico, secondo il quale non può concorrere a decidere, in veste di organo pubblico, colui che riguardo ad un determinato affare abbia un interesse materiale o morale: in tale evenienza, il funzionario può essere ricusato.

La ricusazione, tuttavia, deve essere fatta valere immediatamente, dato che costituisce una forma di difesa dell'imparzialità della condotta amministrativa mentre, se sollevata dopo l'adozione del provvedimento, serve dimostrare che la situazione di incompatibilità dell'organo amministrativo abbia inevitabilmente influenzato il contenuto dell'atto finale, facendolo divergere dall'interesse pubblico da perseguire. Se l'interessato, invece, presta acquiescenza alla vicenda, non può invocare contro il provvedimento alcuna difesa giurisdizionale, avendo omesso di esercitare l'opposizione accordatogli dalla legge per il rinnovamento della situazione.

Ulteriore passo da compiere è quello di comprendere cosa si intende per "interesse"[16].

---

[15] E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. Amm), in Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1972, p. 1 ss. e A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1966, p. 317 e ss.

[16] E. BETTI, *Voce Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VIII, Utet, Torino, 1957, p. 838 e A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1972, p. 68.

Sul tema dell'interesse pubblico, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia ai contributi di: S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato* (1930), ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, p. 299; A. CATELANI, *In tema d'interesse pubblico e di interesse privato nella giurisdizione amministrativa di legittimità*, in *Foro amm.*,1967, II, p. 28; W. CESARINI SFORZA, *Sul concetto di interesse generale*, (1935) ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, Milano, 1967, II, p. 263; E. BETTI, *Interesse (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 839; L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici, Riv. trim dir. pubbl.*, 1968, p. 274; G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. Dir.*, 1970, p. 448; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)* in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972; A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 1972, p. 57; A. ANGIULI, *La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa,* in *Dir. Soc.*, 1983, p. 337; ID. *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, Napoli, 1986; D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, p. 205; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 320; G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 25; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione*, in *Studi in onore di P.*


ISSN 2036-7821

L'interesse pubblico – come osservato da M.S. Giannini[17]– individua una nozione polimorfa e può essere rappresentato come "un poliedro a molteplici facce, dalle quali l'una è indubbiamente rappresentata da quell'interesse a limitare, costringere o annullare diritti e interessi dei privati per quel tanto strettamente necessario alla soddisfazione dell'interesse della comunità"[18].

In realtà, questa formula è stata adoperata per legittimare i più disparati comportamenti amministrativi, che vanno ad incidere su situazioni giuridiche soggettive, coinvolte nel procedimento.

Detto altrimenti, l'interesse pubblico si impone unilateralmente e, prevalendo su quello privato, viene tutelato dal fatto che la funzione pubblica non può essere messa in discussione, se non per verificare che sia stata esercitata nel rispetto della norma attributiva del potere. Tuttavia, la norma di legge è sede privilegiata ma non esclusiva per la qualificazione dell'interesse pubblico.

E, di conseguenza, il progressivo superamento della tradizionale concezione di interesse pubblico[19], inteso come interesse superiore e unitario che trascende e

---

*Virga*, Milano, 1994, II, p. 1305; M. SPASIANO, *Interesse pubblico- interesse privato: la crisi della «grande dicotomia»*, *Legalità e giustizia*, 1995, p. 547; ID., *Interesse pubblico e attività amministrativa*, in F.G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2019, p. 15; F. BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, I, p. 243; M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in Scritti in onore di M. S. Giannini, Milano, 1998, III, p. 907; ID., *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A. Tigano, *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, vol. III, 2017, p. 2569; M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 413; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale*, in *I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi*, Padova, 1999, p. 97; ID., *La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, in A. Contieri (a cura di), L'interesse pubblico fra politica e amministrazione, Napoli, 2010, II, p. 242; G. CORSO, *Atto amministrativo e interesse pubblico nella legislazione degli anni novanta*, in Studi in onore di A. Pensovecchio Li Bassi, Torino, 2004, I, p. 323; S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse»*, in *Foro amm.-Cds*, 2006, p. 2349; A. ROMANO TASSONE, *«Atto politico » ed interesse pubblico, ibidem*, p. 311; R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, I, p. 335; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, p. 103; G. M. CARUSO, E. GUARNA ASSANTI, *L'interesse pubblico tra dinamiche organizzative e profili consensuali*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2020; R. CAVALLO PERIN, *La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge*, in *Dir. amm.*, 2022, p. 119. Mentre per un inquadramento dell'azione amministrativa in senso funzionale, rispondente a interessi pubblici, assunti come fini dell'azione, v. A. ROMANO, *Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana*, in Il *magistero scientifico di A. M. Sandulli*, nel centenario della nascita ((a cura di M. A. Sandulli), Napoli, 2016, p. 112.

[17] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, *cit.*, p. 316 ss., spec. 319.

[18] E. PRESUTTI, *Istutuzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Messina, 1931, p. 47.

[19] È d'interesse richiamare la monografia di M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012 che, nelle pagine 50 e ss., ricostruisce compiutamente l'evoluzione del concetto di interesse generale nel senso che segue: "per interesse generale perseguito dall'amministrazione, infatti, non può intendersi quello dell'intera collettività, bensì quello di una parte (in genere la maggioranza) della stessa; ogni provvedimento amministrativo (ad eccezione di quelli totalmente vincolati) configura, in altri termini, la manifestazione di un giudizio di valore che – di conseguenza – rende la p.a. necessariamente "parte", pur nel rispetto del principio di


ISSN 2036-7821

sovrasta gli interessi particolari, si accompagna a non poche contraddizioni e incertezze interpretative[20].

Ciononostante, in uno Stato caratterizzato dalla compresenza di una pluralità di classi, gruppi sociali e istanze collettive, appare innegabile che ciascuna comunità possa legittimamente rivendicare un proprio interesse, o addirittura una pluralità di interessi, spesso tra loro confliggenti.

Gli interessi pubblici, d'altra parte, sono soggetti a continua ridefinizione, in quanto si ampliano per includere "ogni situazione sociale apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettiva di protezione da parte del diritto pubblico"[21].

Emerge una visione dell'interesse pubblico non più statica o monolitica, quanto piuttosto pluralistica e relazionale, in grado di accogliere una varietà di esigenze, anche non per forza riconducibili alla sfera economico-patrimoniale.

Il compito di individuare interessi riferibili alla collettività, nonché i mezzi per perseguirli, indubbiamente spetta al decisore nazionale che deve, per prima cosa,

---

legalità. In tal senso, dunque, non può intendersi contraria ai principi dello Stato di diritto, in quanto "parziale", quell'attività della pubblica amministrazione volta a favorire una determinata categoria di persone piuttosto che un'altra, non potendosi affatto escludere che, ad esempio, esigenze di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., possano portare a preferire gli interessi di categorie depresse rispetto agli interessi comuni". La ricostruzione riprende lo scritto di A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, 1973, il quale sostiene che: "dimostrata l'assenza di una vigenza *intrinseca* di imparzialità` all'interno dell'operato dell'amministrazione – si riveli necessario interpretare il principio di cui all'art. 97 Cost. come limite esterno delle scelte pubbliche, come «necessita` di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo e solo essi e di operare le conseguenti scelte in base a criteri previsti dalla legge oppure unitari, ossia conformi ad indirizzi generali, adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico".

Nella ricostruzione, riprendendo ancora le parole di M. CALABRÒ: "successivamente, la dottrina e la giurisprudenza hanno capovolto il punto di osservazione – dall'analisi della posizione dei titolari dei pubblici uffici a quella degli interessi dei soggetti privati – finendo per valorizzare l'applicazione del principio di imparzialità nell'ambito del procedimento amministrativo, quale clausola generale dell'attività dell'amministrazione. È nata così in quegli anni la concezione del principio di imparzialità ancora oggi prevalente: esso vie- ne inteso quale canone inderogabile di condotta dell'amministrazione, alla quale e` vietata qualsiasi forma di discriminazione o disparita` di trattamento nelle diverse manifestazioni del suo agire. Si veda anche S. CASSESE, *Imparzialità` amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973.

[20] Già V. SPAGNUOLO VIGORITA, nel saggio *Principio individualistico nel processo amministrativi e difesa dell'interesse pubblico* (in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ*, 1962, p. 631) aveva rilevato che l'interesse pubblico si presentava come una "formula in bianco (…) storicamente adoperata per coprire le realtà più disparate e a volte lontane da quel significato letterale che pure essa presenta". Si deve richiamare anche la tesi sostenuta da F. CAMMEO che individuava l'interesse pubblico nella causa dell'atto, concependo tale valutazione in termini di opportunità e non di legittimità dell'atto. (in *Corso di diritto amministrativo*, rist., Padova, 1960, p. 582).

Segue tale visione civilistica anche CANNADA – BARTOLI, *Interesse* (*dir. Amm*), in *Enc. del Dir.* XII, Milano, 1972, p. 1.

[21] M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, 1979, p. 313 afferma: "La conseguenza de cambiamento dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse, o "a direzione pluriclasse", è l'aumento del numero degli interessi che da privati o collettivi divengono pubblici, perché affidati a pubblici poteri": le amministrazioni nuove "sono, in sostanza, le amministrazioni di protezione sociale e le amministrazioni di direzione dell'economia".


ISSN 2036-7821

tener conto degli interessi costituzionali[22] in gioco; nonostante ciò, non sempre la legge si rivela adeguata a cogliere, o quantomeno ad esprimere, tutti gli interessi sui quali l'azione amministrativa è chiamata, poi, ad incidere[23]. Tra l'altro, una volta che vengono individuati i vari interessi, spetta proprio alla Pubblica Amministrazione dare loro attuazione.

Lo sgretolamento dell'accezione unitaria di interesse pubblico ha dato l'avvio ad un processo volto alla presa di coscienza della necessaria individuazione dell'interesse pubblico in concreto: frutto, cioè, della composizione tra contrapposte situazioni giuridiche soggettive.

In effetti, gli interessi pubblici risultano calati in una realtà dialettica che tramuta gli interessi in tutti quei fatti che compongono il cd. "caso concreto" e dai quali l'amministrazione, nel suo operare, non può prescindere: ad essi è tenuta a rapportarsi costantemente per realizzare una verifica di conformità della rispondenza dell'attività realizzata rispetto alle esigenze dietro cui si celano gli interessi pubblici[24].

La legge – come accennato – non è sempre in grado di ordinare pure gli interessi e questi, non di rado, risultano contrapposti e reclamano la loro elevazione ad interessi pubblici concreti. Per questo specifico motivo, mai si potrebbe pensare che per individuare un "interesse di sintesi" si debba ingabbiare l'interesse pubblico nella norma di diritto positivo, in quanto il suo contenuto, i suoi limiti e la sua portata devono essere sottoposti ad un procedimento di composizione e scomposizione che tenga in conto le ragioni dei cittadini.

La norma giuridica finisce così con il preoccuparsi di garantire gli obiettivi minimi ovvero di indicare ambiti di tutela: in tal modo, essa non resta indifferente alle esigenze sociali ma, consapevole dei propri limiti, affida all'amministrazione l'autoregolamentazione e l'individuazione degli interessi deboli da tutelare.

Ne deriva che l'amministrazione possiede un ruolo che, lungi dal collocarla in una condizione di esecutrice del dettato legislativo (come sarebbe proprio di un potere esecutivo nell'ambito di uno stato di diritto), piuttosto essa è artefice dell'attività di individuazione, oltreché di valutazione comparata fra vari interessi[25]. Può affermarsi,

---

[22] Art 1, c. 1 L.241/1990 "*L'attivita` amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed e` retta da criteri di economicita`, di efficacia, di imparzialita`, di pubblicita` e di trasparenza secondo le modalita` previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonche` dai princîpi dell'ordinamento comunitario*".

[23] A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Diritto Amministrativo*, p. 131- 156, 2000.

[24] M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti, Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, 1996, p. 7-40.

[25] Ancora M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, *op.cit*, p. 54 e ss.: "Viene, dunque a delinearsi una concezione di amministrazione come «parte imparziale», definita anche «parte non di parte», in seguito accolta dalla quasi totalità della dottrina, in base alla quale la pubblica amministrazione – pur dovendo perseguire uno specifico interesse pubblico (*parte*) – sarebbe nel contempo tenuta ad aprirsi all'esame di tutte le


ISSN 2036-7821

in altre parole, che la pubblica amministrazione compartecipa quindi alla "creazione" dell'interesse pubblico debole o secondario, che non è costituito dalla mera somma algebrica della considerazione degli interessi ma è frutto di una scelta nomo-poietica[26].

La "demitizzazione"[27] dell'interesse pubblico, al più, ha condotto a preferire ad una tale nozione di quella di funzione pubblica rispetto alla quale è possibile riconoscere il carattere oggettivo dell'amministrazione rispetto alla tutela di un bene della vita: in effetti, è la funzione ad assumere un ruolo decisivo venendo a ricomprendere tutte le situazioni giuridiche soggettive coinvolte, collocate in posizioni tra loro antagoniste.

Nella funzione amministrativa, un vero e proprio *leitmotiv* è proprio la sintesi degli interessi in gioco, tipica dell'esercizio del potere nel contradditorio procedimentale, nel corso del quale l'osservanza delle regole costituisce garanzia per il privato interessato e assicura, al contempo, l'ottimale perseguimento del bene collettivo.

È evidente che l'amministrazione, come descritta, assume connotati di parte integrante e qualificata della più ampia realtà sociale, nella quale si declina non l'interesse bensì gli interessi. Ciò significa che l'amministrazione non deve smettere di preservare la legalità, in senso formale e nondimeno sostanziale, ma è chiamata ad assumere la veste di esecutrice della legge e "delle esigenze di giustizia"[28],

---

altre posizioni protette dall'ordinamento, siano esse pubbliche o private, al fine di effettuare un contemperamento tra queste e l'interesse di cui essa è titolare (*imparzialità*). Per tale motivo, il principio di imparzialità deve innanzitutto incidere sull'assetto organizzativo della p.a.: solo un'amministrazione strutturata in conformità al criterio dell'imparzialità sarebbe in grado (se non di garantire, almeno) di fornire i presupposti indispensabili per un esercizio imparziale dell'attività amministrativa. Si va a configurare, in tal modo, una duplice sistemazione concettuale del principio in esame: l'una, interna, relativa all'organizzazione dei pubblici uffici, all'impiego delle risorse; l'altra, esterna, operante in sede di concreto esercizio della funzione. In altri termini, l'applicazione del principio di imparzialità nella sua accezione interna (o statica) garantisce che la p.a. possa agire in completa indipendenza da qualsiasi indebita ingerenza e che ad essa vengano forniti strumenti, risorse e moduli procedimentali tali da permetterle di individuare ed esaminare adeguatamente tutti gli interessi giuridicamente rilevanti coinvolti nei diversi processi decisionali (accezione esterna, o dinamica). Una simile prospettiva giustifica, dunque, una interpretazione estensiva del principio di imparzialità, da regola di condotta meramente procedimentale a canone generale attinente all'intera "vita" della p.a., autentica garanzia di giustizia e di democrazia nell'ambito dell'ordinamento". Sul tema si legga anche: M.R. SPASIANO, *Profili di organizzazione della pubblica amministrazione in cinquanta anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, (a cura di) G. Della Cananea, M. Dugato, Napoli, 2006, p. 163 ss.

[26] G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 35 ss.

[27] Espressione di: M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti, Gli organismi non lucrativi di utilità sociale*, *op. cit.*, p. 43.

[28] M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?* in *Foro Ital.*, 1983, V, p. 254. Nel saggio, l'Autore richiama le opposte concezioni di Hauriou (la p.a. è puissance) e di duguit (la p.a. è service). La ***"puissance publique"*** rappresenta, per Hauriou, il fondamento del diritto pubblico e della legittimità dello Stato come autorità sovrana. Duguit, invece, ne nega l'esistenza in senso assoluto, proponendo una visione **funzionalista e solidaristica dello Stato**, in cui il potere ha senso solo se giustificato dalla sua **utilità sociale**. Entrambe le visioni hanno influenzato profondamente il diritto amministrativo e costituzionale europeo: Hauriou ha posto le basi della **concezione istituzionale**, Duguit ha anticipato i moderni principi di **buona amministrazione e servizio pubblico**. Nigro, invece, afferma che l'amministrazione è una commistione tra i due termini.


ISSN 2036-7821

quest'ultime realizzabili anche tramite meccanismi di auto-correzione.
Nel momento in cui c'è un interesse pubblico da tutelare, si pone la questione di come esercitare correttamente l'arte di bene amministrare, tenendo in considerazione che in essa si innesta sempre la dimensione personale del funzionario[29].
La Carta costituzionale fornisce, tra l'altro, una risposta alla questione.
In particolare, l'art. 51, comma 1, Cost. rappresenta la prima disposizione che pone una significativa limitazione in materia di conflitto di interessi, affermando che "tutti i cittadini possono accedere ad uffici pubblici e cariche elettive in condizioni di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge"[30].
Tale previsione, verosimilmente, riflette la volontà del legislatore costituente di delineare una netta distinzione tra gli interessi privati, che il titolare di una funzione pubblica possiede, e gli interessi pubblici connessi all'esercizio del *munus*.
A questo punto, serve riflettere su quale deve essere la risposta dell'ordinamento in caso di violazione della norma sul conflitto di interessi: è forse più giusto applicare sanzioni rivolte al funzionario coinvolto oppure è preferibile adottare altri strumenti, magari più efficaci, per correggere situazioni di conflitto.
Tra questi strumenti, un ruolo centrale è svolto dalle misure di autotutela amministrativa, che consentono all'amministrazione di intervenire direttamente sugli atti viziati da illegittimità o da irregolarità, anche quando derivanti da situazioni di conflitto di interessi. Si tratta di rimedi che, pur non avendo natura sanzionatoria, risultano fondamentali per il ripristino della legalità dell'azione amministrativa, la conservazione dell'atto e la prevenzione di danni ulteriori.
In particolare, permettono di correggere, sanare o eliminare gli effetti degli atti viziati, offrendo così una risposta concreta, tempestiva e funzionale alla complessità delle situazioni che si possono verificare all'interno della pubblica amministrazione: un tale approccio appare più adatto a tutelare l'interesse pubblico, evitando di limitarsi a comminare soltanto la sanzione.
Il conflitto di interessi costituisce una patologia profonda del rapporto tra il soggetto agente e la funzione esercitata, poiché compromette la capacità del funzionario di

---

Dall'analisi di questi due orientamenti, che hanno influenzato la teoria dello Stato e del diritto pubblico francese dell''800 e del '900, chi scrive ritiene che si possa cogliere che nella funzione di preservare la legalità va ritenuta ricompresa anche quella di "rimeditare" su un provvedimento per poter ripristinare la sua legittimità.

Quindi, la visione funzionalistica di Duguit andrebbe letta anche in questo modo per poterla adeguare ai moderni principi di buon andamento e legittimo affidamento.

[29] G. SIRIANNI, *I profili costituzionali: una nuova lettura degli articoli 54,97 e 98 della Costituzione, in La corruzione amministrativa: cause prevenzione e rimedi*, (a cura di) F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010, p. 129-134. Si veda anche R. CAVALLO PERIN, F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, p. 100.

[30] B. VALENSISE, *Il conflitto di interessi nella L.215/2004 tra luci (poche) e ombre (molte)*, *in Studium Juris*, n°3, 2005, p. 1034; B.G. MATTARELLA, *Conflitto di interessi, quello che le norme non dicono*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, n° 12, p. 1281 ss.


ISSN 2036-7821

agire per il perseguimento del solo interesse pubblico.
Dacché la reazione dell'ordinamento non può essere unica.
Le sanzioni personali rivolte al soggetto che ha omesso di dichiarare la propria incompatibilità, si integrano con quelle che colpiscono l'atto viziato: le prime garantiscono la responsabilizzazione del singolo agente, mentre le seconde tutelano la legalità e l'affidabilità dell'azione amministrativa.
Tuttavia, l'amministrazione può ricorrere all'autotutela nei casi in cui, sebbene l'atto sia stato adottato in una situazione di conflitto di interessi, è evidente che esso non ha leso situazioni giuridiche soggettive e che, anzi, realizza l'interesse pubblico.
L'autotutela, in questa prospettiva, non è solo uno strumento tecnico ma un'espressione del dovere dell'amministrazione di mantenere alta la fiducia dei cittadini nel corretto esercizio del potere pubblico.
Ad avviso di chi scrive, questa impostazione riflette una logica più ampia che si rinviene anche nell'ordinamento della magistratura: i magistrati sono tenuti al "dovere di essere e di apparire imparziali"[31].
Il parallelismo è significativo: difatti, così come il giudice deve evitare ogni condotta che possa minare l'immagine di terzietà della giurisdizione, anche l'amministrazione deve intervenire su atti che, pur formalmente legittimi, risultano "viziati nella percezione di imparzialità".
In questo senso, correggere un atto viziato da un conflitto di interessi – anche quando non ne derivi un danno concreto – significa riaffermare il principio che il potere pubblico deve sempre mostrarsi integro, trasparente e orientato all'interesse della collettività.

### *2. L'astensione quale garanzia di neutralità del decisore pubblico.*

Al fine di rafforzare le garanzie di imparzialità nell'azione amministrativa, il legislatore ha introdotto con l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 un generale obbligo di astensione per i soggetti che partecipano all'adozione di atti istruttori o decisori, ove si configuri un conflitto di interessi, anche solo potenziale[32].
Dal tenore letterale del citato articolo, pare evincersi che esso dovrebbe essere applicato solo al responsabile del procedimento ed ai titolari degli uffici competenti, imponendo a loro carico un generale dovere di astensione o di segnalazione. Peraltro, nella citata norma il legislatore disciplina il conflitto di interesse potenziale ed attuale

[31] Cass, Sezioni Unite, n. 24148 del 25 ottobre 2013.
Si legga anche F. DEL CANTO, *La libertà di espressione dei magistrati e il dovere di essere e apparire imparziali*, in *La Rivista del "Gruppo di Pisa"*, 2/2024, p. 100.

[32] L'art. 6-*bis* della L. n. 241 del 1990 – rubricato "Conflitto di interessi" – inserito dall'art. 1, comma 41 della legge 6 novembre 2012, n. 190, prevede che: "il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi nel caso di conflitto di interessi, segnalando una posizione di conflitto, anche potenziale".


ISSN 2036-7821

in modo unitario: questa scelta non è di poco momento e risiede nella necessità di salvaguardare, al contempo, tanto l'integrità del funzionario pubblico quanto l'immagine dell'amministrazione.

A dire il vero, il conflitto è potenziale quando non si concretizza rispetto ad una fattispecie procedimentale specifica, ma sorge solo in via astratta. Potenziale, in altri termini, può definirsi ciò che "attende di manifestarsi o realizzarsi compiutamente", che può tradursi in atto ma che ancora si trova allo stato di mera potenzialità. In questa fase, secondo recenti impostazioni[33], non parrebbe esserci un obbligo di astensione, ma di mera segnalazione del conflitto (cd. *disclosure*).

Viceversa, nel momento in cui si instaura il rapporto procedimentale, il conflitto è sempre attuale.

L'attualità viene in essere quando il dipendente ha un interesse, che si concretizza nel procedimento, ragion per cui è chiamato ad astenersi.

Diversa è invece l'impostazione dell'art. 3 della legge 20 luglio 2004, n. 215 ("Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi"), normativa che si riferisce esclusivamente ai titolari di cariche di governo e che, sin dalla sua entrata in vigore, ha destato molte critiche.

Nello specifico, questa legge – nota come "Legge Frattini" – contiene una definizione ben precisa di conflitto di interessi, che sussiste quando il titolare di cariche di governo partecipa all'adozione di un atto, anche formulando la proposta, o omette un atto dovuto, trovandosi in situazione di incompatibilità […], ovvero quando l'atto o l'omissione ha un'incidenza specifica e preferenziale sul patrimonio del titolare, del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, ovvero delle imprese o società da essi controllate […] con danno per l'interesse pubblico.

Una definizione di tal portata contrasta con il modo in cui l'espressione è normalmente intesa nell'art. 6-*bis* della L. 241-90, dato che la patologia causata dal conflitto di interessi viene definita come evento di danno e non come situazione di pericolo.

Va prontamente notato che, perché si abbia conflitto di interessi, non è sufficiente dunque che il politico tragga vantaggio dal proprio comportamento, ma addirittura che ci sia un danno all'interesse pubblico[34].

È pertanto escluso che si possa sanzionare la mera esistenza del conflitto derivante dall'agire del membro del governo in un settore nel quale operino sue imprese o, comunque, possano esserci interessi per il suo patrimonio, piuttosto la citata legge esige la realizzazione di un comportamento abusivo.

---

[33] S. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. Amm.*, 2013, p. 684.

[34] B.G. MATTARELLA., «*Conflitto di interessi*», Relazione discussa al Convegno "Le evoluzioni della legislazione elettorale di contorno in Europa", Roma, 10-11 giugno 2010.


ISSN 2036-7821

Tale scelta muove da una ragione politica che è quella di consentire al titolare di una carica governativa di evitare di adottare un atto ovvero ometterne uno dovuto, allorquando l'adozione o l'omissione potrebbero avere un'incidenza specifica o preferenziale sul suo patrimonio o di quello del coniuge, dei parenti entro il secondo grado o, da ultimo, sulle imprese o società da lui stesso controllate con un immediato danno sull'assetto politico-economico del Paese.

Il vantaggio preferenziale personale ed il danno all'interesse pubblico sono fatti alquanto difficili da provare e tale aspetto inficia la tutela contro le molteplici fattispecie di conflitto.

Differentemente, l'6-*bis* possiede una connotazione soggettiva del potere, per cui l'esistenza del conflitto d'interessi prescinde dall'eventuale pregiudizio derivante dal provvedimento amministrativo, incentrandosi sul dovere di astensione del funzionario, unico comportamento che può accordargli la fiducia da parte dell'amministrazione.

Per le osservazioni sin qui svolte, non desta meraviglia che la disposizione sul conflitto di interessi per le cariche di governo sia rimasta pressoché priva di attuazione sin dalla sua entrata in vigore, perché ritenuta inadeguata a cogliere il conflitto di interessi nella realtà.

L'elemento di maggiore criticità è indubbiamente rappresentato dalla fattispecie del conflitto di interessi c.d. per incidenza specifica e preferenziale. Si tratta, come avvertito, di una disposizione che delinea un'ipotesi di conflitto di interessi attuale e sempre subordinato al verificarsi di condizioni assai difficili da dimostrare.

Inoltre, la nozione di atto di governo, che può dare luogo al conflitto, è stata interpretata in modo restrittivo, escludendo ad esempio le dichiarazioni pubbliche e ogni altro atto che non sia espressione di una competenza formalmente disciplinata.

In tal modo, si circoscrivono ulteriormente le ipotesi concrete in cui può accertarsi un conflitto[35].

La legislazione italiana si discosta, in tal modo, dalla *best practies* internazionali ed europee, che raccomandano di avvalersi di una visione di conflitto che consenta di intervenire prima che si verifichi la realizzazione del vantaggio personale (cd. evento dannoso).

Questa situazione di insoddisfazione ha più volte spinto il Parlamento a tentare di elaborare nuove leggi senza un esito concreto.

Probabilmente, il concetto centrale da affermare, *de iure condendo*, dovrebbe essere quello di prevedere una concezione di conflitto di interessi come fattispecie di mero

[35] Così il parere di V. Caianiello alla Commissione affari costituzionali della Camera dei deputati, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sulle problematiche inerenti alla disciplina per la risoluzione del conflitto di interessi, XIV Legislatura, Servizio studi della Camera, Lavori preparatori della legge 20 luglio 2004, n. 215, 9 settembre 2004, 233-260.


ISSN 2036-7821

pericolo: "la semplice presenza di interessi, anche di natura non patrimoniale, dovrebbe poter già integrare l'ipotesi di conflitto vietata"[36]. Inoltre, far rendere in forma pubblica la dichiarazione di interessi potrebbe sollecitare l'attivazione di un dibattito o un confronto pubblico, con effetti dissuasivi preliminari oltreché di controllo sull'operato dell'uomo di governo[37].

Poi, sarebbe quantomai opportuno che la valutazione sulla sussistenza del conflitto venisse svolta prima dell'assunzione della carica e non, come spesso accade, dopo l'assunzione di quest'ultima.

I rimedi destinati alla soluzione del conflitto potrebbero anche prevedere gestioni indipendenti, realizzabili tramite schemi procedurali, che consentano di contemperare la cura degli interessi patrimoniali del destinato alla carica pubblica con l'intento di sterilizzare le situazioni di conflitto di interessi.

Dato il rilievo costituzionale delle cariche al vaglio, probabilmente le eventuali decisioni incidenti sulla carica governativa dovrebbero essere rimesse agli organi costituzionalmente competenti o, ancor meglio, alla Corte costituzionale quale organo supremo *super partes*.

Prima di procedere all'analisi della disciplina relativa al procedimento amministrativo, era doveroso accennare ad alcune problematiche inerenti al conflitto di interessi. Difatti, la disposizione in esame presenta margini di indeterminatezza e lacune sistematiche, che ne compromettono l'efficacia applicativa. E, solo alla luce di un inquadramento anche pratico del conflitto di interessi, è possibile restituire coerenza interpretativa alla disciplina e valutare con maggiore consapevolezza le soluzioni normative adottate o da adottare.

Difatti, l'esame delle questioni patologiche, che connotano l'istituto, risulta indispensabile per coglierne la portata applicativa, i limiti operativi nonché le ambiguità insite nella disciplina attualmente vigente.

A questo punto, serve approfondire l'analisi della disciplina sul procedimento amministrativo, prendendo le mosse sempre dall'art. 6-*bis* della L. 241/90, la cui formulazione normativa evidenzia significativi margini di indeterminatezza e carenze sistematiche che, parimenti a quanto detto per la Legge Frattini, limitano l'effettiva portata applicativa anche di detta disposizione.

In primo luogo, va osservato che l'aspetto destabilizzante dell'interesse, di cui il soggetto è portatore, viene resa ancor più complessa per l'assoluta difficoltà di capire cosa si intenda per conflitto. Esso viene definito con criteri non determinati e satisfattivi, rendendo difficoltoso per l'interprete del diritto pervenire all'elaborazione di una regola unitaria e coerente.

---

[36] A. LALLI, *Conflitto di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, fasc.1, 1° marzo 2016, p. 155.

[37] B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 124.


ISSN 2036-7821

L'incertezza non si ferma a quanto esposto, piuttosto va evidenziato che la norma (addirittura) non dice nulla circa le modalità di attivazione delle procedure volte a manifestare l'astensione obbligatoria o la comunicazione, né accenna alle conseguenze della violazione.

Ebbene, la presenza di tali lacune solleva non poche perplessità sotto il profilo costituzionale, in quanto l'art. 97, comma 2, Cost. stabilisce che spetta alla legge determinare l'assetto dell'organizzazione amministrativa, definendo in modo preciso le competenze dei funzionari pubblici. Per tale motivo, la giurisprudenza[38] sostiene che per realizzare pienamente il principio di trasparenza occorre che, da un lato, vi sia una segnalazione di conflitto di interessi potenziale e, dall'altro, l'astensione nelle ipotesi in cui il conflitto di interesse sia già attuale.

Ai sensi dell'art. 1, comma 9, l. 190/2012, anche il piano di prevenzione della corruzione può prevedere obblighi di trasparenza ulteriori: le segnalazioni di conflitto d'interessi o quelle di astensione, nonché gli eventuali provvedimenti di sostituzione adottati, possono essere resi noti nel sito *internet* dell'amministrazione.

Di particolare notazione risulta anche l'interpretazione normativa proposta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, secondo cui la disposizione oggetto d'esame deve essere letta sempre in coordinato con il Codice di comportamento dei pubblici dipendenti. In questa prospettiva, le singole amministrazioni sono legittimate ad indicare, in via esemplificativa, le situazioni in cui il conflitto di interessi può emergere con maggiore evidenza, tenendo conto sia dell'analisi dei precedenti sia della propria struttura organizzativa e, nondimeno, dell'ambito operativo di riferimento. Precisa, ancora, l'Anac[39] che la segnalazione dovrebbe essere indirizzata

[38] Consiglio di Stato, Sez. III - Sentenza del 23 febbraio 2023, n.1884; Cons. Stato, sez. II, 9 marzo 2020, n. 1654; sez. II, 10 settembre 2020, n. 5423; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5239; Cons. Stato, Sez. V, 11 gennaio 2018, n. 126; Cons. Stato, Sez. V, 29 ottobre 2019, n. 7411; Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1628 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[39] Si vedano: delibera dell'ANAC n.25 del 2020; ***delibera ANAC n. 377/2022;*** delibera dell'ANAC n. 494 del 2019; delibera dell'ANAC 22 del 2025; nota dell'ANAC del 6 luglio 2018; schema di Piano Nazionale Anticorruzione 2019 – 2021 in *www.anticorruzione.it*.

Si legga anche parere di precontenzioso n. 114/2024 in materia di appalti pubblici e conflitti di interessi. A riguardo, è rilevante il seguente *dictum: "la giurisprudenza in tema di esclusione per precedente coinvolgimento nella preparazione della gara, e in particolare la sentenza con cui il Consiglio di Stato ha evidenziato che, in una tale situazione, «La previsione di esclusione dalla partecipazione deve essere interpretata in maniera rigida e così anche il correlato obbligo dichiarativo. Pertanto, spetta anzitutto all'amministrazione aggiudicatrice che si è avvalsa del contributo del concorrente, del quale è perfettamente a conoscenza, adottare le misure adeguate a garantire la parità del confronto concorrenziale, cosicché intanto può sussistere la causa di esclusione e il relativo obbligo informativo, in quanto – come afferma l'art. 80, co. 5, lett. e) – la situazione di asimmetria non possa essere risolta in altro modo». Nel caso trattato nella sentenza, il fatto che il progetto definitivo dell'opera e tutta la documentazione tecnica posta a base di gara fossero stati messi a disposizione di tutti i concorrenti ai fini della formulazione delle offerte «elide il vantaggio concorrenziale legato altrimenti alla disponibilità di informazioni privilegiate» (Cons. Stato III, 29 marzo 2019, n. 2079). Si evidenzia che è stata ritenuta legittima l'aggiudicazione nel caso in cui siano state adottate tutte le misure idonee a garantire la concorrenza. Nella fattispecie erano state illustrate in dettaglio, nel capitolato, le operazioni svolte durante la consultazione preliminare, con indicazione sia degli operatori economici contattati sia delle attività svolte nel corso delle consultazioni, e ai candidati era stato concesso un termine*


ISSN 2036-7821

al dirigente, il quale è chiamato a valutare se la situazione configuri un'ipotesi di conflitto di interessi, idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo.
Accertati i fatti, questi è tenuto a comunicare per iscritto al funzionario le ragioni che consentono l'espletamento dell'incarico oppure che rendono obbligatorio sollevarlo dall'incarico.
Diversamente, allorquando il conflitto investa un dirigente, è il responsabile della prevenzione della corruzione che dovrà valutare le iniziative da assumere.
Tuttavia, una chiave di lettura differente rispetto a quella finora illustrata può essere prospettata, ad esempio, attraverso l'applicazione analogica dell'art. 2, commi 9-*bis* e 9-*ter* della legge sul procedimento amministrativo.
Tale disposizione, pur riferendosi espressamente all'ipotesi di inerzia della pubblica amministrazione nella conclusione del procedimento mediante provvedimento espresso, offre uno spunto interpretativo rilevante anche nel caso in esame.
Infatti, essa individua un meccanismo sostitutivo volto a garantire comunque la definizione del procedimento, attribuendo al privato la facoltà di sollecitare l'intervento del responsabile mediante la nomina di un commissario o di altra struttura competente[40].
In caso di omessa individuazione, il potere sostitutivo si considera in capo al dirigente generale, al dirigente dell'ufficio o, in ultima istanza, al funzionario di rango più elevato.
Il richiamo a tale disciplina appare funzionale a rafforzare l'idea che l'ordinamento non tolleri situazioni di stallo procedimentale e che, anche in assenza di una norma specifica, occorre individuare soluzioni che garantiscano l'effettività dell'azione amministrativa e la tutela delle posizioni soggettive dei privati.
Tuttavia, oltre alle problematiche connesse all'ambito delle competenze, la norma presenta ulteriori carenze.
Infatti, l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 tace sulla tempistica d'inoltro per la segnalazione della causa di astensione e parimenti sui termini per la risposta del dirigente o del responsabile dell'ufficio.

---

*di 35 giorni per formulare le offerte, pur trattandosi di gara sottosoglia (TAR Puglia, Sez. I, 26 febbraio 2021, n. 340, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 7 marzo 2022, n. 1619). In ogni caso, l'omissione, da parte della stazione appaltante, dell'adozione delle misure minime atte ad evitare la distorsione della concorrenza non puo` determinare l'automatica esclusione della societa` che ha partecipato alla fase preliminare. L'esclusione puo` essere disposta solo nel caso in cui vi sia stato un comportamento volutamente scorretto, nel senso che l'operatore economico abbia dolosamente influenzato l'esito dell'indagine di mercato (Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, n. 455/2019). Una volta che sia affermata in concreto la lesione del principio della par condicio, la tutela che rimane in capo all'impresa concorrente e` l'impugnazione del bando che non abbia previsto sufficienti e proporzionate misure di compensazione dell'eventuale distorsione causata dalla partecipazione di un concorrente alla fase preliminare, ma non puo` essere - in assenza di indizi che dimostrino che l'operatore abbia intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato - la pretesa dell'esclusione della concorrente che ha partecipato alla fase preliminare (TAR Molise, Sez. I, 3 febbraio 2021, n. 31)".*

[40] S. FREGO LUPPI, *op cit.*, p. 677.


ISSN 2036-7821

Rispetto ai vuoti esposti, appare forse arbitraria qualsiasi soluzione.
In presenza dei presupposti di incompatibilità, la dottrina[41] ha ribadito la possibilità del funzionario di non esercitare la sua funzione senza che ciò comporti una responsabilità civile, penale, amministrativa o, addirittura, disciplinare.
L'atto di astensione deve essere indirizzato al responsabile dell'ufficio, il quale promuove un *sub*-procedimento, finalizzato a definire la questione insorta, sollevando il dipendente dal suo incarico, in via cautelare e temporanea: è evidente che l'art. 6-*bis* della L. 241/90 si riflette dapprima sui doveri del pubblico dipendente e, di riflesso, sul rapporto organo – ufficio.
L'interesse del privato, in via conseguenziale, viene in rilievo soltanto in ragione della sua appartenenza all'amministrazione di cui è portavoce: questo interesse, d'altra parte, entra indubbiamente nella dialettica della funzione amministrativa.
Non tutti gli interessi personali del dipendente meritano però tutela, poiché quello che conta è il ruolo istituzionale che ricopre, strettamente legato al processo di immedesimazione organica con l'ente. In altre parole, la persona coincide con la funzione pubblica che svolge, anche se idealmente: dunque, l'ufficio dovrebbe essere visto come uno strumento per la crescita e l'affermazione della personalità del titolare, chiamato a impegnarsi per garantire il buon funzionamento della macchina amministrativa.
Probabilmente, l'intera normativa sul conflitto di interessi andrebbe riletta in una dimensione più consona, che è, probabilmente, quella organizzativa.
Ciò detto, il silenzio del legislatore mantiene viva la necessità di comprendere se il prestigio del dipendente e dell'amministrazione devono trovare un punto di contatto reciproco: non a caso, "l'attività lavorativa (*ergo*: attività burocratica) non è fine a stessa ma ha una duplice valenza positiva… per cui è conseguenza spontanea qualificarla come attività funzionale, in considerazione della sua preordinazione al conseguimento di fini che trascendono l'ambito dell'interesse egoistico"[42].
L'imparzialità nell'amministrazione e l'imparzialità dell'amministrazione ma, non meno, la lealtà sono condizioni immanenti all'esercizio di pubbliche funzioni, in quanto costituiscono presidio di tutela dell'immagine della pubblica amministrazione di appartenenza, prima che un parametro di valutazione dell'attività amministrativa. Sembra che il rischio attuale sia quella che, a causa di un'eccessiva tutela dell'imparzialità, ogni forma di interesse privato venga automaticamente demonizzata, con l'obiettivo di non compromettere l'efficienza

[41] F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare,* Contributo allo studio dell'art. 6-bis l. 241/1990, Milano, 2018, p. 95.
[42] F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, *cit*., p. 100 e ss.; R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 886.


ISSN 2036-7821

della macchina amministrativa[43].

***3. Tra nullità ed annullabilità del provvedimento adottato in conflitto di interessi.***

A questo punto dell'analisi, occorre un approfondimento delle conseguenze giuridiche derivanti dall'inosservanza della prescrizione (art. 6-*bis* della L. 241/90) sul conflitto di interessi e una verifica degli strumenti di reazione dell'ordinamento difronte a tale violazione.

Occorre ribadire che la scarna formulazione normativa non consente di pervenire neppure ad una qualificazione univoca sulla patologia che affligge il provvedimento finale, adottato all'esito di uno sviluppo illegittimo della funzione amministrativa. Tuttavia, si è progressivamente consolidata un'elaborazione dottrinale rilevante, che può essere ricondotta a due orientamenti interpretativi prevalenti.

Ebbene, il primo sostiene che il conflitto di interessi comporta un obbligo di astensione o di previa segnalazione e, in questo perimetro, sono attratte tutte le definizioni conflitto di interessi[44]: questa tesi intende il conflitto di interessi come precipitato applicativo dell'imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione e delle previsioni del Codice di procedura civile (artt. 51 e 52 c.p.c.). Questa posizione interpretativa non riconosce valenza innovativa all'art. 6-*bis* cit., dato che tale disposizione ribadisce prescrizioni già immanenti e radicate nel tessuto normativo.

La seconda, e altrettanto plausibile, chiave interpretativa afferma che la norma sul conflitto di interessi è orientata alla salvaguardia dell'immagine della pubblica amministrazione, quale valore funzionale alla credibilità e al buon andamento dell'azione amministrativa. Tuttavia, l'interesse del privato giammai deve incontrarsi con l'interesse pubblico nella dialettica procedimentale.

L'attività del dipendente, invero, deve essere svolta non solo nell'interesse egoistico e patrimoniale dell'amministrazione ma, verosimilmente, nel perseguimento di quegli interessi superindividuali, che l'ordinamento, di volta in volta, intende tutelare con favore per tutti o per determinati amministrati. L'esigenza di tutela dell'immagine della pubblica amministrazione presenta, in astratto, una potenziale incidenza tanto sull'*iter* procedimentale quanto sull'atto conclusivo, rivelando così una connessione strutturale con la validità o invalidità del provvedimento amministrativo.

Nonostante la dottrina sia concorde nell'affermare che il provvedimento adottato in conflitto di interessi sia illegittimo[45], la non conformità al paradigma normativo non

[43] A. PERTICI, *Il conflitto di interessi. Dieci anni di proposte di legge e dibattiti parlamentari in attesa dell'approvazione di una legge di disciplina della fattispecie*, in *L'attuazione della Costituzione*, ((a cura di) S. Panizza – R. Romboli), Pisa, 2004, p. 244.

[44] Utile, sul piano sistemico per la ricostruzione della nozione, è la lettura del parere reso dal Consiglio di Stato, Sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755 in www.giustiziaamministrativa.it.

[45] D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm*, 2005, 359, in particolare si leggano le pagine 362 e 363.


ISSN 2036-7821

sempre è causa di invalidità del provvedimento finale[46].
Esiste, infatti, "un'anormalità diversa"[47] dall'invalidità, che si verifica nei casi in cui l'atto viola norme meramente dispositive e non cogenti, riguardanti la forma o la procedura. L'inosservanza in questione, ritenuta di minore rilevanza, è qualificata come irregolarità non viziante, in quanto non incide su interessi determinanti per il contenuto dispositivo dell'atto conclusivo del procedimento. In effetti, non tutti i comportamenti sono in grado di indirizzare il processo decisionale dell'amministrazione, condizionando la composizione ultima degli interessi[48]. Sorge, dunque, una scissione tra i comportamenti finalizzati ad una corretta determinazione del dispositivo e, al contrario, comportamenti che non incidono su tale aspetto: soltanto l'inosservanza di questi ultimi determina l'irregolarità e non invalida il provvedimento[49].
È, quindi, fondamentale capire se il vizio derivante dal conflitto di interessi comporti l'annullabilità dell'atto oppure se, di contro, integri un'ipotesi di nullità[50].

---

Su questa categoria v. A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino 1993.

Sulla riconducibilità ad essa dei vizi formali dei quali qui ci si occupa v. le diverse opinioni di G. MORBIDELLI, *Invalidità e irregolarità*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano 2003, p. 79 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa,* Torino 2003, *passim* e in particolare, p. 317 ss.

[46] I criteri distintivi sono indicati anche in modo diverso dalla dottrina e dalla giurisprudenza impegnate ad illustrare la diversità tra le due categorie di norme e quindi di vizi, indicando gli elementi caratterizzanti qualche volta l'una categoria, qualche volta l'altra ed utilizzando a tal fine criteri eterogenei. Così, per esempio, possiamo veder suggerito, da un canto, che debbono considerarsi vizi sostanziali quelli che riguardano l'applicazione della normativa sull'assetto degli interessi in gioco (TAR Lombardia, Milano, sez. I, n. 1042/2006) o più specificamente quelli attinenti ai presupposti del provvedimento, od al suo contenuto, od alla finalità pubblica da perseguirsi (v. G. BERGONZINI, *Art. 21-octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 236). D'altro canto, si sostiene che si è in presenza di una illegittimità meramente formale quando, sebbene la struttura del procedimento o del provvedimento manchi di un elemento che avrebbe dovuto esserci ai sensi di legge, il contenuto dispositivo del provvedimento non ne risulta alterato, il vizio cioè è neutro rispetto alla sostanza della pretesa fatta valere in giudizio; invece l'illegittimità è sostanziale quando il vizio incide direttamente sulla possibilità dell'amministrazione ed eventualmente del giudice di accertare e soddisfare la pretesa di colui che *jure* la fa valere.

[47] Sull'irregolarità come anormalità non grave dell'atto amministrativo, *cfr.* M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, *cit.*, p. 355; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, p. 427.

F. LUBRANO, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003. N. PAOLANTONIO, *Ricusazione del responsabile del procedimento per conflitto di interessi tra dimensione organizzativa e pretese dei privati,* in *P.A. Persona e amministrazione*, 1, 2019, p. 53 ss.

[48] Infatti, spiega F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo,* in *Dir. Proc. amm.*, 2003, p. 420-1, "il provvedimento non è annullabile quando la statuizione è l'unica corretta, alla stregua del giudizio di conformità a diritto che l'ordinamento rimette al giudice"; giacché "non è l'incontrovertibilità del risultato dell'operazione intellettiva, ma la natura della funzione entro la quale questa si iscrive, che rende irrilevante il dubbio circa la possibilità di conclusioni diverse."

[49] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1911, vol. III, par. 305, p. 1320; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, p. 15.

[50] L. GALATERIA, *Astensione*, *cit.* 941, che riteneva la nullità dell'atto sia nel caso di partecipazione alla discussione sia in quello di sola votazione da parte di chi aveva l'obbligo di astenersi.


ISSN 2036-7821

La distinzione non è meramente teorica ma la corretta qualificazione dell'invalidità permette, verosimilmente, di poter valutare il grado di incidenza che il conflitto ha avuto sull'esercizio del potere amministrativo e sulla legittimità dell'atto finale.
In passato, la tesi della nullità è stata sostenuta, e di recente ripresa[51], in ragione della necessità di assicurare l'osservanza di principi costituzionali essenziali, di cui l'art. 6-*bis* della L. 241/90 sarebbe espressione puntuale: difatti, il funzionario agisce in attuazione dell'art. 54 della Carta costituzionale.
La nullità, però, si configura solo nelle ipotesi tassativamente indicate e, di conseguenza, è utilizzabile quando l'amministrazione non ha altri strumenti a disposizione.
A riguardo, la giurisprudenza[52] ha ribadito che la sanzione generale rimane l'annullabilità, dato che essa trova fondamento nell'esigenza di stabilità, certezza e conservazione dell'atto amministrativo. Tra l'altro, la violazione della disposizione sul conflitto di interessi *ex* art 6-*bis* non rientra tra le nullità testuali e neppure rappresenta un caso di elusione o violazione del giudicato; resta, quindi, da verificare se si possa sussumere tale vizio tra i casi di nullità del provvedimento per mancanza degli elementi essenziali oppure tra quelli affetti da difetto assoluto di attribuzione[53].
Ebbene, la mancanza di una norma che individua espressamente gli elementi essenziali dell'atto amministrativo genera significative incertezze circa l'ambito di applicazione della nullità strutturale, al punto da rischiare di svuotare la relativa previsione di effettività[54].

---

[51] S. VILLAMENA, *Osservazioni su "conflitto di interessi" e procedimento amministrativo*, *cit.*, p. 290. L'autore riprende V.E. ORLANDO, voce *Consiglio Comunale*, p. 135 ribadendo che quando ricorrono ragioni sostanziali apprezzabili e lo strumento dell'annullabilità si rivela non predicabile, la nullità sarebbe il rimedio estremo (p. 291). Sia consentito rinviare ad A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando, organizzatore di cultura: le riviste e il Primo Trattato Completo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 519 ss.

[52] La sentenza che ha dato vita a questo orientamento è quella del Cons. Stato, sez. IV, 3 ottobre 1911, in Giur.it, 1912, III, c. 162. La pronuncia negò la sussistenza di una categoria di nullità di ordine pubblico degli atti amministrativi, che siano rilevabili d'ufficio e deducibili in ogni stato della causa. La giurisprudenza anteriore, invece, era nel senso di ammettere nullità "speciali di ordine pubblico", rilevabili *ex officio iudicis*: Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 1910, in Giur.it, 1910, III, p. 374; Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 1904, III, c. 250.

[53] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792. Sul punto *amplius* M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; M. TIBERII, *La nullità e l'illecito. Contributo di diritto amministrativo*, Napoli, 2002, p. 135.

È interessante evidenziare sul punto che viene criticato l'uso dell'espressione difetto assoluto di attribuzione da: M.R. SPASIANO, *Art. 21-septies*, in N. Paolantonio-A. Police-A-Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2006, p. 565.

[54] F. G. SCOCA, *Esistenza, validita`ed efficacia degli atti amministrativi*, in *La nuova disciplina dell'attivita`amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. C. di San Luca, Torino, 2005, p. 170.

Di contrario avviso è L. MAZZAROLLI, che nell'articolo *Sulla disciplina della nullita` dei provvedimenti amministrativi*, in *Diritto processuale amministrativo* n. 3 del 2006 afferma che: "Può apparire un'affermazione un po' singolare, ma ritengo che si tratti di una lacuna che, a ben riflettere, può essere valutata non negativamente. La presenza di un elenco degli elementi essenziali porrebbe problemi non facili, quali quelli scaturenti dalla qualificazione del suo carattere: se dovesse cioè essere concepito come completo ed esaustivo o invece come meramente indicativo.


ISSN 2036-7821

Non avendo definito gli elementi essenziali di questa categoria, il legislatore si è esposto al pericolo di vedere del tutto inattuata la categoria in esame o, peggio ancora, vederla applicata sulla base di elementi essenziali di creazione pretoria, in grado di comminare la sanzione massima di invalidità senza che sussista il necessario supporto legislativo.

Relativamente al provvedimento nullo per difetto assoluto di attribuzione, è ampiamente condivisa l'opinione circa il fatto che in questa fattispecie rientrano sia i casi di "straripamento del potere" sia quelli di incompetenza assoluta[55]: tali fattispecie non si applicano alla violazione dell'obbligo di astensione del funzionario in conflitto di interessi.

Tanto è vero, il fine pubblico definisce di per sé il provvedimento amministrativo come esercizio del potere funzionalizzato che non può e non deve curare (o essere espressione di) interessi privati. L'interesse pubblico non è l'interesse del soggetto pubblica amministrazione (intesa sia come organo che come ufficio), ma uno degli interessi presenti nella società, che assumono la qualificazione pubblica, perché la legge li ha considerati prevalenti e (soltanto) affidati alla cura di una pubblica amministrazione.

Se, in concreto, viene meno l'interesse pubblico che dovrebbe orientare l'azione amministrativa, l'amministrazione – o il soggetto che agisce in sua vece – non può legittimamente esercitare il potere, né utilizzarlo per soddisfare interessi diversi da quelli previsti dalla norma attributiva della funzione; infatti, viene meno il fondamento stesso della legittimazione ad agire.

Tuttavia, secondo l'interpretazione divenuta maggioritaria, che si intende seguire, anche allorquando si faccia rientrare la violazione dell'art. 6-*bis* l. 241/1990 in una delle ipotesi in cui il potere non poteva essere esercitato in mancanza del presupposto, l'invalidità è e resta relativa[56].

Ciononostante, una parte della dottrina[57] ha evidenziato che la nullità potrebbe tornare *in auge* ove si consideri che il provvedimento sia viziato per difetto degli elementi essenziali, considerando a tal proposito l'interesse pubblico primario come tale. Non è mancato neppure chi[58], in ragione della formulazione piuttosto ecclettica dell'art. 21-*septies* della L. 241/90, ha ritenuto possibile configurare casi di nullità del

[55] Secondo la giurisprudenza "non rientra tra le ipotesi di nullità il caso di investitura formale poi caducata con effetto retroattivo", in quanto in tal caso va riconosciuta la validità del provvedimento adottato prima dell'annullamento dell'atto presupposto di nomina. V. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[56] La tesi sulla nullità sostenuta da questa parte della dottrina era ispirata al pensiero di Vittorio Emanuele Orlando, che – prima della netta presa disposizione della giurisprudenza amministrativa sopra citata – aveva espresso l'opinione secondo cui la presenza ed il voto di un consigliere comunale comportasse di per sé la nullità dell'intera deliberazione, aldilà del fatto che tali fattori avessero o meno influito sulla decisione.

[57] S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, 2012, p. 36 e ss.

[58] S. VILLAMENA, *op. cit.*, p. 40 e ss.


ISSN 2036-7821

provvedimento amministrativo per violazione delle norme che custodiscono i principi giuridici ed etici fondamentali. Questa tesi – che va a creare una sorta di gerarchia tra norme, seppur in assenza di criteri uniformi - fa riferimento alle norme *ultra*-imperative, che potrebbero individuarsi in base al concetto di ordine pubblico.
In ogni caso, la disposizione sul conflitto di interessi (art. 6-*bis* cit.), pur essendo espressione dei principi fondamentali, che riguardano l'esercizio della funzione, non viene fatta rientrare tra le norme ultra-imperative. Le norme pubblicistiche – tra cui figura l'art 6-*bis* della L. 241/1990 – assumono un ruolo assiologico, in quanto esprimono una concezione dei valori che dovrebbero ispirare la legittimità, l'integrità e l'onesta della vita pubblica, nel suo più ampio significato. Sicché, non dovrebbe mai verificarsi una distinzione tra norma giuridica e concreta attitudine all'osservanza di essa da parte del dipendente pubblico, che è chiamato a conformare la sua condotta (o, forse, coscienza civica) alla realizzazione del bene comune.
Si può concludere che la violazione dell'art. 6-*bis* della L. 241/1990 non può essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi di nullità previste dall'art. 21-*septies* della legge 241/1990.
Giunti a questo punto, resta ancora aperta la questione relativa alla qualificazione del vizio derivante da tale condotta[59].
Con riguardo all'annullabilità, la violazione della norma in esame è qualificata da alcuni come eccesso di potere, da altri come violazione di legge e altri, infine, la annoverano nell'incompetenza[60].
Va evidenziato che l'eccesso di potere inficia la causa dell'atto, come fissata dalla legge.
Nell'ambito del rapporto tra fattispecie reale ed astratta, spetta all'organo oggettivare il potere senza fuoriuscire dal perimetro della prescrizione legislativa; ove ciò non accada, il funzionario agente va a dare seguito ad un interesse diverso rispetto a

[59] Sull'annullabilità come regime ordinario del provvedimento amministrativo: A. CIOFFI, *Il problema di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 2012, p. 178; B.G. MATTARELLA, *Il Provvedimento* in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, Tomo I, p. 10005; A. PIRAS, voce *Invalidità* (dir. amm), in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 608; F.G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidita` dei provvedimenti amministrativi*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Milano 2004, p. 61.
Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016, n. 2202, in *For. Amm.*, 2016, p. 1191.
[60] G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, p. 58-60. L'autore evidenzia che, a suo avviso, la violazione dell'art. 6-*bis* può essere configurata come figura sintomatica dell'eccesso di potere, soltanto se viene accompagnata da un'effettiva disparità di trattamento o da una distorsione dell'interesse pubblico. Una posizione analoga era seguita da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Napoli, 1972, p. 336-337, il quale affermava: "… la sussistenza del conflitto di interessi personali tra soggetto preposto all'organo che abbia adottato il provvedimento e il soggetto colpito sfavorevolmente da questo vizia l'atto quando alla base sussistono adeguati motivi di interesse pubblico".
Sotto altro angolo visuale, F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, III ed., Padova, 1957 ora in *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 2006, p. 500; E. LUBRANO, *Il conflitto di interessi nell'esercizio dell'attività amministrativa*, Torino, 2018, p. 163-164.


ISSN 2036-7821

quello protetto dalla norma attributiva del potere, sviando la causa dell'atto. Talvolta, può essere viziata piuttosto che la causa, direttamente la funzione, la quale è esplicata contravvenendo al principio gerarchico organizzativo.

A riguardo, la dottrina[61] ribadisce che è sintomo di eccesso di potere anche quel vizio che attiene alla relazione tra soggetto e potere-fattispecie reale, in quanto in essa si espleta un momento discrezionale del potere. Per esempio, è viziata la composizione di una commissione giudicatrice di un concorso, composta da persone in stato di inimicizia col concorrente; in una tale evenienza, l'atto non sarebbe viziato per incompetenza del collegio ma per eccesso di potere nella costituzione discrezionale del suo assetto soggettivo[62].

Uniforme appare la posizione dell'ANAC[63], che ha ribadito che la violazione *de quo* può costituire fonte di illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento per lo sviamento della funzione amministrativa.

Al contrario, una parte della dottrina - grazie al contributo della giurisprudenza - ha ricondotto nella sfera dell'annullabilità per incompetenza le violazioni della "misura dell'attribuzione"[64] nonché tutti i difetti dei requisiti soggettivi che abilitano il titolare dell'organo all'emanazione del provvedimento (*rectius*, i cd. vizi di legittimazione). Proprio all'interno dei vizi di incompetenza, è frequente il richiamo all'elusione delle norme sull'incompatibilità nell'esercizio della funzione o sulla mancata astensione obbligatoria del dipendente.

Questo non significa negare che l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 abbia una valenza funzionale[65] ma, diversamente, significa valorizzare la centralità della funzione amministrativa non in relazione al risultato da raggiungere ma focalizzando l'attenzione su colui che agisce in luogo della p.a.; allorquando il funzionario versi in uno stato di incompatibilità, il potere dell'organo è inidoneo a trasformarsi in atto.

Quando il titolare dell'organo non si astiene o continua a far parte dell'organo, si genera una patologia del procedimento e non del provvedimento[66]: il vizio riguarda l'aspetto soggettivo e non quello oggettivo.

Da ultimo, per quanto attiene all'inquadramento della fattispecie nei termini della

---

[61] *Cfr.* G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, *cit.*, p. 156.

[62] F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 500.

[63] Determina Anac 28 ottobre 2015, n. 12, in *www.Lexitalia.it;* Cfr. anche Anac, delib. n. 177/2020. Si veda anche: M. RICCI, *La prassi dell'Anac in materia di conflitti di interesse*, Napoli, Esi, 2019.

[64] È dunque possibile imputare gli effetti degli atti del dipendente direttamente all'amministrazione di appartenenza solo quando *"risulti che l'agire incriminato di questi sia strettamente strumentale al regolare e diligente adempimento dei compiti istituzionali di servizio" ovvero "vi sia coincidenza di posizioni e non si concreti invero un conflitto di interessi con l'amministrazione di appartenenza*" (Cons. Stato, sez. I, n. 1870/2019 in *www.giustiziaamministrativa.it*).

Si veda anche la sentenza del Tar Campania, Sez. VI, 13 novembre 2023 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[65] Tar Campania, sez. IV, 20 novembre 2006, n. 9983. *Cfr.* A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, che parla dello "scopo generale dell'azione amministrativa complessivamente considerata: pervenire ad una decisione provvedimentale intrinsecamente legittima".

[66] A. CROSETTI, *Incompetenza (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, p. 206.


ISSN 2036-7821

violazione di legge, il conflitto di interessi più che una caratteristica dell'azione amministrativa appare un generico dovere di correttezza del soggetto agente, rinvenibile nel divieto di non aggravamento dell'*iter* procedimentale.

Il comportamento del funzionario pubblico è preordinato all'attuazione di un determinato valore di riferimento, che è rappresentato dall'interesse pubblico perseguito.

Secondo questa parte della letteratura[67], la contrarietà alla norma è tale da ledere interessi rilevanti ai fini della determinazione del contenuto del provvedimento ma questo aspetto non impedisce l'annullamento dell'atto neppure allorquando non sia riscontrabile un pregiudizio all'interesse pubblico tutelato. In verità, il prestigio del dipendente e quello dell'amministrazione trovano il loro punto di contatto nell'affermazione: "l'attività lavorativa non è fine a sé stessa, ma ha una duplice valenza positiva nei confronti del funzionario e nei confronti dell'ordinamento, per cui è conseguenza spontanea qualificarla come attività funzionalizzata, in considerazione della sua preordinazione al conseguimento di fini che trascendono l'ambito dell'interesse egoistico"[68].

Di contro, una parte della giurisprudenza amministrativa[69] ha espresso un orientamento che favorisce l'invalidità del provvedimento considerando i concreti effetti che il conflitto di interessi ha generato sull'atto. La valutazione circa l'invalidità del provvedimento deve essere sganciata dalla situazione di incompatibilità, sia essa concreta o astratta, al contrario deve assumere rilevanza il solo pregiudizio, che quel comportamento illegittimo ha generato.

La legittimazione del funzionario – definita da Mario Nigro come abilitazione della persona fisica a disporre degli interessi della persona giuridica[70] – prevede che questi non versi in una situazione di conflitto di interessi ma che orienti il suo agire al "risultato corretto".

Ne deriva che al centro della valutazione del giudice dovrebbe esserci non solo la conformità del provvedimento rispetto allo schema fissato dal precetto, quanto il pericolo derivante da uno sviamento dell'azione rispetto all'esercizio imparziale del potere.

Leggendo la norma in modo contrario, si finisce con il "de-quotare" i valori costituzionali a presidio del conflitto di interessi, mentre, rispetto ai valori costituzionali, non si può scindere l'azione del funzionario da quella dell'amministrazione: l'uguaglianza formale e sostanziale, la non discriminazione e

[67] S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, *op. ult. cit.*, p. 100 e ss.

[68] F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, *op. ult. cit*, p. 115 e ss. Sul tema, Cons. Stato, sez. v, 17 novembre 2014 n. 5618 e sez VI, 17 giugno 2014, n. 3049 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[69] Cons. Stato, sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581 in www.giustiziaamministrativa.it.

[70] M. NIGRO, *Sulla legittimazione degli organi amministrativi contenziosi*, (nota a Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 1952, n. 65), in *Foro.it*, 1953, III, p. 74 ss.


ISSN 2036-7821

la parità di trattamento possono essere conseguiti soltanto se chi svolge una pubblica funzione persegue un interesse convergente rispetto a quello pubblico[71].
Resta da considerare il perimetro operativo dell'art. 21-*octies* della L. 241/90, che non stabilisce una correlazione automatica tra l'illegittimità dell'atto amministrativo e la sua annullabilità.
In effetti, nel caso di provvedimento vincolato sembra difficile pervenire automaticamente all'annullamento dell'atto finale, dato che occorre che vi sia una falsa applicazione della norma o risulti mancante un presupposto di fatto.
Nella sostanza, il contenuto del provvedimento non può causare trattamenti impari, ove corrisponda alla norma di legge e, seguendo questa chiave di lettura, le conseguenze dell'atto possono portare a parzialità ma non la sola sussistenza del conflitto di interessi.
Accogliendo una richiesta di annullamento di un provvedimento per mero conflitto statico, si finirebbe per accordare alla giurisdizione amministrativa connotazioni che vanno oltre gli interessi delle parti. In merito, la dottrina ha evidenziato che, nonostante l'obbligo di astensione sia correlato ad una regola di ordine pubblico, non può essere annullato il provvedimento, se in ogni caso non poteva assumere un contenuto diverso.
In questa direzione si finisce addirittura per innestare nell'art. 21- *octies* cit. finalità superiori, che vanno oltre gli interessi individuali, violando la riserva di legge di cui all'art. 113 comma 3 Cost.
Non si può di certo presumere che il provvedimento sia automaticamente annullabile in presenza di un conflitto di interessi: questo sintomo non può contagiare il provvedimento, in quanto ogni "eccesso" deve essere misurato in base agli effetti che l'atto può generare[72].
Forse non resta che domandarsi se far rientrare i provvedimenti assunti in violazione

[71] Sul punto M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione, op. ult. cit.* p. 55 e ss.: "In realtà, appare opportuno ricordare che, se è vero che la p.a., nella sua funzione di amministrazione attiva, risulta effettivamente portatrice di un interesse pubblico, tale interesse non è identificabile con quello dell'intera collettività, bensì attiene un interesse pubblico specifico, che rappresenta, al massimo, solo una categoria di cittadini. La titolarità di una simile posizione giuridica rende senza dubbio l'amministrazione legittimata a prendere delle scelte che – se effettuate sulla base di determinati presupposti – possono anche incidere negativamente ed autoritativamente su posizioni giuridiche private (da qui, del resto, la costruzione teorica della figura dell'interesse legittimo). Quando, tuttavia, l'operato della p.a. viene contestato e se ne nega la legittimità innanzi ad un giudice, la circostanza che l'amministrazione sia titolare di un determinato interesse pubblico proprio e non di un interesse generale fa si che il passaggio attraverso il "diaframma" dell'art. 111 Cost. depuri la p.a. del suo carattere "speciale", dovendosi considerare, dunque, assimilabile a qual- siasi parte privata. Una posizione differente, del resto, contrasterebbe con la stessa idea costitutiva di giurisdizione, laddove non si ha giudice se le parti non sono uguali, se le situazioni giuridiche che si affrontano nel processo non sono considerate di pari dignità". *Cfr.* anche F. LEDDA, *La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 389 ss.
[72] *Cfr.* G. D'ANGELO, *Conflitto di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, 2020, p. 150.


ISSN 2036-7821

della norma sul conflitto di interessi tra i vizi irrilevanti[73] potrebbe rispecchiare una chiave di lettura più tranquillizzante o se, invece, resta preferibile consentire all'amministrazione di continuare a rieditare il suo potere, in tutte le sue possibili flessioni.

I principi di conservazione e di economicità degli atti giuridici postulano che una buona amministrazione valuti, tramite un'adeguata ponderazione dei presupposti, la possibilità di mantenere in vita l'atto, ricorrendo al potere di autotutela eliminatoria o conservativa.

L'amministrazione incarna, in tal senso, un modello di azione[74] in grado di porre efficacemente rimedio ai propri errori, riflettendo sul proprio potere per la correzione dell'atto finale.

Secondo tale impostazione, proprio il richiamo alle "responsabilità" dovrebbe indurre l'amministrazione a preferire la conservazione dell'atto piuttosto che prediligerne la sua definitiva eliminazione, per ovviare alle conseguenze negative

---

[73] Di fatti, un atto amministrativo, oltre a poter essere invalido per illegittimità lo può essere anche per inopportunità, soprattutto quando contravviene alle regole della buona amministrazione; in tali casi, il vizio inficia il contenuto dell'atto nel suo insieme, o come si suol dire, inficia il merito del provvedimento. I vizi di inopportunità sono innominati, non rilevabili dal destinatario dell'atto ma solo dal suo autore: inevitabilmente, l'atto è sindacabile nei soli casi in cui la legge consente al giudice di esercitare un vaglio di merito. Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 3 giugno 2021, n. 546; Tar Emilia-Romagna, Sez. I, 1° ottobre 2019, n. 743; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 12 gennaio 2018, n. 392. Tar Campania, Sez. VI, 6 luglio 2021, n. 4642 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[74] Si riprende il pensiero espresso da M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, *op.ult. cit.* 57 e ss: "Ebbene, ciò premesso, appare chiaro come la funzione giustiziale della pubblica amministrazione debba trovare un proprio fondamento nella accezione interna del principio di imparzialità, e in particolare nella sua specifica manifestazione rappresentata dall'indipendenza. In tal senso, l'attività di risoluzione di una lite – intesa quale espressione del potere-dovere di autotutela contenziosa, così come precedentemente delineato – per essere realmente esercitata in funzione del solo interesse generale alla giustizia, deve necessariamente essere attribuita a soggetti pubblici diversi da quelli che esercitano la funzione di amministrazione attiva, soggetti, per l'appunto, da essi indipendenti.

Del resto, è possibile rinvenire una relazione tra principio di imparzialità e rispetto dei canoni di giustizia in opere di diversi autori, tra cui anche negli scritti di Allegretti, il quale, tuttavia, si limita a valorizzare tale legame nell'ambito dell'esercizio del potere decisionale, affermando che – nella ponderazione dei diversi interessi – l'amministrazione "posporrà alla giustizia il suo fine parziale, quando se ne delinei il contrasto". (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialita` amministrativa*, Padova, 1965. Ma si veda anche ID., voce *Imparzialita` e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 131 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996).

Alla luce delle considerazioni ora effettuate, l'amministrazione chiamata a risolvere un affare contenzioso tra un (diverso) soggetto pubblico ed un priva- to, pertanto, non solo deve agire nel rispetto della tradizionale accezione del principio di imparzialità (valutando in egual maniera i diversi interessi coinvolti, senza, tra l'altro, doverli comparare con un proprio interesse pubblico specifico che non sia quello alla giustizia), ma deve altresì essere strutturata in maniera da garantire l'assenza di pericoli di influenze esterne da parte di altri poteri pubblici. In altri termini, più che di amministrazione imparziale, in tale contesto sembra doversi parlare di amministrazione "neutrale". L'dea di una amministrazione che agisca in modo neutrale – che si ponga, cioè, in posizione di estraneità (indipendenza) ed indifferenza (imparzialità) rispetto alla materia ed agli interessi destinatari della funzione – pur essendo stata da alcuni definita «soltanto un mito», è stata oggetto di alcuni interessanti studi che ne hanno, invece, dimostrato la piena validità, sia teorica che pratica".


ISSN 2036-7821

che derivano proprio dall'emanazione di un atto invalido[75].
Esiste, dunque, rispetto alla caducazione dell'atto, una "preferenza di sistema" per il "riesame" del provvedimento[76].
L'amministrazione è chiamata a valutare se vi sia la possibilità di "salvare" l'atto illegittimo o, in alternativa, ove non sia possibile, sospenderne gli effetti in vista di una sua possibile modifica tramite un "annullamento parziale e limitato del procedimento", il cui vizio si riverbera sul provvedimento finale. La scelta di un modello non demolitorio ma conservativo del provvedimento si rinviene nei principi fondanti l'esercizio dell'azione amministrativa e, tra questi, quelli di economicità, di collaborazione e buona fede[77]. Le stesse "ragioni di interesse pubblico", identificate in questi principi, impongono il ricorso a mezzi salvifici dell'atto.

### *4. Il potere di convalida e la teorica del risultato.*

Com'è emerso, l'art. 6-*bis* della L. 241/1990 non è un esempio di chiarezza, ma non è certo dando fuoco alle "polveri dell'invalidità" che si supera il problema. Per tale ragione, l'obiettivo del presente lavoro è proporre una prospettiva interpretativa che giustifichi la scelta conservativa del provvedimento, considerata più garantista non solo rispetto ai principi di efficienza, efficacia ed economicità ma, soprattutto, nei confronti del principio di certezza del diritto.
È necessario considerare la validità del provvedimento non richiamando "la teorica della legittimità" piuttosto la "teorica del risultato", che sposa una visione

[75] In tal senso espressamente, la sentenza del Tar Campania, Salerno, Sez. II, 05 gennaio 2021, n. 18 ove si legge «in omaggio al principio di conservazione dei valori giuridici, la giurisprudenza ha reputato illegittima la rimozione in autotutela di un titolo edilizio, se il Comune non abbia dedicato alcun passaggio motivazionale alla possibilità, non implausibile, di annullamento d'uffizio parziale al fine di contemperare le contrapposte esigenze recando il minore sacrificio possibile alla posizione giuridica del privato». Si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4983. Mentre con riferimento ai piani urbanistici, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 5 ottobre 1991, n. 775, *in Foro amm.*, 1991, 2551 in *www.giustiziaamministrativa.it.*

[76] A tal riguardo, cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 404 e ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo, in AA.VV., Diritto amministrativo,* Tomo II, Bologna, 1998, p. 1540; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., Trattato di Diritto Amministrativo, (a cura di) S. Cassese, Diritto Amministrativo parte generale, I, Milano, 2003, p. 939; M. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo,* Torino, 2017, II ed., p. 692 e ss. N. BERTI, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, p. 60.

[77] La giurisprudenza aveva già sostenuto che «in base al principio dell'economia dei mezzi giuridici, se l'amministrazione riscontra vizi nel *modus procedendi*, che non travolgono l'intero procedimento ma coinvolgono solo singole fasi, legittimamente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l'esercizio dell'autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità` e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento». Salvati gli atti non illegittimi, con la possibilità di ottenere l'emanazione in tempi brevi dei soli atti invalidi, si garantisce pertanto un risultato di stabilizzazione del rapporto giuridico amministrativo. Nell'ambito della giurisprudenza nazionale, *ex multis*, si richiamano Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020 n. 1004; Cons. Stato, sez. III, 5 novembre, 2018 n. 6240; Tar Marche, Ancona, Sez. I, 14 giugno 2021, n. 485, in *www.giustizia-amministrativa.it.*
Si veda F. BENVENUTI, voce *Autotutela (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.


ISSN 2036-7821

interpretativa antiformalistica.

In questo modo, accanto al criterio di validità tradizionale – basato sulla conformità/difformità di un atto rispetto alla norma – si pone un diverso parametro, che valuta la validità della decisione sull'adeguatezza o inadeguatezza dell'esercizio del potere rispetto al fine pubblico. Proprio il passaggio "da una legalità esecutiva ad una legalità teleologica, orientata al fine dell'agire giustamente e, dunque, da un'idea di decisione amministrativa interamente predeterminata dalla legge ad un'idea di decisione, forgiata sullo scopo di interesse pubblico"[78], comporta inevitabili conseguenze riguardo la validità del provvedimento amministrativo.

Nella logica della legalità, infatti, ogni violazione normativa determina l'annullabilità dell'atto amministrativo, senza che rilevi che sia stato soddisfatto l'interesse pubblico sotteso.

Il quadro muta quando si approda alla teorica del risultato, secondo cui per l'invalidità dell'atto non conta soltanto la deviazione dal modello legale di riferimento.

Accanto a tale vaglio di corrispondenza del provvedimento alla norma, occorre compiere un "giudizio sulla spettanza"[79]: se, nonostante la violazione della legge, sia stato raggiunto il risultato fissato dalle norme che indirizzano l'esercizio del potere amministrativo. In realtà, questo baratto tra legalità ed efficienza già si coglie nell'irregolarità, che, per sua natura, rappresenta una via di fuga dalla rigida formalizzazione del potere amministrativo.

Tuttavia, il mancato rispetto di una delle regole di formazione della decisione[80], che non abbia inciso sul contenuto dell'atto, rende l'atto idoneo a dispiegare i suoi effetti giuridici. E, in attuazione del principio di conservazione degli atti giuridici[81], è sicuramente innegabile l'importanza che assumono le forme di sanatoria dell'atto amministrativo tra cui, in particolare, la convalida[82].

---

[78] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi delle decisioni amministrative*, in *Dir. Proc. Amm*, n. 3/2018, p. 555.

[79] *Cfr.* A. ZITO, *La Nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, Napoli, 2021, p. 103 e ss.; M. TRIMARCHI, *Stabilita` del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 321 ss.

[80] A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. dir. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 130.

[81] Il punto di approdo di questo processo di efficientamento della macchina pubblica si è avuto con la positivizzazione dell'art. 21-*octies*, legge 241/1990, che ha il merito di aver mitigato la portata invalidante dei vizi di violazione di norme meramente formali o procedimentali, non incidenti sull'atto.

[82] Sulla convalida si registra lo studio risalente nel tempo compendiato nell'opera monografica di P. RAVA`, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937.

Piu` di recente, sul tema della convalida e` stato pubblicato il lavoro monografico di B. ACCETTURA, *La convalida del provvedimento. Studio sull'inversione dell'interesse*, Napoli, 2023, p. 45 e ss.

Tra le voci enciclopediche che studiano l'istituto si vedano, tra gli Autori che se ne occupano direttamente, G. SANTANIELLO, *Convalida (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 503 e ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; mentre, tra gli altri Autori che analizzano la convalida in una prospettiva più generale e inserita a fianco di altre fattispecie, si vedano E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 856 e ss.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti*


ISSN 2036-7821

Quest'ultima si inserisce nell'ambito del potere di riesame, rimuovendo le cause di illegittimità dell'atto di primo grado e, al contempo, consolidando gli effetti del provvedimento[83].

---

*amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, p. 347 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, p. 5406 e ss.

Nell'ambito di trattazioni più ampie su procedimento e provvedimento amministrativi, A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, p. 351 362 e ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; L. ACQUARONE, *Attivita` amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1988, p. 187 e ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, p. 404 e ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Tomo II, Bologna, 1998, p. 1540; V. CERULLI IRELLI, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 6, p. 641 e ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in AA.VV., *Trattato di Diritto Amministrativo*, (a cura di) S. Cassese, *Diritto Amministrativo parte generale*, I, Milano, 2003, p. 939; G. TROPEA, *La c.d. motivazione «successiva» tra attivita`di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2003, fasc. 3, p. 531 e ss.; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, p. 5406 e ss.; M. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, p. 692 e ss.; sempre sul tema si possono inoltre citare, tra i molti, i contributi di G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 201 e ss.; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri incidenti nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1, p. 203 e ss.; V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo*, in *Foro amm. CdS*, fasc. 7-8, 2005, p. 2214 e ss.; S. VASTA, *Convalida e vizi sostanziali: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 953 e ss.; F. COSTANTINO, *La convalida del provvedimento*, *cit.*, p. 897 e ss.; A.G. PIETROSANTI, *La convalida del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Princìpi e regole dell'azione amministrativa*, III ed., Milano, 2020, p. 501 e ss.; per un preliminare studio su alcuni caratteri della convalida, si rinvia a A. DI CAGNO, *Profili problematici del potere di convalida*, in *www.amministrativamente.com*, 2023, 1, p. 227 e ss.

Ben più numerosi appaiono gli scritti dedicati all'annullamento d'ufficio e alla revoca; *ex multis*: E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilita` e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, p. 206 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo, I, Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; A. CORPACI, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 477 e ss.; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 333 e ss.; G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, fasc. 4, p. 689 e ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, II, Tomo II, Milano, 2008, p. 910 e ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di) F.G. Scoca, Torino, 2008, p. 329 e ss.; G. MANFREDI, *Doverosita`dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 316 e ss.; P. L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 6, p. 21 e ss.; ID., *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss.; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 1175 e ss.; R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *www.sipotra.it*, 22 novembre 2017; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilita`degli effetti giuridici*, in *www.federalismi.it*, 2017; sul tema del legittimo affidamento del singolo anche in connessione con i poteri di riesame si veda F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; si vedano altresì F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, fasc. 5, p. 843 e ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. Renna-F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 159 e ss.; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, p. 121 e ss..

[83] Nell'ottica del risultato amministrativo, tale considerazione può essere applicata anche al caso in cui il funzionario, in conflitto di interessi – dopo aver condotto l'intera istruttoria – redige, sotto dettatura di terzi, il provvedimento finale del procedimento. Dunque, se l'*iter* procedimentale è corretto, il provvedimento invalido può essere sanato tramite una convalida senza doversi ripetere *ex novo* anche la fase istruttoria.


ISSN 2036-7821

Ciononostante, la struttura operativa della teorica del risultato impone un'analisi anche degli aspetti e delle conseguenze della convalida, con particolar riguardo l'ambito di applicazione e i vizi realmente sanabili.

Ebbene, la regola sulla non invalidazione di un atto per vizi formali o procedimentali induce a preferire esiti decisionali non diretti alla demolizione dell'atto ma, per l'appunto, alla sua eventuale sanatoria.

Nel perseguimento del fine pubblico, non si deve avere come obiettivo la caccia all'errore piuttosto serve valutare se il risultato costituisca parte sostanziale del provvedimento: l'annullamento di un atto illegittimo, viziato solo nella forma ma non nella sostanza, si rivela non solo inutile ma addirittura uno "spreco" per l'amministrazione.

Per definire i limiti operativi del riesercizio della funzione amministrativa, è indubbiamente necessario distinguere tra i vizi che derivano da uno scostamento rispetto all'interesse pubblico e all'obiettivo ad esso collegato (i cosiddetti vizi sostanziali), e quelli che invece dipendono dalla non conformità del provvedimento rispetto al modello previsto dalla legge (i cosiddetti vizi formali).

Tuttavia, se il vizio è di natura sostanziale, esso determina uno sviamento dell'atto rispetto alla funzione pubblica, configurandosi come eccesso di potere; in tal caso, il provvedimento non potrebbe essere corretto. La stessa conclusione si impone anche quando una determinata forma o prescrizione procedimentale assume valore sostanziale, in quanto posta a tutela di interessi o valori indisponibili.

Al contrario, si considera formale — e quindi sanabile — il vizio che può essere rimosso senza alterare l'impianto precettivo dell'atto. Bisogna valutare caso per caso se il vizio abbia effettivamente inciso sulla volontà amministrativa già formatasi[84].

Ma, per individuare con maggior certezza i vizi che si possono convalidare, è utile comprendere prima quali siano i limiti del potere di riesame con effetto sanante.

Una prima limitazione all'utilizzabilità dell'istituto della convalida si riscontra nell'ipotesi in cui manchi un atto endoprocedimentale.

In tale circostanza, l'amministrazione non è legittimata a correggere il vizio del provvedimento attraverso gli ordinari strumenti di riesame, in quanto l'adozione dell'atto mancante rientra nella competenza di un soggetto estraneo all'amministrazione procedente. Peraltro, anche qualora tale atto sopravvenga successivamente, non si potrà propriamente parlare di convalida, ma, semmai, di una sanatoria in senso stretto.

Nell'ambito dell'analisi dei vizi non sanabili mediante convalida, rientra anche il caso dell'assenza — originaria o sopravvenuta — dei presupposti necessari per l'adozione del provvedimento. In simili circostanze, l'atto viziato non può essere mantenuto, poiché i fatti e le motivazioni giuridiche su cui dovrebbe basarsi

[84] Tar Campania, sez. V, 9 giugno 2021, n. 3909 in *www.giustiziaamministrativa.it*.


ISSN 2036-7821

risultano, se non del tutto inesistenti, comunque estranei alla sfera di disponibilità dell'amministrazione procedente[85].

Spostando l'indagine verso quanto di maggiore interesse, va sottolineato che in un altro gruppo si inseriscono quegli atti viziati sul piano della struttura e della funzione del potere e non sanabili con provvedimento di riesame conservativo. La sanatoria non può decretare una modifica del contenuto necessario del provvedimento e, di conseguenza, ne deriva che la convalida è esclusa per l'atto di primo grado, che risulta viziato per sviamento di potere o per disparità di trattamento.

La valutazione circa l'incidenza del vizio da sanare rispetto al contenuto dispositivo dell'atto spetterà soltanto all'amministrazione che, nell'opportuna sede, è tenuta a considerare se la sostanza del provvedimento di primo grado non è alterata, stante la sua rispondenza all'interesse pubblico sotteso. Diversamente, quindi, ove in seguito ad un'attività di riesame, diretta all'eliminazione del vizio di legittimità, l'atto dovesse avere un contenuto dispositivo diverso non si sarebbe più in presenza di una causa di invalidità convalidabile, ma di correzione del vizio sostanziale.

Si potrebbe restringere il campo applicativo della convalida ai soli vizi formali, escludendo quelli sostanziali, la cui correzione comporterebbe una modifica del contenuto precettivo, essenziale o accessorio, dell'atto ovvero un esito decisionale non compatibile.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, la verifica della convalidabilità di un vizio di legittimità deve essere fatta in concreto, valutando con riguardo al singolo caso di specie se residuino tutti i presupposti per l'esercizio del potere, che ha legittimato l'amministrazione all'adozione del provvedimento di primo grado.

Questa soluzione considera il ruolo svolto dall'elemento viziante rispetto al processo decisionale, che deve essere inteso come sostanziale o formale in base al suo impatto sulla determinazione finale.

Anche laddove lo studioso tenti di approcciare il tema sotto il profilo più propriamente civilistico, la descritta dicotomia tra forma e sostanza riemerge.

Infatti, il quadro normativo civilistico, parimenti privo di una definizione formale di conflitto di interessi, mostra una forte coerenza sistemica e offre anch'esso una lettura sostanzialistica dell'istituto in esame, fondata sulla concreta protezione dell'interesse leso.

Infatti, l'accertamento dell'incompatibilità non necessariamente travolge l'attività pregressa o gli atti giuridici posti in essere dal soggetto in conflitto di interessi: serve verificare il margine di compatibilità tra la posizione del soggetto agente e l'attività effettivamente svolta in relazione agli interessi perseguiti e alle relative modalità di realizzazione.

[85] Ancora sul tema B. ACCETTURA, *op. cit.*, p. 150. Si pensi, ancora, fra le altre, all'ipotesi in cui la convalida è esclusa per l'assenza dell'urgenza che avrebbe giustificato l'adozione di un provvedimento con finalità cautelari.


ISSN 2036-7821

Si pensi alla norma dedicata alla figura del contratto con sé stesso (art. 1395 c.c.)[86]. Come noto, essa prevede che "è annullabile il contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi. L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato"[87].

Questa ipotesi, benché eccezionale, rappresenta una delle più rilevanti manifestazioni del conflitto di interessi in senso diretto, in quanto il medesimo soggetto assume contemporaneamente le vesti di entrambe le parti del contratto. La disciplina siede su una presunzione legale di conflitto, superabile solo in presenza di due condizioni alternative: un'autorizzazione preventiva e specifica del rappresentato e la predeterminazione oggettiva del contenuto del contratto in modo da escludere ogni margine discrezionale in capo al rappresentante[88].

In assenza di tali elementi, l'atto è soggetto ad annullabilità, non a nullità, poiché in gioco vi è un interesse privato, e la legittimazione ad agire spetta esclusivamente al rappresentato[89].

A questa ipotesi si affianca quella del conflitto di interessi indiretto, disciplinata dall'art. 1394 c.c., che si configura quando il rappresentante, pur agendo formalmente nei limiti del potere conferitogli, persegue un interesse personale o di un terzo, in contrasto con quello del rappresentato. In tal caso, la legge stabilisce l'annullabilità del contratto, salvo ratifica da parte del rappresentato[90].

Si tratta, come è stato efficacemente osservato in dottrina, di un vizio che incide sulla causa dell'attività sostitutiva; giacché l'atto negoziale, pur validamente formato sotto il profilo formale, risulta ispirato da un interesse estraneo alla sfera del rappresentato e potenzialmente lesivo della sua posizione giuridica soggettiva.

Anche in questa evenienza l'ordinamento prevede un meccanismo correttivo attraverso la possibilità di ratifica, valorizzando l'autonomia decisionale del soggetto leso e offrendo una tutela graduata e proporzionata alla gravità del vizio[91].

---

[86] F. MESSINEO, *Contratto con sé stesso*, voce in Enc. Del dir., Milano, 1962, X, p. 210-211. Si veda anche: C. DONISI, *Il contratto con sé stesso*, Napoli, 1982, p. 153

[87] Sul distinguo, sono significative: Cass. 9 aprile 1975, n. 1310; Cass., 1° aprile 1977, n. 1233 in *Foro.it*, 1977, p. 2721; Cass., 27 marzo 1979, n. 1789 in *www.cortedicassazione.it*

[88] Cass. Civile, Sez. II, ordinanza n. 11439, 8 aprile 2022 in *www.cortedicassazione.it.*

[89] M. PARADISO, *Istituzioni di diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 405; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 96 ss.

[90] F. MESSINEO, *Contratto con sé stesso*, voce in *Enc. Del dir*., Milano, 1962, X, p. 210-211. Si veda anche: C. DONISI, Il contratto con sé stesso, Napoli, 1982, p. 153

[91] M.C. DIENER, *Il contratto in generale*, dalle lezioni di G. Capozzi, 2002, p. 605. L'autrice evidenzia che nodo da sciogliere resta quello della verifica dell'annullabilità di un contratto che, seppur stipulato da un rappresentante in un'astratta situazione fattuale di conflitto, abbia un contenuto pienamente satisfattivo dei bisogni e delle esigenze del rappresentato o, comunque, sia congegnato in modo tale che, nonostante sia rilevabile


ISSN 2036-7821

A ben vedere, pure il diritto amministrativo, al pari di quello civile, si sta orientando verso una valutazione sostanziale degli atti, privilegiando l'effettività dei risultati piuttosto che il rispetto formale delle regole. In altre parole, si adottano soluzioni – come la convalida – che permettono di sanare i vizi non essenziali del provvedimento, allorquando sia garantita la tutela concreta del pubblico interesse.
Si potrebbe pertanto ipotizzare una sorta di comune tendenza a non considerare il conflitto di interessi come causa automatica di nullità, ma come motivo di annullabilità da valutare in relazione al concreto pregiudizio arrecato all'interesse che si intende proteggere[92].
Tuttavia, se nel diritto privato l'atto di ratifica è frutto di "un comportamento volontario" riconducibile all'autodeterminazione del privato, nel diritto amministrativo il provvedimento di convalida è espressione di un'operazione di "autotutela spontanea"[93] che si concreta nel bilanciamento tra diversi interessi pubblici e privati, finalizzato a correggere vizi formali senza compromettere la funzionalità e l'efficacia dell'azione amministrativa[94].
Da tale parallelismo non emerge una regola di corrispondenza biunivoca tra il conflitto d'interessi (ancor più se potenziale o, addirittura, apparente) ed invalidità del singolo atto, bensì una crescente preferenza per la conservazione degli effetti dell'atto[95].
E, proprio questa comune tendenza alla conservazione degli effetti dell'atto, anche in presenza di situazioni di conflitto d'interessi non manifeste o potenziali, rafforza l'esigenza di una lettura unitaria dell'ordinamento giuridico, che permetta di attingere in modo integrato agli strumenti offerti dalle diverse branche del diritto, adattandoli al caso concreto da negoziare, da amministrare o da giudicare.
Ancora di più, però, la citata tendenza conferma quanto sia opportuna soprattutto

---

oggettivamente un interesse del rappresentante, esso è convergente e non incompatibile rispetto all'interesse del rappresentato.

[92] A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; ID., *L'eguaglianza giuridica nei rapporti interprivati*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1526; ID., *Principi di legalità, imparzialità, efficienza*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, (a cura di) L. Lanfranchi, Roma, 1997, p. 191 ss.

[93] F. BENVENUTI, *Autotutela (Diritto amministrativo)*, Scritti giuridici, Volume II, 2006, p. 1793.

[94] Sicché nel diritto privato vi è un solo antagonista che opera come limite esterno: il principio di autonomia che muove anche la legalità del negozio giuridico; nel diritto amministrativo invece gli interlocutori restano sempre due: il Parlamento e i cittadini B. G. MATTARELLA, *Conflitto di interessi quello che le norme non dicono, in Giornale di diritto amministrativo, 2004, p. 1281*.

[95] L'assenza di una disciplina normativa chiara nella legge sul procedimento amministrativo rende necessario il ricorso a rimedi che oltrepassino i confini tradizionali del diritto amministrativo. Tuttavia, proprio per la sua natura aperta e in costante evoluzione, questo ambito giuridico si confronta frequentemente con altri settori dell'ordinamento, in particolare con il diritto civile. Quest'ultimo, grazie alla sua struttura sistematica e all'elaborazione di categorie concettuali consolidate, offre strumenti — come la ratifica — che si sono rivelati efficaci nella gestione del conflitto di interessi. Tali strumenti mostrano come anche nel procedimento amministrativo sia possibile disinnescare l'impatto distorsivo del conflitto attraverso meccanismi di riesame dell'atto.


ISSN 2036-7821

nel diritto amministrativo il ricorso al potere di riesame.

Chiarito così l'apporto che si può trarre dall'esame multidisciplinare sul conflitto di interessi, resta da interrogarsi su un punto cruciale: se e a quali condizioni un atto adottato in violazione dell'obbligo di astensione del funzionario possa essere oggetto di convalida[96].

Pertanto, serve adottare una visione unitaria del sistema giuridico, riconoscendo che gli strumenti dei due ambiti vanno utilizzati, comparati e talvolta integrati, in base alle esigenze concrete della situazione da affrontare: sia essa da negoziare, amministrare o giudicare[97].

Chiarito così l'apporto che il diritto civile può offrire, occorre domandarsi se un atto adottato in violazione dell'obbligo di astensione del funzionario possa essere oggetto di convalida.

---

[96] Il diritto civile disciplina variegate ipotesi di conflitto di interessi mediante una serie di norme.

In particolare, nella volontaria giurisdizione, sono state considerate diverse ed ulteriori ipotesi di conflitto di interessi, che vengono risolte tramite il ricorso ad un soggetto terzo: il curatore speciale, talvolta con funzione assistenziali e, in altre evenienze, con poteri rappresentativi. Questi viene nominato dal giudice tutelare e, una volta nominato, dovrà egli stesso valutare la necessità o utilità dell'atto e richiedere l'autorizzazione ulteriore. Unica eccezione a tale regola del caso è data dalla nomina del curatore speciale *ex* art. 321 cod. civ. in quanto la nomina giudiziale si accompagna alla sua contestuale autorizzazione. Sulla base di quanto premesso, rileva sottolineare che non sempre il legislatore ha disciplinato il conflitto di interessi, determinandone anche le sue conseguenze giuridiche, soprattutto in materia di volontaria giurisdizione. Tuttavia, tramite le ipotesi espressamente previste, la dottrina ha tratto un principio generale in virtù del quale quando sorge un conflitto di interessi tra il titolare di un ufficio di diritto privato e il patrimonio amministrato, la funzione resta sospesa limitatamente all'atto per cui vi è conflitto. Per superarlo, occorre far ricorso all'autorità giudiziaria che deve nominare un curatore speciale il quale, a sua volta, va autorizzato tramite decreto alla conclusione del negozio in questione.

[97] P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018. Ancor più interessanti le considerazioni di V. ROPPO, *Parole introduttive*, in *Il diritto civile, e gli altri. Atti del Convegno, Roma, 2-3 dicembre 2011*, (a cura di) V. Roppo e P. Sirena, Milano, 2013, 1. *Graecia capta ferum victorem cepit, et artes intulit agresti Latio*".

"*Viviamo tempi strani: tempi in cui ci sorprendiamo a lamentarci di una cosa, ma insieme della cosa (almeno apparentemente) contraria. Per dire: non abbiamo simpatia per la globalizzazione, e tuttavia deploriamo la frammentazione, le separatezze; aborriamo il pensiero unico, ma neppure ci piace la dispersione parcellizzata dei saperi. Questa è una condizione generale che non risparmia il giurista, preso anche lui nella tenaglia fra unità e pluralità: l'unità dell'ordinamento giuridico, e del sapere giuridico; la pluralità dei livelli e degli ambiti specifici in cui si articolano la realtà del diritto e la scienza che lo studia. Unità e pluralità: entrambe un po' temute e un po' agognate; un po' cercate e un po' respinte. Come uscirne? Come allontanarsi dal bordo di questa schizofrenia? … Come trovare un bandolo?*". Continua ancora affermando: "Potremmo essere tentati di trasferire questa relazione dialettica sul piano dell'interazione fra diritto civile e diritto amministrativo, e domandarci, un po' per gioco: a quale, fra i due diritti, spetta il ruolo della civiltà romana (quella che ha vinto sul piano politico-militare), a quale il ruolo della civiltà greca (quella che ha vinto sul piano culturale)? Chi ha catturato chi, e come? È il diritto civile che ha conquistato il diritto amministrativo, o al contrario è il diritto amministrativo ad essersi impossessato del diritto civile colonizzandolo? Sarebbero domande oziose. In una prospettiva di ampio respiro, che superi la dicotomia fra dimensione culturale e dimensione politico-militare, fra Grecia e Roma non c'è un vincitore e un vinto. Hanno vinto entrambe, perché entrambe hanno concorso a creare un superiore livello di civiltà umana. Vale lo stesso, mi pare, per il tema di oggi. Se ci collochiamo in una prospettiva frammentata, atomistica, focalizzata su singoli settori o problemi si può forse vedere una prevalenza: ora del diritto civile, ora del diritto amministrativo. Ma se sì ci colloca in una prospettiva globale, le prevalenze settoriali si stemperano dentro questo complessivo diritto comune a cui entrambe le componenti concorrono in modo fecondo: senza primati, senza gerarchie".


ISSN 2036-7821

Per rispondere all'interrogativo, anzitutto, va richiamato l'art. 21-*nonies*, comma secondo, della L. 241/1990 che, riferendosi al "provvedimento annullabile" legittima un'interpretazione estensiva della norma, tale da ritenere compatibile la convalida con qualsivoglia vizio di legittimità. Questa disposizione esclude la rilevanza invalidante dei vizi formali e procedimentali, dando prevalenza in sostanza al "ciò che si è deciso" piuttosto che al "come si è deciso"[98].

La norma si inserisce nel processo di riorganizzazione del giudizio amministrativo, volto a liberarlo dalle rigide limitazioni della tradizione al fine di andare oltre l'atto e spingersi al cuore del rapporto sottostante; tale cambiamento di prospettiva si collega all'attuazione concreta del principio costituzionale del buon andamento e alla crescente necessità di superare la visione formale del principio di legalità.

In tal senso, la norma dell'art. 21-*octies*, secondo comma, della L. 241/1990 ha il compito di privilegiare la sostanza sulla forma, determinando in anticipo che, quando si tratta di bilanciare il raggiungimento dello scopo e il rispetto della legalità formale, prevalga il primo.

La logica dell'irrilevanza del cd. vizio formale si basa sulla necessità di considerare che, seppur in astratto l'invalidità dell'atto sussista, essa è irrilevante in concreto per l'univocità del risultato: il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso[99].

Un tale approccio incide sull'effettività della tutela per il privato, perché, se l'amministrazione ha correttamente agito fin dall'inizio, il cittadino non può comunque ottenere un risultato diverso tramite una pronuncia giurisdizionale.

In passato, la giurisprudenza amministrativa ha escluso che il mancato rispetto delle formalità legali comporti sempre l'annullamento del provvedimento, trattando il vizio come semplice irregolarità. L'approccio dell'art. 21-*octies* della L. 241/1990 è diverso: se l'amministrazione ha comunque raggiunto il risultato previsto dalla legge, anche in caso di violazione di obblighi formali, il provvedimento è legittimo, grazie ad una sorta di "scudo amministrativo".

La teoria che consente di dare priorità al raggiungimento dell'obiettivo deve essere limitata a casi specifici, in cui l'effettiva tutela dei diritti del privato non venga sacrificata a favore della conservazione dell'attività amministrativa già svolta.

---

[98] B. ACCETTURA, *op. cit,* p. 160 e ss.

[99] Con riferimento alla dicotomia legalità-risultato *cfr.* M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, **in** www.ius-publicum.com, **2011, 33, ove precisa "***Risolta la dicotomia prospettata dall'inaccettabile baratto legalità-efficienza, si è addivenuti infatti ad un concetto di "buona amministrazione" che è qualcosa di ben diverso dal perseguimento "a tutti i costi" di un risultato celere ed economicamente vantaggioso, che ha invece piuttosto a che fare con il grado di soddisfazione del cittadino-utente (o come si suole ormai affermare con una terminologia diversa ma equivalente con la "qualità della prestazione"), stante la prioritaria e insopprimibile esigenza dell'amministrazione di tutela di diritti, di situazioni giuridiche soggettive - a cominciare dalle più deboli - di concreti beni della vita, di imparzialità e di* trasparenza".

Nel passo evidenziato l'A. cita F. LEDDA, ***Dal principio di legalità al principio d'infallibilità dell'amministrazione***, in ***Foro amm.***, 1997, p. 3303 ss. e M.R. SPASIANO, ***Funzione amministrativa e legalità di risultato***, Torino, Giappichelli, 2003, p. 274.


ISSN 2036-7821

A riguardo, va ribadito che: "le energie dell'azione pubblica non vadano, entro i limiti consentiti dal sistema, disperse, là dove possono invece venire senza pregiudizio risparmiate"[100]. In tal caso, l'amministrazione dove motivare, in modo rafforzato, le ragioni poste a sostegno della convalida, per dimostrare come si possano confermare gli effetti dell'atto originario e sanare al contempo il vizio del procedimento[101].

La convalida sana l'irregolarità procedurale o formale, senza compromettere il contenuto dell'atto, garantendo al più che l'atto possa essere ritenuto valido retroattivamente, senza invalidare l'intero procedimento amministrativo. Al contrario, non pare possibile convalidare un vizio del provvedimento, che genera disparità di trattamento o, ancora, sviamento di potere, travisamento dei fatti o, in ultimo, difetto di istruttoria per mancata acquisizione di fatti decisivi.

Una scelta di questo tipo sarebbe contraria ai canoni di logicità, giustizia, imparzialità e proporzionalità e, di conseguenza, risulterebbe difficile ammetterne una convalida, dato che l'atto originario non persegue l'interesse pubblico; di conseguenza, non si comprende come possa arrivare a perseguire quest'interesse attraverso il solo atto di convalida, che non potrebbe correggere la deviazione dell'atto rispetto al fine pubblico senza modificarne del tutto il contenuto del provvedimento originario[102].

Nella riflessione sulla possibilità di convalidare un atto, adottato da un funzionario in violazione dell'obbligo di astensione previsto dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, è interessante inserire un breve parallelismo sulla sanabilità del "vizio di motivazione".

In proposito, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si concentra sulla qualificazione della motivazione come elemento formale o sostanziale del provvedimento amministrativo.

Sotto un primo profilo, la motivazione è intesa come mera esternazione dei presupposti di fatto e di diritto posti a fondamento della decisione, assumendo così una valenza essenzialmente formale. In quest'ottica, il vizio consisterebbe in una "carenza espositiva", sanabile mediante successiva integrazione.

Sotto altro profilo, tuttavia, la motivazione assurge a componente sostanziale

---

[100] A.M. SANDULLI, ***Il procedimento amministrativo***, Milano, 1940, consultato nella ristampa inalterata del 1964, p. 351.

[101] **Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 in *www.giustiziaamministrativa.it*.**

[102] Bisognerebbe interrogarsi se, nelle ipotesi mancata astensione del funzionario, potrebbe ritersi parimenti idonea la conferma propria, quale strumento di sanatoria del provvedimento, adottato in conflitto di interessi, poiché essa presuppone l'apertura formale di un nuovo procedimento, un'ulteriore istruttoria e una nuova valutazione degli interessi già considerati in precedenza, verificando la legittimità (o l'opportunità) del precedente provvedimento sfavorevole per destinatario ovvero la necessità di modificarne o meno il contenuto. Del resto, **soltanto con la conferma si avrebbe "un emendamento", seppur con effetti *ex nunc*, dell'intero *iter* procedurale e una rivalutazione dei vari interessi sottesi.**


ISSN 2036-7821

dell'atto e della correttezza dell'*iter* logico-decisionale seguito dall'amministrazione.
Ne deriva che, qualora l'insufficienza motivazionale si traduca in un vizio sostanziale[103], l'atto risulta insanabile, con conseguente necessità di annullamento. Diversamente, ove "la carenza della motivazione equivalga unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, si è di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione" [104], l'amministrazione potrà procedere alla convalida del provvedimento, integrando la motivazione sulla base delle risultanze istruttorie già acquisite, purché non si alteri la sostanza della decisione originaria[105]. In assoluto, non dovrebbero porsi ostacoli alla convalida del vizio di motivazione anche in ossequio a quanto prescrive l'art. 21-*nonies*, comma secondo, della L. 241/90, che non esclude la sua operatività con riferimento a questo vizio specifico.
La convalida, o meglio l'autotutela conservativa, assicura una maggiore stabilità agli effetti già prodotti da un atto, confermando la scelta ed il risultato amministrativo già esistente. Gli strumenti di conservazione dell'attività amministrativa, tra i quali la convalida si pone, risultano applicativi dei principi di buona fede, affidamento nell'esercizio del potere e di buon andamento.
Tali principi orientano ormai l'esercizio del potere e consentono di salvaguardare gli esiti dell'attività amministrativa, non disperdendone i frutti e i risultati, anche nel

[103] Spunti in tal senso si traggono, sia pure nel diverso contesto della c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio, nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato n. 17 del 2020 in *www.giustiziaamministrativa.it*

[104] Così Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 in *www.giustiziaamministrativa.it*. In dottrina, merita esser richiamato lo scritto di: A. DI CAGNO, *Contributo allo studio del potere di convalida*, Torino, 2024, p. 262 e ss.

[105] Cfr. Cons. Stato, sentenza n. 1321 del 2019. Va precisato che ormai la convalida può essere adottata anche se pende già l'impugnativa dell'atto da convalidare. In tal caso, l'interessato, con motivi aggiunti, può domandare, sia l'annullamento dell'atto di convalida perché autonomamente viziato – contestandone quindi la stessa ammissibilità – ovvero parimenti l'annullamento dell'atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità. Se ne deduce che, anche un provvedimento che, su un fronte solo formale, risulti non motivato o scarsamente motivato, può essere legittimo sul piano sostanziale, rappresentando il risultato di un corretto esercizio del potere. Aderendo, dunque, ad una qualificazione della motivazione in senso funzionale, ciò che conta non è l'aspetto formale ma l'effettiva esistenza delle ragioni oggettive che giustificano il provvedimento. In virtù della esposta prospettiva, il vizio di motivazione (sia essa carente, omessa, illogica) può addirittura non essere decisivo ai fini dell'annullamento del provvedimento, ove il giudice ricavi la bontà della decisione *aliunde*, tramite altri atti acquisiti in giudizio.
Per quanto attiene, invece, alla emendabilità, tramite l'atto di convalida, del vizio di motivazione nel corso di un giudizio già instaurato per il suo annullamento, prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo si riteneva che ciò fosse precluso in ragione delle preminenti garanzie predisposte a tutela del cittadino leso dal provvedimento e del suo diritto ad ottenere una decisione di annullamento del provvedimento viziato.
In questo senso Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385 in *www.giustiziaamministrativa.it*: "L'ammissibilità, nei limiti anzidetti, di una motivazione successiva non comporta una "dequotazione" dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla sua inosservanza: sul piano individuale, perché restano ferme le ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario; sul piano processuale, in quanto il giudice potrà accollare (in tutto o in parte) le spese di lite all'Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia".


ISSN 2036-7821

caso in cui la funzione venga svolta da un soggetto privo della legittima sfera di attribuzione.

Nonostante la ridotta attenzione al fenomeno della convalida, si dimostra che l'attività dell'amministrazione e il suo rapporto con il risultato deve essere fondato, allo stato, su regole di conservazione dell'atto amministrativo, optando per un annullamento demolitorio soltanto ove sia impossibile la stabilizzazione o il consolidamento del rapporto giuridico amministrativo. Peraltro, proprio in riferimento al fenomeno del conflitto di interessi, guardando al provvedimento amministrativo come ad un comportamento funzionalizzato ad un determinato volere, la validità va perimetrata proprio in base alla coerenza di tale comportamento rispetto al fine. E se, in concreto, è stato perseguito un determinato interesse pubblico, nonostante il conflitto, non pare potersi imporre l'annullamento del provvedimento.

Al contrario, pur riconoscendo che la violazione di una norma possa compromettere interessi fondamentali nella determinazione del contenuto del provvedimento, si può affermare che anche, in tal caso, non bisogna ricorrere automaticamente all'annullabilità dell'atto. Questo perché esistono diverse tipologie di invalidità che, a causa della distinzione tra validità ed efficacia, impediscono l'annullamento di un atto amministrativo che, pur invalido in astratto, non va in concreto annullato.

Il conflitto d'interessi, dunque, è una cartina di tornasole per capire ancora meglio la crisi del principio di legalità. Secondo la logica della teorica del risultato[106], ogni vizio, compreso quello di violazione di legge, deve essere ridimensionato, abbandonando l'esasperato formalismo della legalità, attraverso una verifica successiva dell'attuazione concreta dell'interesse pubblico. In particolare, il legame tra norma e interesse va considerato solo quando si guarda al provvedimento nella sua vera natura, cioè alla decisione presa dall'organo competente. Soltanto in questo modo, si sottolinea che l'attività amministrativa è un impegno concreto a tutela dell'interesse pubblico; di certo, non è corretto applicare in modo esteso la regola che rende nullo o annullabile un atto adottato in violazione del dovere di astensione.

A migliorare l'efficienza amministrativa non bastano gli auspicati sforzi di perimetrazione della patologia ma, con ogni probabilità, una reale "soluzione del problema del formalismo amministrativo che scinda nettamente profilo sostanziale e profilo formale dalla legalità dovrebbe contemplare dei meccanismi di controllo a presidio della "legalità delle regole"[107].

---

[106] A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in Scritti in onore di Elio Casetta, Napoli, 2001, p. 813 ss.; ID., *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Riv. Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; ID., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in AA.VV., Principio di legalità e amministrazione di risultati, *cit.*, p. 1.

[107] Si riporta espressamente A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 30.


ISSN 2036-7821

Soltanto il riesercizio del potere ha il merito di salvaguardare lo spazio decisionale, che può essere vitale nella logica della tutela dell'interesse pubblico e della salvaguardia di una riserva di amministrazione rispetto al potere giurisdizionale.
Il giudice, dal canto suo, non è chiamato a curare l'interesse pubblico mentre, al contrario, l'amministrazione, quando convalida un atto, verifica se sussistono le ragioni di pubblico interesse per poterlo fare. In quest'ottica, il potere di riesame evita che il procedimento sia riaperto in una sede impropria, quale quella processuale, garantendo che l'atto amministrativo venga rivisto nella sua reale dimora.
La convalida è, dunque, una valvola di sicurezza, che non comprime il diritto di difesa del singolo perché l'originaria illegittimità dell'atto è rimediata dal provvedimento di secondo grado. Ciononostante, il privato potrebbe sempre tutelare le sue ragioni, impugnando l'atto di convalida e chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dall'atto sanato.
Il procedimento amministrativo non può mai essere concepito come un meccanismo rigido e concluso, ma come un processo aperto all'adattamento e alla revisione, capace di accogliere interventi correttivi e strumenti rimediali funzionali al miglior conseguimento anche degli interessi pubblici sopravvenuti nel rispetto dei principi di legalità, efficienza e imparzialità.
Una tale conclusione è coerente con l'idea di ritenere i procedimenti di primo e secondo grado come un unico procedimento, volto all'assolvimento di una funzione amministrativa inesauribile, che giustifica proprio il potere-dovere di curare l'interesse pubblico.
Solo dall'individuazione degli interessi sottesi al provvedimento discende l'opzione dell'amministrazione per il ricorso alla stabilità piuttosto che all'eliminazione e, dunque, per un'autotutela di tipo conservativo e non demolitorio. Una scelta, quest'ultima, che presuppone la consapevolezza del continuo adattamento della funzione amministrativa rispetto alla mutevole realtà, che non costituisce un correttivo solo del già menzionato principio di inesauribilità del potere ma che, al contrario, è concatenata a doppio filo con il rigido e sempre più complesso sistema di governo e gestione delle decisioni pubbliche, sia a livello politico, che giurisdizionale o amministrativo.
Questo mutamento dell'esercizio del potere amministrativo permette di considerare la conservazione dei provvedimenti come il modello più evoluto per i rapporti giuridici tra cittadini/operatori economici e poteri pubblici e, per tale ragione, è quello più garantista[108].

[108] Si riprendono testualmente espressioni della pronuncia della Cass. SS.UU, civ., 28 aprile 2020, n. 8236 in *www.cortedicassazione.it*.


ISSN 2036-7821

***5. Conclusioni.***

Dal lavoro di ricerca è emerso che l'art. 6-*bis* persegue finalità di trasparenza e di integrità, imponendo l'adozione di condotte che si collochino al di sopra di qualsiasi sospetto di cointeressenza o di utilizzo per fini privati di pubbliche funzioni. Gli obblighi di comportamento a carico del funzionario danno rilievo alla componente moralizzatrice della funzione amministrativa, che deve concorrere parallelamente con il fine pubblico del "risultato amministrativo".

L'incerta lettera della norma, accompagnata dal complesso quadro ordinamentale, accresce "la paura di amministrare" [109]; nell'indecisione che ne consegue, il funzionario è sempre più propenso ad abdicare al suo ufficio, lasciando che si devolva la vicenda al giudice amministrativo, per evitare qualsiasi forma di responsabilità[110].

Le corti nazionali e sovranazionali, dal canto loro, spesso confondono l'operatore del diritto con orientamenti oscillanti da cui prendono vita prassi amministrative non pregevoli.

Dopo una lunga fase in cui l'azione amministrativa è parsa spesso subordinata a logiche di semplificazione procedurale si impone oggi la necessità di un ripensamento strutturale dell'agire amministrativo. Tale ripensamento dovrebbe orientarsi verso un modello teleologicamente fondato, capace di valorizzare la funzione pubblica in rapporto agli obiettivi sostanziali dell'azione amministrativa[111].

Infatti, il ricorso agli strumenti di riesercizio conservativo/confermativo del potere[112] non è concentrato sull'interesse del privato, piuttosto va visto come rimedio che, entrando nella logica del bilanciamento, considera il raggiungimento dell'interesse pubblico quale naturale automedicazione dell'"inquinata" funzione amministrativa.

Ecco come forme di stabilizzazione dei provvedimenti vanno a ingenerare nuova fiducia[113] nelle istituzioni, eliminando la precarietà nella relazione tra cittadino e amministrazione.

---

[109] P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 121 e 123. L'Autore sottolinea: *"Lo Stato non può abdicare alla fissazione di fondamentali linee portanti, ma è altrettanto chiaro che una delegificazione si impone abbandonando l'illuministica sfiducia verso il sociale e realizzando un autentico pluralismo giuridico con i privati protagonisti attivi della organizzazione giuridica così come lo sono del mutamento sociale. Solo in tal modo tra mutamento sociale e sistema di regole giuridiche si potrà colmare quel fossato che oggi constatiamo con amarezza".*

[110] F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *Riv. Federalismi*.it, 7 agosto 2024.

[111] Riguardo all'oggetto del risultato inteso non solo nel senso della realizzazione della prestazione, ma anche di interessi di natura diversa si invita a leggere Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[112] F. FRANCARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. Rallo e A. Scognamiglio (a cura di), Napoli, 2016, p. 9 ss.

[113] Si rinvia anche alla pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. III-S, 27 giugno 2023, n. 10825 in *www.giustiziaamministrativa.it*, che riconosce l'applicazione avanzata del "principio della fiducia" e del "principio del risultato", precipitati di superiori paradigmi costituzionali.


ISSN 2036-7821

Nello specifico, la rivitalizzazione del potere di convalida, quale rimedio di un sistema, permea l'intera azione amministrativa verso il ripristino delle legalità violata.

La convalida è una categoria dalle maglie larghe, chiamata a correggere non solo vizi di carattere formale ma, addirittura, come si è tentato di dimostrare, anche quelli sostanziali: difatti, forma e sostanza non vanno considerate antitetiche perché contribuiscono congiuntamente alla realizzazione dell'interesse, la cui soddisfazione passa solo attraverso il conseguimento del risultato.

Ciononostante, il rimedio del riesercizio del potere non può costituire l'unico mezzo per ovviare al problema della mancata astensione del funzionario.

Un meccanismo alternativo[114], compatibile con quanto previsto dall'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990 e, al contempo, conforme al principio di proporzionalità[115], può essere individuato nell'applicazione della cosiddetta *public disclosure*, ovvero nella comunicazione preventiva e trasparente di informazioni relative a interessi privati del dipendente, principalmente di natura economico-finanziaria.

Tale modello – che non sostituisce l'obbligo di astensione, ma ne costituisce una misura preventiva e complementare – si fonda sull'assunzione di responsabilità da parte del dipendente pubblico, chiamato a dichiarare *ex ante* eventuali situazioni idonee a configurare un conflitto di interessi. Questa segnalazione preliminare dovrebbe intervenire in una fase logicamente anteriore rispetto all'astensione formale, e cioè al momento dell'assegnazione del procedimento amministrativo al singolo dipendente.

In questo modo, il responsabile dell'ufficio può evitare fin da subito l'affidamento di determinate pratiche a soggetti che abbiano già segnalato potenziali conflitti, superando a monte il problema dell'astensione postuma e garantendo un'organizzazione più efficiente e trasparente del lavoro amministrativo. Così, la *public disclosure* assume così una funzione deflattiva, contribuendo a rafforzare la fiducia del cittadino nella neutralità dell'azione amministrativa e a ridurre il rischio di condotte incompatibili con il dovere di imparzialità.

Sul piano comparatistico, il modello della *public disclosure* trova significativi precedenti negli Stati Uniti, dove le norme federali in materia di etica pubblica (*Ethics in Government Act*, 1978) impongono ai funzionari pubblici la dichiarazione periodica e pubblica degli interessi finanziari, proprio al fine di prevenire conflitti latenti e di consentire un controllo diffuso sulla loro condotta[116].

---

[114] Si leggano a riguardo le attente riflessioni di G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, *op. cit*, p. 162 e ss.

[115] A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 100.

[116] Anche l'OCSE, nei propri *Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, sottolinea l'importanza della trasparenza *ex ante* e della pubblicità delle situazioni di potenziale conflitto, promuovendo sistemi di *disclosure* come strumenti essenziali per una gestione efficace e responsabile dell'integrità pubblica.


ISSN 2036-7821

Una simile impostazione potrebbe essere valorizzata anche nell'ordinamento italiano, attraverso una lettura sistematica e sostanziale dell'art. 6-*bis*, orientata a tutelare non solo l'imparzialità formale, ma anche quella sostanziale, riducendo al minimo le aree grigie e i margini di ambiguità nell'agire amministrativo.

Si potrebbe, altresì, far ricorso ai cd. patti di integrità, con cui solitamente un partecipante ad una gara assume l'impegno di segnalare qualsiasi illecito tentativo di terzi di turbare o distorcere la procedura di affidamento o di esecuzione del contratto. Anche tale patto, trasposto in altri ambiti, potrebbe realizzare una funzione preventiva rispetto al conflitto di interessi con effetto deflattivo del contenzioso.

Ai nostri fini, potrebbe assumere un rilievo anche la figura del *whistleblower*, ancorché tale strumento dovrebbe essere usato con cautela, dovendo il responsabile valutare attentamente i fatti esposti per evitare che la segnalazione sia usata con fine di ritorsione.

A tal riguardo, andrebbero utilizzati i criteri elaborati dall'ANAC, che mettono in evidenza che non sono meritevoli di tutela le segnalazioni fondate su meri sospetti, benché sia ritenuto sufficiente che il dipendente ritenga molto probabile che si sia verificato quel dato illecito o che possa verificarsi.

In relazione tanto alla prevenzione quanto alla gestione di situazioni di conflitto di interessi già in atto, un ruolo non trascurabile è svolto dalle prassi amministrative, le quali possono orientare il comportamento del dipendente pubblico verso l'adozione di meccanismi preventivi e conformi ai principi di legalità e imparzialità. Tali prassi, tuttavia, dovrebbero essere calibrate sulle specificità organizzative e funzionali delle singole amministrazioni, evitando l'imposizione di modelli uniformi di matrice centralistica che non tengano conto delle peculiarità operative dei diversi contesti amministrativi.

Sarebbe auspicabile una loro formalizzazione e pubblicazione, affinché siano conoscibili sia dai dipendenti che dai cittadini, i quali, in caso di scostamento ingiustificato da tali pratiche, potrebbero invocarne l'applicazione.

La trasparenza delle prassi, oltre a rappresentare un presidio di legalità, contribuirebbe a colmare le lacune interpretative insite nella formulazione ampia e, perlopiù, generica dell'art. 6-*bis* della legge n. 241/1990, fornendo riferimenti comportamentali concreti e prevedibili.

D'altronde, una prassi amministrativa trasparente, coerente e assistita da adeguate garanzie procedimentali non solo favorisce l'efficienza e la legittimità dell'azione amministrativa, ma costituisce anche uno strumento funzionale a preservare il buon andamento della pubblica amministrazione e l'integrità del dipendente pubblico[117].

[117] Sul rapporto tra principio di risultato e principio costituzionale di buon andamento, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 giugno 2024, n. 4996; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866. Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2024, n. 7875; Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 1215; Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio


ISSN 2036-7821

Nel contesto odierno, appare fondamentale riconoscere l'importanza di un'efficace azione amministrativa, che sia realmente orientata, anche tramite l'esercizio dei poteri conservativi, al bene comune. Per tale motivo, come riteneva A. Romano Tassone, "la capacità di conseguire risultati utili per la collettività è un nuovo paradigma normativo dell'amministrazione, avente valore costituzionale, un autentico principio istituzionale destinato a incidere sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa, la stessa ragion d'essere degli apparati pubblici"[118]: nella prospettiva tale ingranaggio rimediale deve trovare concreta applicazione anche nelle ipotesi di conflitto di interesse.

2024, n. 1924. Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866; Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1924 in *www.giustiziaamministrativa.it*.

[118] A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, (a cura di) M. Immordino e A. Police, Torino, 2004, p. 1.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La scelta del promotore nel nuovo codice dei contratti pubblici. Tra assenza di disciplina e principi eurounitari

di **Caterina Vinti**

(Dottoranda di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza)

## Sommario

1. Introduzione. – 2. Il partenariato pubblico-privato: cenni. – 3. Il PPP e la finanza di progetto nel d.lgs. n. 50/2016. – 4. Le novità del d.lgs n. 36/2023 in materia di *project financing*. – 4.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023. – 4.2. Riferimenti normativi – 5. D.lgs. n. 209/2024 – 5.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023, come modificata dal d.lgs. n. 209/2024. – 6. Dialogo tra Corti. – 7. Proposte *de jure condendo*. – 8. Conclusioni.

## Abstract

Public-private partnerships (PPPs) are a significant and complex tool in public procurement, allowing public administrations to leverage private initiative and resources to implement works and services of collective interest. This institution, created to encourage private sector participation in contexts often characterized by limited public resources, is currently at the center of a heated doctrinal and jurisprudential debate, fueled by the innovations introduced by the new Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2023).

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


ISSN 2036-7821

## *1. Introduzione.*

Il partenariato pubblico-privato rappresenta uno strumento rilevante e complesso nell'ambito dei contratti pubblici, consentendo alle pubbliche amministrazioni di avvalersi dell'iniziativa e delle risorse private per la realizzazione di opere e servizi di interesse collettivo. Tale istituto, nato per incentivare la partecipazione del settore privato in contesti spesso caratterizzati da risorse pubbliche limitate, si trova oggi al centro di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, alimentato dalle innovazioni introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).

In particolare, l'evoluzione normativa sembrava segnare un netto cambio di paradigma rispetto al passato, attribuendo priorità, nell'affidamento del contratto, al principio del risultato a discapito di quello della concorrenza che, pur rimanendo formalmente rilevante, viene con il nuovo Codice relegato a un ruolo strumentale. Questa impostazione, che poneva in primo piano l'efficienza e la celerità nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, rispondeva a esigenze di semplificazione e di restituzione della discrezionalità amministrativa, ma ha sollevato importanti interrogativi sul piano della trasparenza, dell'imparzialità e della parità di trattamento tra gli operatori economici. Ciò ha portato a un'ultima revisione della disciplina, riferita alla finanza di progetto, con l'intervento del Decreto correttivo al Codice n. 209/2024, che ha determinato un nuovo cambio di direzione, reintroducendo le garanzie di concorrenza e trasparenza che erano state attenuate dalla versione precedente del Codice.

Il presente contributo si propone, quindi, di analizzare le principali problematiche e tensioni derivanti dai diversi assetti normativi del partenariato pubblico privato, con particolare riferimento al p*roject financing*, evidenziando come il principio del risultato e quello della concorrenza possano essere ricondotti a un equilibrio più armonico in linea con i principi costituzionali e con le *best practice* comunitarie.

## *2. Il partenariato pubblico-privato: cenni.*

Il partenariato pubblico-privato (PPP) negli ultimi decenni ha acquisito un ruolo centrale, permettendo alle amministrazioni pubbliche di avvalersi di risorse private per la realizzazione delle infrastrutture di interesse pubblico[1].

Il PPP rappresenta, nello specifico, una forma di collaborazione di lunga durata tra enti pubblici e soggetti privati per la realizzazione e la gestione di iniziative di pubblico interesse[2], il cui finanziamento proviene in misura significativa dal soggetto

[1] T. V. RUSSO, *Il project financing*, in P. PELLEGRINI (diretto da), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, edizioni scientifiche italiane, 2007.

[2] Cfr. Libro Verde 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.


ISSN 2036-7821

privato sul quale è altresì trasferito il c.d. rischio operativo[3].
Si può immediatamente notare che l'elemento distintivo della figura partenariale rispetto al tradizionale appalto, nonché principale ragione del suo successo[4], risiede, appunto, nel trasferimento in capo al privato degli oneri finanziari dell'operazione (o parte di questi) e del relativo rischio legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi.
Dal punto vista giuridico, il fenomeno partenariale si riferisce ad un complesso di istituti eterogenei caratterizzati da alcuni elementi comuni[5], ossia: la lunga durata del contratto che viene stipulato dalle parti, il ruolo attivo del *partner* privato in tutte le fasi dell'operazione, la copertura (anche parziale) dei fabbisogni finanziari con risorse private e il trasferimento del rischio legato alla realizzazione e gestione dei lavori e dei servizi in capi al privato[6]. Ne conseguenze che il PPP non può essere riferito ad una categoria giuridica unitaria ma può essere qualificato come un'attività amministrativa che nel concreto si articola in una serie di figure contrattuali tipiche ed atipiche[7], che hanno ad oggetto una o più prestazioni caratterizzate dal finanziamento totale o parziale a carico del soggetto privato, con allocazione dei rischi in capo a quest'ultimo[8].
Infatti, seppur in termini generali, l'elemento comune che contraddistingue questa figura giuridica è il ruolo di promotore del progetto assunto dal privato, finanziatore principale dell'operazione e interlocutore di durata della pubblica amministrazione, che da mero destinatario dell'azione amministrativa viene "elevato" a compartecipe di questa, ovverosia vero e proprio *partner* nell'iniziativa promossa[9].
L'operatore economico privato assume un ruolo attivo nella realizzazione dell'opera pubblica e spesso, come nei casi di *project financing* ad iniziativa privata diretta, è anche colui che da impulso all'attività presentando una proposta all'amministrazione pubblica. Quest'ultima pur delegando al privato parte delle attività, mantiene la

[3] Sul PPP e i modelli di privatizzazione cfr. M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione* (Spisa-Approfondimenti), 2005; M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 09/05/2017; M. P. CHITI, (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003; V. M. SESSA, *Il partenariato pubblico-privato*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Milano, 2016; M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 55 ss.;
[4] S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, VI ed., Laterza, 2021.
[5] Dalla lettura degli artt. 174 e 175 del D.lgs. n. 36/2023 si evince che il PPP costituisce una categoria generale al cui interno rientrano la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità; nonché gli altri contratti che abbiano i contenuti di cui al comma 1 dell'art. 174 che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.
[6] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.
[7] F. FABI, R. LOIERO, F.S.E. PROFITI, *Il partenariato pubblico privato nell'ordinamento giuridico nazionale, comunitario ed internazionale*, in *Dike giuridica*, 2015.
[8] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, II ed., Milano, Giuffrè, 1988.
[9] M. P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.


ISSN 2036-7821

funzione di indirizzo e controllo lungo tutte le fasi, dalla progettazione al finanziamento, dall'esecuzione alla gestione[10].

All'interno dell'ampia categoria di PPP si può distinguere tra partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale e di tipo istituzionale

Nella prima tipologia di partenariato sono ricompresi gli strumenti contrattuali quali la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità e tutte le operazioni realizzate, anche mediante strumenti giuridici diversi[11], in cooperazione tra pubblica amministrazione e operatori economici privati per la realizzazione di un interesse pubblico.

Il PPP di tipo istituzionale, invece, richiede la creazione di una persona giuridica, per la realizzazione di un interesse comune, che sia partecipata congiuntamente dalla parte pubblica e quella privata, la cui disciplina si rinviene nel T.U. in materia di società a partecipazioni pubblica[12] e nelle altre norme speciali di settore[13]. In questo caso quindi la cooperazione si realizza con la costituzione di un'entità giuridica distinta, cui partecipano entrambi i soggetti[14]; esemplificative in tal senso sono le società miste, ossia società partecipate sia dal soggetto pubblico che dal privato per la realizzazione di un'opera o un servizio di interesse pubblico[15].

Un elemento distintivo del PPP consiste nel fatto che il privato è esposto al rischio operativo, ossia al rischio legato alla gestione dell'opera o dei servizi[16]. Tale rischio comporta che, in condizioni operative normali, non vi sia certezza nel recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contatto.

Questo modello ha inizialmente riscosso interesse per il suo impatto positivo sui bilanci pubblici, come evidenziato dal documento Eurostat dell'11 febbraio 2004[17] che ha previsto una classificazione delle varie operazioni di partenariato al fine di includerle o meno nel bilancio delle amministrazioni pubbliche. Infatti, un'operazione di partenariato può, se rispetta determinate condizioni relative ai rischi, essere iscritta *off-balance* e quindi non gravare sulle spese erariali, consentendo la contabilizzazione fuori bilancio[18].

La scarsità delle risorse disponibili per le iniziative di pubblico interesse è stata,

---

[10] A. BOTTO, G. FIDONE, *Il ruolo degli investitori istituzionali nel Partenariato Pubblico Privato*, in *Iuris Prudentes*, 2019.

[11] A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 203.

[12] D.lgs. n. 175, 19 agosto 2016.

[13] F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 41.

[14] M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in federalismi.it, n. 3, 2012, p. 1 ss.

[15] A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit.

[16] Art. 177, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

[17] Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 "*Treatment of public-private partnerships*".

[18] M. DEL PACE, *Partenariato Pubblico-Privato e concessioni*, in B. BRUNO, M. MARIANI, E. TOMA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici. Commento al D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Giappichelli editore, Torino, 2023.


ISSN 2036-7821

quindi, compensata attraverso modalità alternative di finanziamento che hanno consentito l'afflusso di capitali privati.

Gli strumenti di PPP, dunque, si sono dimostrati funzionali a una maggiore tutela della finanza pubblica, garantendo al contempo una significativa flessibilità nella gestione e nella realizzazione delle opere e dei servizi pubblici[19]. Nell'ultimo ventennio, caratterizzato da forti crisi economiche e finanziarie, il PPP ha rappresentato una soluzione efficace che per soddisfare il fabbisogno infrastrutturale consentendo grazie a tali forme di sussidiarietà orizzontale[20] di ottenere un afflusso di capitali privati[21] che ha sostenuto lo sviluppo di progetti di interesse collettivo[22].

La disciplina del PPP è stata di recente modificata dal Legislatore che, con il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), ha operato una profonda revisione della materia, introducendo diverse novità nel tentativo di superare le criticità emerse in passato[23]. In precedenza, infatti, l'applicazione del PPP non sempre ha portato risultati soddisfacenti, principalmente a causa dell'incertezza legata alla ripartizione dei rischi tra *partner* privato e soggetto pubblico, della scarsa competenza delle amministrazioni aggiudicatrici, della complessità delle procedure e dell'inadeguatezza del quadro normativo[24].

Il nuovo Codice, come modificato dal correttivo, ha introdotto quindi una significativa revisione dell'istituto con l'obiettivo di potenziare e rendere più attraenti gli strumenti di collaborazione e di agevolare un corretto utilizzo degli stessi da parte degli investitori privati e delle pubbliche amministrazioni.

Nello specifico, dal punto di vista sistematico, il PPP è oggi collocato all'interno del Libro IV del Codice (artt. 174-208) rubricato "Del Partenariato Pubblico-Privato e delle concessioni" e la sua disciplina precede quella delle figure contrattuali tipiche, ossia la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità. Questa diversa sistemazione si giustifica con l'intento di fare chiarezza in materia, a partire dalla definizione di PPP che non viene più qualificato come una tipologia di

[19] Sulla semplificazione delle procedure amministrative cfr. M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017; B. MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid Rassegna*, 2019; A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Gior. dir. amm.*, 1997, p. 989 ss.; M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Bologna, 2022, ed. 5, pp. 152-153; M. A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989, vol. II; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Bologna, 2010; M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

[20] Cfr. in tal senso, A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

[21] A. MARCHETTI, *Il project financing quale strumento per la realizzazione e il finanziamento delle infrastrutture portuali: genesi e prospettive di un modello di partenariato pubblico privato in assestamento*, in *Federalismi.it*, 09/01/2016.

[22] I. NICOTRA, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, 2018, pp. 282-3.

[23] M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustiziainsieme.it*., 21/12/2022.

[24] Cfr. F. MASTROAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Giappichelli editore, Torino, 2011.


ISSN 2036-7821

contratto contrapposta al contratto di concessione, come poteva trapelare dalla vecchia normativa, ma è definito "un'operazione economica"[25] caratterizzata dagli elementi di cui al comma 1 dell'art. 174, d.lgs. n. 36/2023. Con questa definizione si vuole mettere in luce la complessità del fenomeno, ossia una macrocategoria caratterizzata da atipicità e non esclusività, comprendente tutte le forme di collaborazione tra un soggetto un pubblico e un *partner* privato, e quindi anche quelle non tipizzate dal codice, purché abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela[26].

La nuova disciplina ha voluto inoltre chiarire il rapporto tra concessione e finanza di progetto (uno degli istituti maggiormente caratterizzanti il PPP[27]), intendendo quest'ultima come una modalità di stipula e finanziamento del contratto di concessione e non come figura contrattuale a sé stante[28]. E in effetti in passato già il Consiglio di Stato l'aveva definita come una tecnica di finanziamento di una particolare attività economica che ha la capacità di autofinanziarsi, generando così dei flussi di cassa tali da consentire il rimborso del prestito e la gestione dell'attività medesima[29]; escludendo quindi che possa trattarsi un tipo contrattuale specifico.

La disciplina della finanza di progetto (ora collocata nell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023) ha subito diversi rimaneggiamenti nel tempo sino all'attuale disposizione normativa di cui all'art. 193 del Codice, che è stata recentemente modificata con il Decreto correttivo n. 209/2024. A dire il vero, quest'ultimo ha sostituito integralmente la disciplina dell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023, ma ancora oggi pone diverse criticità di cui si tratterà nel presente elaborato, e tra queste, in particolare, la questione del trattamento da riservare alle proposte dei privati su iniziativa diretta[30].

Il tema è molto caldo perché oggi lo strumento del partenariato non è più

[25] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[26] Art. 174, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

[27] Cfr. G. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014.

[28] Cfr. in tal senso G. MISSERINI, voce *"Project financing (lavori pubblici)"*, in *Digesto disc. Pubbl.*, Torino, p. 622 ss.; C. MALINCONICO, *Il project financing*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, *Le tipologie contrattuali*, Milano, 2008, p. 2613.

[29] Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847.

[30] Sulla finanza di progetto cfr. F. MERUSI, *La finanza di progetto: alcune riflessioni*, in *Studi e note di economia*, 1998, 1, p. 77 ss; F. MERUSI, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. trim. app.*, 2001; G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; M RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 1385 ss.; A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico privato*, Torino, 2017; F. FRACCHIA, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G. FERRARI, F. FRACCHIA (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, 2004, p. 57 ss.; F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. CERRINA FERONI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, p. 99 ss.; P. GIAMMARIA, *Art. 183 Finanza di progetto*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, II, Roma, 2017, p. 2623 ss.; C. MALINCONICO, *Il project financing*, cit, p. 2613; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI, (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, p. 1029 ss.; M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti. Analisi giuridico-amministrativa, economica-finanziaria e tributaria*, Torino, 2007.


ISSN 2036-7821

strettamente connesso ad una logica contabilistica[31] e quindi all'idea che possa servire solo a colmare la limitatezza delle risorse pubbliche disponibili[32], ma ha assunto un ruolo ulteriore, per cui si prevede che l'utilizzo del PPP, da parte degli operatori economici e delle amministrazioni pubbliche, possa e debba incrementare. La sua importanza è ora riferita, infatti, alla capacità di apportare un'alta qualità nella realizzazione e gestione delle opere pubbliche in virtù del *know-how* che viene fornito dai privati, ragione per la quale diviene fondamentale garantire un trattamento agli operatori economici ispirato alla piena trasparenza e alla parità di trattamento che possa incentivarli a intraprendere operazioni di partenariato a vantaggio non solo della finanza pubblica, ma anche del progresso e dell'innovazione, elementi fondamentali per il benessere della società odierna. Inoltre, è orami comunemente affermato che le attività di interesse pubblico possano rispondere in modo più efficace alle esigenze e agli interessi della collettività quando affidate a soggetti privati, i quali risultano essere maggiormente prossimi ai cittadini[33].

A dimostrazione di questo cambio di prospettiva, si può ricordare che nonostante oggi sia possibile beneficiare delle risorse economiche derivanti dal programma Next Generation EU per realizzare le opere pubbliche, per attuare le missioni del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) il partenariato pubblico-privato è diventato comunque lo strumento principale[34]. Ciò significa che l'istituto non viene più utilizzato per la scarsità dei fondi pubblici, che oggi possono reperirsi dal programma comunitario, ma diviene fondamentale perché rappresenta un'occasione per le pubbliche amministrazioni per ottenere infrastrutture qualitativamente migliori grazie al *know-how* conferito dalle imprese private e di cui i soggetti pubblici sono spesso privi. Il partenariato rappresenta quindi uno strumento strategico per realizzare opere e servizi di particolari complessità[35], come ad esempio la transizione delle infrastrutture digitali della pubblica amministrazione verso un sistema *cloud*, obiettivo previsto da una delle missioni del PNRR[36]. Infatti, quando vengono utilizzate forme di collaborazione con i privati, seppur l'interesse che si persegue sia

---

[31] A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato-pubblico privato nella stagione del PNRR,* in *Dir. Amm.*, fasc. 2, 1° giugno 2022, p. 41.

[32] Cfr. in tal senso M. MATTALIA, *I partenariati pubblici privati per il superamento della crisi economica,* in *lexitalia.it,* n. 2/2013.

[33] A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, p. 26.

[34] M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, in *Atti Convegno Spisa*, 29 luglio 2005;

[35] F. MASTROAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit.

[36] Cfr. M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astridonline.it*, 2021.


ISSN 2036-7821

un interesse pubblico[37], le logiche con cui questo viene raggiunto sono di stampo privatistico, il che permette di introdurre modelli imprenditoriali nel settore pubblico a garanzia di una maggiore riuscita del progetto[38].
Vi è dunque oggi la piena consapevolezza della reale importanza dell'istituto e proprio per queste ragioni è opportuno intervenire per migliorarne la disciplina al fine di garantirne il massimo utilizzo. Il D.lgs. n. 36/2023 è intervenuto per incentivare gli investitori istituzionali, gli operatori economici privati e le amministrazioni pubbliche a fare ricorso al PPP, ma si tenterà di dimostrare nei successivi paragrafi come il quadro giuridico non risulti ancora del tutto soddisfacente per questo scopo.

### *3. Il PPP e la finanza di progetto nel d.lgs. n. 50/2016.*

Le prime ricostruzioni dei modelli partenariali risalgono al 2004, quando in ambito comunitario la Commissione europea ha definito la natura di questi strumenti, riconducendoli a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese, per la gestione, costruzione, manutenzione di un'opera o la fornitura di un servizio[39].
La prima nozione di partenariato pubblico-privato arriva in Italia nel 2006, con il d.lgs. n. 163/2006.
Il legislatore ha fornito una definizione di PPP sintetica così da permetterne l'associazione con altre fattispecie contrattuali.
Infatti, al comma 15-ter del d.lgs. n. 163/2006, si affermava che "i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari".
Si confermava, con questa nozione, quanto affermato sopra relativamente all'assenza di un'unica figura negoziale quando si parla di partenariato pubblico-privato.
Il d.lgs. n. 163 del 2006 sostituiva la cd. legge Merloni del 1994, che, dato il contesto in cui era sorta, introduceva una disciplina troppo rigida in materia di appalti, figlia dell'idea di disciplinare i contratti pubblici con l'unico obiettivo di rispondere agli

[37] A fronte della crisi pandemica si assiste alla riemersione dei pubblici poteri che, come conferma l'esperienza del PNRR, diventano protagonisti nella definizione di obiettivi strategici anche attraverso una vera e propria programmazione economica. A differenza però delle esperienze passate, oggi vengono lasciati ampi spazi alla collaborazione con il privato affinché questi proponga soluzioni innovative. Sul punto cfr. F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, il Mulino, 2021.

[38] A. MARCHETTI, *Il project financing quale strumento per la realizzazione e il finanziamento delle infrastrutture portuali: genesi e prospettive di un modello di partenariato pubblico privato in assestamento,* in *Federalismi.it*, 09/01/2016.

[39] Commissione europea, Libro verde del 2004.


ISSN 2036-7821

scandali di tangentopoli[40]. Dunque, il d.lgs. n. 163 del 2006 ha operato un'armonizzazione della disciplina italiana con quella comunitaria, recependo le Direttive europee nn. 17 e 18 del 2004 che richiedevano, da una parte maggiore flessibilità nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici e, d'altra parte, la piena tutela della concorrenza[41].

Successivamente, nel 2014, sono state introdotte, a livello comunitario, tre Direttive[42]sulla scia delle quali è stato elaborato un nuovo Codice dei contratti pubblici[43].

Il Codice del 2016 risultava di gran lunga innovativo poiché ha previsto l'inserimento di una specifica disciplina dedicata all'istituto del Partenariato Pubblico-Privato[44] in aggiunta a quella dedicata alle concessioni, dando così attuazione alla legge delega che sollecitava una razionalizzazione della disciplina sul PPP per incentivarne l'utilizzo[45].

Fino a questa innovazione non esisteva una disciplina organica del PPP, né nel Codice del 2006, né nei documenti comunitari come il Libro Verde o le Direttive del 2014[46]; è stato il legislatore italiano, per la prima volta, a conferire una forma organica

[40] G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 332.

[41] Sul tema del rapporto tra risultato e legalità cfr. A. POLICE E M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004; S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941 ss., e, in particolare sugli effetti lesivi nei confronti degli operatori economici, D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio di risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *federalismi.it*, 2023; M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 71 ss.

[42] Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, di appalti pubblici e di procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

[43] Inizialmente il d.lgs. n. 50/2016 non prese ne il nome richiesto dalla legge delega (Codice degli appalti pubblici e delle concessioni), ne quello richiesto dal Consiglio di Stato (Codice dei contratti pubblici), ma venne denominato "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia ì, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture". Solo nel 2017, per opera del D.lgs. n. 58, il testo normativo è stato rubricato "Codice dei contratti pubblici".

[44] Artt. 179-191 d.lgs. n. 50/2016.

[45] Legge 28 gennaio 2016, n. 11 "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

[46] A livello comunitario, per partenariato pubblico-privato ("PPP") si intende, più in generale, le diverse forme di cooperazione che possono instaurarsi tra gli enti pubblici ed le imprese finalizzate al finanziamento, alla realizzazione, alla gestione o alla manutenzione di infrastrutture, nonché alla fornitura di servizi. La sua definizione è contenuta nel Regolamento UE n. 549/2013.


ISSN 2036-7821

a questo istituto nella sua interezza[47].

Nel Codice del 2016, quindi, viene fornita una nuova definizione di PPP, che mette in luce gli aspetti economici finanziari dell'istituto.

Nello specifico, l'art. 3, co. 1, lett. eee), stabilisce che per contratto di partenariato pubblico-privato si intende "il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

Dalla definizione potrebbe emergere che il PPP costituisca una figura contrattuale unica contrapposta al contratto di concessione[48], ma oggi quest'idea è stata definitivamente superata anche grazie alla nuova definizione fornita dal d.lgs. n. 36/2023[49].

La nozione *del Codice n. 50/2016,* mette in luce gli elementi caratterizzanti questo strumento, in particolare: una durata dell'operazione funzionale all'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate; e il trasferimento del rischio operativo in capo al privato.

Relativamente ai rischi, l'art. 180 specifica che esistono tre tipi di rischi che rientrano nella categoria del cd. rischio operativo[50].

Il primo coincide con quello di costruzione, ossia "il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli *standard* di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera"[51].

Questo tipo di rischio non è sufficiente da solo a qualificare un contratto di partenariato, in quanto lo stesso è tipico anche negli appalti di lavori.

Di conseguenza per poter parlare di operazioni di PPP è necessario che in capo al privato siano trasferiti alternativamente o cumulativamente i seguenti due tipi di rischio.

---

[47] Cfr. sul tema V. SESSA, *Il partenariato pubblico privato,* in F. CARINGELLA – P. MANTINI – M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici,* Roma, 2016, p. 457 e ss.; M. CERUTI, Il partenariato pubblico-privato nella riforma del Codice dei contratti pubblici: si tratta di vera rivoluzione copernicana o del solito slogan all'italiana?, in *Riv. trim. appalti*, 2017.

[48] Il legislatore del 2016 inoltre aveva collocato la disciplina partenariale in una parte distinta del Codice rispetto alla concessione (Parte III: contratti di concessione; Parte IV: PPP), così confermando i possibili dubbi a riguardo. Sul punto cfr. S. VALGUZZA E E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, p. 1 ss, in cui si analizza in modo critico la modalità di regolazione del PPP nel Codice 50.

[49] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

[50] Linee guida ANAC n.9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

[51] Art. 3, comma 1, lett. aaa), d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

Il rischio dal lato dell'offerta, che si caratterizza, nelle opere calde[52] e tiepide[53], nel pericolo per il concessionario di non essere in grado di fornire il servizio con la qualità e quantità adeguate alla domanda del mercato.
In presenza di un'opera fredda[54] tale rischio è anche definito di "disponibilità" poiché si riferisce al pericolo per il concessionario di non poter erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti"[55]; ne consegue che la corresponsione del canone pattuito con l'operatore è subordinata alla disponibilità nel tempo dell'opera o alla fornitura del servizio da parte del soggetto privato[56].
L'altro rischio, fondamentale per la qualificazione di un contratto come contratto di PPP, è il rischio di domanda, ossia "il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa".
La corretta ripartizione dei rischi nella dinamica del PPP assume un ruolo fondamentale poiché è determinante per la qualifica dell'operazione stessa[57], che in assenza del trasferimento del rischio operativo in capo al soggetto privato dovrà rientrare nella categoria degli appalti.
In aggiunta, diviene fondamentale allocare correttamente i rischi per determinare la sostenibilità economica dell'operazione e la sua conseguente collocazione *off balance-sheet*, ossia al di fuori del bilancio dello Stato, ai fini contabilistici (e dunque con la possibilità di non incidere nell'indebitamento statale).
Ed infatti il presupposto per la corretta allocazione dei rischi è rappresentato dall'equilibrio economico finanziario dell'operazione, ossia la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria[58].
Tale equilibrio deve permanere per tutta la durata del contratto e a tal fine, con l'entrata in vigore del d.lgs. n.50/2016, è stato previsto che l'ANAC adottasse delle linee guida che definissero un sistema di monitoraggio tramite il quale esercitare un controllo sull'attività del soggetto privato, con particolare riferimento alla

[52] Sulla distinzione tra opere calde e opere fredde cfr. F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, cit. p. 114; F. VADA, D. DE SANCTIS, *Natura e finalità del project financing. Infrastrutture realizzabili*, in M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), cit., p. 203. Le opere cd. calde includono i progetti capaci di generare un reddito, attraverso i ricavi da utenza, in grado di ripagare i costi di investimento e remunerare il capitale investito.
[53] Le opere cd. tiepide richiedono una componente di contribuzione pubblica in quanto i ricavi da utenza sono insufficienti a garantire la sostenibilità dell'intervento e quindi a generare un ritorno economico adeguato.
[54] Le opere cd. fredde consistono in progetti in cui l'operatore privato fornisce direttamente servizi alla p.a., ma trattandosi di servizi pubblici che non generano un reddito sufficiente, il privato riceve la propria remunerazione esclusivamente o principalmente dall'amministrazione.
[55] Art. 3, comma 1, lett. bbb), d.lgs. n. 50/2016.
[56] Art. 180, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.
[57] Art. 180, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.
[58] Art. 3, comma 1, lettera fff), d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

permanenza in capo a quest'ultimo dei rischi trasferiti[59].
Per raggiungere l'equilibrio economico finanziario è possibile che si renda necessario un contributo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice che può sostanziarsi in un contributo pubblico o nella cessione di un bene immobile. La disposizione[60] in esame stabilisce che il prezzo eventualmente riconosciuto al soggetto privato, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di altri strumenti di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non possa superare il limite del quarantanove percento del costo complessivo dell'investimento, inclusi gli eventuali oneri finanziari.
Delineate le caratteristiche principali del partenariato pubblico-privato, come previsto dal Codice del 2016, si può procedere all'analisi della odierna disciplina della finanza di progetto. Quest'ultima è definita dalle norme come una specifica tipologia di contratto rientrante nella categoria del PPP[61] anche se, come sarà meglio chiarito nel Decreto correttivo[62] al Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, costituisce, in vero, una modalità di affidamento[63] dei contratti di concessione, e non un contratto contrapposto a questi ultimi.
In dottrina il *project financing* è stato definito come una modalità di finanziamento di un progetto che è in grado di generare, durante la sua fase esecutiva, i flussi di cassa[64] necessari a rimborsare le risorse economiche utilizzate per la sua realizzazione e il capitale di rischio relativo all'operazione[65].
La finanza di progetto è stata introdotta nel nostro ordinamento nel 1998 con la legge Merloni *ter* che ha aggiunto una serie di articoli[66] alla legge n. 109/1994, ossia la legge quadro in materia di lavori pubblici.
L'istituto ha subito diversi rimaneggiamenti nel corso degli anni, passando dalla disciplina prevista dall'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006, successivamente modificata con il d.lgs. n. 153/2008, fino al d.lgs. n. 50/2016, che ha semplificato la normativa rispetto al passato. Quest'ultimo intervento normativo ha ridotto le modalità di attivazione della procedura di *project financing* a due, semplificandone le modalità di svolgimento rispetto alla precedente articolazione.
Più nel dettaglio, l'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha previsto la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, per le opere incluse nella programmazione e la finanza di

[59] Art. 181, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.
[60] Art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50/2016.
[61] Art. 180, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.
[62] D.lgs. n. 209/2024.
[63] C. LOMBARDI, *Le linee evolutive della finanza di progetto: le novità del D.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 ed i possibili risvolti pratico-giuridici per le pubbliche amministrazioni ed i privati*, in *Giustamm.it*., n. 6/2016.
[64] G.L. PIETRANTONIO, *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Milano, Giappichelli, 2018, p. 70.
[65] F. CARINGELLA, *Il nuovo volto della finanza di progetto,* cit., p. 99 ss.
[66] Artt. da 37 *bis* a 37 *nonies* L. n. 109/1994.


ISSN 2036-7821

progetto ad iniziativa privata sia per le opere previste in programmazione che per quelle non contemplate.

Nel primo caso, disciplinato dai commi 1-14, l'amministrazione predispone un progetto di fattibilità da mettere a base di gara che viene redatto dal personale dell'amministrazione stessa in possesso dei requisiti soggettivi necessari a tal fine, in funzione dell'ambito merceologico proprio del progetto o, in assenza di personale qualificato, da soggetti esterni individuati con apposite procedure ad evidenza pubblica[67].

La procedura ha la finalità di affidare la realizzazione di un lavoro pubblico o di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, a un soggetto privato che ne sostenga gli oneri finanziari e i relativi rischi operativi[68].

Trattandosi di una modalità alternativa di affidamento di un contratto di concessione, i soggetti ammessi a partecipare sono gli stessi soggetti che possiedono i requisiti per divenire concessionari, con la possibilità anche di associarsi o consorziarsi con altri soggetti e purché non ricorrano le cause di esclusione ex art. 80 d.lgs. n. 36/2023[69].

Le offerte presentate dai concorrenti dovranno essere accompagnate da una serie di documenti a garanzia della serietà e della fattibilità dell'iniziativa[70].

In particolare, queste ultime dovranno contenere "*un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato […] nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto*". Il piano economico-finanziario (PEF), dovrà includere sia il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità, sia l'importo delle spese relative alla predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno[71]. L'importo complessivo di tali spese non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come determinato dal progetto di fattibilità posto a base di gara[72].

Le offerte devono, inoltre, essere corredate da idonee garanzie a conferma dell'impegno dei concorrenti e della loro serietà sia nella fase della gara che in sede d'esecuzione del contratto. In particolare, sono richieste sia la garanzia provvisoria ex art. 93 d.lgs. n. 50/2016, sia, una volta conseguita l'aggiudicazione, quella definitiva ex art. 103 del Codice. Il bando inoltre fissa una cauzione del 2,5 per cento

[67] Art. 183, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.
[68] Art. 183, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.
[69] Art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.
[70] A. BOTTO., S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 237.
[71] Cfr. in tal senso G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto: temi e prospettive*, Napoli, 2015.
[72] Art. 183, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

del valore dell'investimento, desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara e, in relazione alla fase esecutiva, l'aggiudicatario dovrà prestare una garanzia, sempre sotto forma di cauzione, a copertura delle penali previste per il mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali legati alla gestione dell'opera; quest'ultima cauzione dovrà essere pari 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e dovrà essere prestata con le modalità di cui all'articolo 103[73].

La norma prevede che le offerte siano valutate in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), secondo il miglior rapporto qualità/prezzo[74], tenendo conto anche degli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione[75].

L'amministrazione valuta le offerte ai sensi del comma 10 e conclude la procedura con la redazione di una graduatoria e con l'attribuzione della nomina di promotore in capo a chi ha presentato l'offerta migliore. Quest'ultimo dovrà sottoporre poi il proprio progetto al vaglio finale dell'amministrazione, apportando le modifiche progettuali necessarie per l'approva zione dello stesso.

Se il promotore apporta correttamente le modifiche o queste non si rendono necessarie, si procede alla stipula della concessione, ma se il promotore non accetterà di modificare il progetto, l'ente concedente potrà richiedere in via progressiva ai concorrenti successivi della graduatoria l'accettazione delle modifiche.

La stipula del contratto di concessione può avvenire quindi in via diretta, se il progetto non necessita modifiche progettuali oppure, se le modifiche si rendono necessarie, solo a seguito della conclusione positiva della procedura di approvazione del progetto definitivo e delle sue modifiche da parte del promotore (o di altro concorrente individuato nella graduatoria per scorrimento).

La disciplina ha come scopo l'incentivazione dell'innovazione per cui è importante che venga premiata in qualche modo l'iniziativa del promotore che ha presentato per primo il progetto qualora quest'ultimo sia impossibilitato ad apportare le modifiche necessarie alla sua approvazione e dunque aggiudicazione. Il legislatore ha previsto dunque in questa ipotesi che l'aggiudicatario della concessione corrisponda al promotore il pagamento di una somma a titolo di rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta[76]. In particolare, il rimborso ricomprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara e l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo dei diritti sulle opere dell'ingegno (come previsto dall'art. 2578 c.c.), il cui ammontare complessivo non può superare il 2,5 per cento del valore

[73] Art. 183, comma 13, d.lgs. n. 50/2016.
[74] Art. 183, comma 4, d.lgs. n. 50/2016.
[75] Art. 183, comma 5, d.lgs. n. 50/2016.
[76] Art. 183, comma 12, d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara[77].
La seconda modalità di attivazione della finanza di progetto è quella ad iniziativa privata.
Si tratta dei casi in cui l'operatore economico privato elabora una proposta, relativa alla realizzazione di un lavoro o un servizio da realizzare in concessione, in via diretta oppure basandosi sulle esigenze presenti negli strumenti di programmazione approvati dalla amministrazione aggiudicatrice[78].
La procedura viene definita di "doppia gara" poiché è articolata in due fasi "*distinte ma strettamente connesse*"[79] tra di loro: la prima consiste nella scelta del promotore sulla base del progetto di fattibilità presentato, se riscontrato l'interesse pubblico della proposta; la seconda è connessa alla fase selettiva ad evidenza pubblica indetta in base al progetto prescelto.
È pacifico in giurisprudenza che si tratti di due fasi tra di loro interdipendenti poiché lo scopo ultimo di aggiudicare la concessione è strettamente connesso alla fase prodromica di individuazione del promotore[80]. Ne consegue che il promotore, una volta nominato, avrebbe l'obbligo di partecipare alla gara indetta per l'aggiudicazione del suo progetto, "*a giustificazione della serietà ed effettività della propria proposta*"[81], la cui realizzazione al contrario risulterebbe frustrata laddove nessun'altra impresa dovesse prendere parte alla procedura competitiva.
Prima di approfondire le singole fasi, è opportuno evidenziare alcuni aspetti generali relativi alla procedura ad iniziativa privata nel suo insieme[82]. Prima di tutto è d'uopo sottolineare che, a differenza della procedura ad iniziativa pubblica, quella ad iniziativa privata diretta può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP[83] e quindi ad esempio la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità[84].
Relativamente ai requisiti di partecipazione rimangono fermi quelli previsti per la procedura ad iniziativa pubblica[85], ma è anche previsto che le proposte potranno essere presentate sia da soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla legge che per

[77] Art. 183, comma 9, terzo periodo, d.lgs. n. 50/2016.
[78] Questa seconda opzione è stata introdotta con il D.L. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni, convertito con modificazioni dalla Legge 120/2020) a seguito della consapevolezza della limitata e residuale possibilità di individuare opere che non rientrassero negli strumenti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici.
[79] Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2018 n. 5642.
[80] *Ex multis,* Cons. Stato, Sez. V, n. 5184 del 26 maggio 2023; Cons. Stato, Sez. V, n. 1005 del 10 febbraio 2020; Tar Milano, Sez. IV, n. 619 del 28 marzo 2019; Tar Venezia, Sez. I, n. 855 del 7 agosto 2018.
[81] Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2018 n. 5642.
[82] Art. 183, comma 15 e ss., d.lgs. n. 50/2016.
[83] Cfr. in tal senso C. LOMBARDI, *Le linee evolutive della finanza di progetto: le novità del D.lgs. 19 aprile 2016 n. 50 ed i possibili risvolti pratico-giuridici per le pubbliche amministrazioni ed i privati*, cit.; M. MARIANI, V. MENALDI (a cura di), *Il project financing nel codice dei contratti. Analisi giuridico-amministrativa, economica-finanziaria e tributaria,* cit.
[84] Art. 183, comma 16, d.lgs. n. 50/2016.
[85] Art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

ottenere maggiore capitale si associno o consorzino con enti finanziatori, sia il contrario; ossia l'ipotesi in cui un investitore istituzionale, come un istituto di credito, pur essendo privo dei requisiti previsti dalla legge, possa presentare una proposta di *project financing* associandosi o consorziandosi con soggetti in possesso di tali requisiti[86].

Viene attribuito un ruolo rilevante agli enti finanziatori e agli investitori istituzionali, nell'ottica di agevolare la presentazione delle proposte da parte degli operatori economici che non posseggano disponibilità finanziare sufficienti per sostenere le proposte presentate, si pensi ad esempio alle difficoltà che possono riscontrare le PMI nel raggiungere i requisiti richiesti dai bandi.

Per assicurare maggiore flessibilità la norma legittima chi presenta le proposte a recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara, salvo che il recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti di qualificazione. Inoltre, viene specificato che, se per assenza di requisiti viene escluso uno sei soggetti associati, la validità della proposta non viene inficiata, a condizione che i restanti componenti rimangano in possesso dei requisiti di qualificazione necessari.

Tornando alla procedura in senso stretto, il comma 15 descrive come si svolgono le due fasi di cui si è accennato.

Il primo passo consiste nella presentazione di una proposta da parte del privato che abbia gli stessi contenuti descritti al comma 9 primo periodo.

Il PEF deve comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del Codice civile.

La proposta è corredata da una serie di integrazioni documentali, in particolare le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti prescritti dal comma 17, e l'impegno a prestare le cauzioni necessarie come previsto dal quinto periodo del comma 15.

L'amministrazione dovrà valutare entro novanta giorni (termine perentorio) la fattibilità della proposta, con la possibilità di invitare il proponente ad apportare le modifiche necessarie per la sua approvazione, e qualora tali modifiche non siano eseguite, la proposta non potrà essere valutata positivamente. Dopo tale passaggio, il progetto di fattibilità viene inserito negli strumenti di programmazione (salvo non sia già presente in questi) ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti. In questa sede possono essere richieste ulteriori modifiche al proponente e se questi non le apporta, il progetto non potrà ritenersi approvato.

Si conclude così la prima fase della procedura, ossia la fase di valutazione della proposta con nomina del promotore per il soggetto titolare del progetto approvato.

[86] Art. 183, comma 17 e 17 *bis*, d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

Il Codice non si sofferma sulle modalità con cui questa scelta debba essere effettuata, non offrendo all'amministrazione aggiudicatrice alcun criterio che la guidi nella valutazione della proposta formulata, salva la costante necessità di perseguire l'interesse pubblico.
Su tale questione, come verrà illustrato nei paragrafi seguenti, la giurisprudenza si è espressa a lungo, mantenendo, salvo alcune aperture, una posizione prevalentemente consolidata nel ritenere che le valutazioni dell'amministrazione siano caratterizzate da un'elevata discrezionalità. Tale caratteristica ne determinerebbe l'insindacabilità, trattandosi di scelte di merito e dunque, la valutazione effettuata dell'ente concedente potrebbe essere oggetto di censura solo nei casi di manifesta illogicità, contraddittorietà o erroneità dei presupposti di fatto della stessa. Il tema è particolarmente rilevante poiché in questo segmento procedimentale viene attribuito all'operatore economico, che diviene promotore, un diritto di prelazione, ossia una posizione di vantaggio competitivo nella seconda fase caratterizzata dalla gara ad evidenza pubblica basata sul progetto approvato.
Rinviando alla sede opportuna l'analisi del tema, il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale viene invitato il promotore.
Nel bando, l'amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di richiedere ai partecipanti, incluso il proponente, la presentazione di eventuali modifiche al progetto e i concorrenti, incluso il promotore, dovranno essere in possesso dei requisiti previsti per i concessionari[87] e presentare un'offerta con gli stessi contenuti dell'offerta presentata nei casi di finanza di progetto ad iniziativa pubblica[88].
Nel bando deve essere specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.
Infatti, se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario della concessione, se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. In tal caso l'originario aggiudicatario avrà diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.
Se, invece, il promotore non risulta aggiudicatario e neanche esercita la prelazione, avrà diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti sopra indicati.
Infine, l'art. 184 ha stabilito che l'aggiudicatario di una concessione ha la facoltà, anche nei casi di finanza di progetto, di costituire una società di progetto che

[87] Art. 183, comma 8, d.lgs. n. 50/2016.
[88] Art. 183, comma 15, 12° periodo d.lgs. n. 50/2016.


ISSN 2036-7821

sostituisca l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente, al fine di garantire la riuscita dell'operazione[89].
La finalità della disposizione, come si illustrerà successivamente, è di tutelare il capitale destinato alla realizzazione del progetto dalle eventuali vicissitudini personali dell'aggiudicatario[90]. Considerata l'importanza di questa misura protettiva, comunemente definita "*ring fence*", il legislatore con la riforma del Codice nel 2023, ha previsto che, in determinate circostanze, la costituzione di tale società divenga obbligatoria.

***4. Le novità del d.lgs n. 36/2023 in materia di project financing.***

Il passaggio dal d.lgs. n. 50/2016 al nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, è stato motivato dall'esigenza di semplificare le procedure[91], in linea sia con le Direttive europee del 2014 sia con le previsioni del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).
Tale transizione, pur meritevole di un'analisi approfondita che esula da questa sede, può essere delineata sinteticamente evidenziando come l'obiettivo di semplificazione[92] abbia investito anche il settore del partenariato pubblico-privato, oggetto di significative criticità.
Tra queste spiccano l'inadeguata preparazione tecnica della pubblica amministrazione[93], spesso responsabile di progetti insufficienti o di contratti squilibrati con i concessionari; le difficoltà nella corretta allocazione dei rischi[94], che hanno portato a tassi di remunerazione del capitale di rischio sproporzionati rispetto ai rischi effettivamente sostenuti dai privati[95]; le carenze nella capacità di monitoraggio delle operazioni da parte della p.a.; nonché i tempi, frequentemente

[89] Sulla società di progetto cfr. E. FERRERO, *Affidamento di concessioni e società di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2020,2, p.157; M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, cit.; C. GUCCIONE, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2013; G. SABBATO, *La società di progetto – Le società per la gestione dei servizi pubblici locali – Analisi del project nei vari settori*, in *giustizia-amministrativa.it*; 2008, 2; G. FRACCASTORO, in S. BACCARINI, G.CHINÉ, G. PROIETTI (diretto da), *Commentario al codice degli appalti pubblici*, II ed, Milano, 2015.

[90] Cfr. T.V. RUSSO, *Il project financing*, cit., p. 124 ss.

[91] M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove regole della semplificazione amministrativa*, cit.

[92] *Confronto vecchio e nuovo codice appalti: la tabella di raffronto articolo per articolo*, in *biblus.acca.it*, 08/11/2023.

[93] V. SESSA, *Il Partenariato Pubblico Privato*, in *Giustamm.it*, 7, 2016.

[94] Le statistiche ISTAT rivelano che nel 2022 l'87% dei contratti di PPP nazionali sono stati classificati *on-balance* a causa del mancato trasferimento del rischio in capo ai soggetti privati. Cfr. sul punto G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in Urb. App., n. 4, 1° luglio 2024, p. 457.

[95] La Corte dei Conti europea nella relazione n. 09/2018 sui PPP, ha messo in luce che spesso i PPP non sono stati impiegati correttamente dalle amministrazioni degli Stati membri. D'altronde il quadro istituzionale e la normativa dei diversi paesi non sono stati ritenuti adatti ai progetti di PPP sostenuti dall'UE, per cui si sono registrati notevoli ritardi nello svolgimento delle procedure ed errori nella ripartizione dei rischi, al punto che la Corte ha affermato che gli Stati membri non dovrebbero promuovere un ricorso ai PPP fintanto che le problematiche individuate non siano risolte.


ISSN 2036-7821

dilatati, per l'avvio e la conclusione delle fasi operative dei progetti[96].
Il d.lgs. n. 36 del 2023, pertanto, è stato adottato con lo scopo di incentivare e potenziare gli strumenti di collaborazione fra privati e pubblica amministrazione. Il legislatore del 2023, consapevole del fatto che tali istituti contribuiscono al miglioramento dell'attività amministrativa in termini di efficacia e di qualità, è intervenuto con una serie di disposizioni volte a superare le problematiche sin qui emerse, ridefinendo la disciplina del partenariato pubblico-privato.
Analizzando le norme nel dettaglio, è bene partire proprio dall'art. 174 che fornisce la nuova nozione di partenariato pubblico-privato. Il PPP costituisce, come già affermato, *un'operazione economica*[97] caratterizzata da un rapporto di lungo periodo tra l'ente pubblico e l'operatore economico privato. Questo strumento consente di realizzare opere pubbliche senza oneri per la pubblica amministrazione poiché l'operazione di finanziamento ricadente in capo al privato consiste in un'attività economica in grado di assicurare una fonte di utili e consentire il rimborso del prestito tramite i flussi di cassa previsti dalla gestione dell'attività stessa, trattandosi, pertanto, di un'attività capace di autofinanziarsi[98].
Con questa definizione, il legislatore ha inteso evidenziare che le forme di partenariato non vanno più definite in senso negativo, ossia come tutto ciò che non rientra nella categoria dell'appalto, ma in positivo, come modalità di collaborazione tra il privato e l'amministrazione pubblica, caratterizzate da specifici elementi distintivi, delineati nel primo comma dell'articolo 174. Si tratta, in particolare, del rapporto di lunga durata tra soggetto pubblico e *partner* privato, la copertura dei fabbisogni finanziari ricadente in capo al privato, la ripartizione dei compiti tra p.a. e operatore economico, che prevede che quest'ultimo assuma un ruolo centrale nell'attività e infine il trasferimento del rischio operativo in capo al privato.
La norma in oggetto conferma la distinzione tra partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale e di tipo istituzionale.
Il primo include la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità, oltre agli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati, purché conformi ai requisiti indicati nel comma 1 e finalizzati al perseguimento di interessi meritevoli di tutela.
Il PPP di tipo istituzionale invece richiede la creazione di un ente che sia partecipato congiuntamente dalla parte pubblica e quella privata, la cui disciplina si rinviene nel T.U. in materia di società a partecipazioni pubblica[99] e dalle altre norme speciali di settore.

[96] A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017.
[97] Art. 174, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.
[98] Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847.
[99] D.lgs. n. 175, 19 agosto 2016.


ISSN 2036-7821

Le principali novità di interesse che meritano di essere esaminate sono quelle finalizzate a promuovere e incentivare l'istituto.

A tal fine è stato introdotto il primo comma dell'art. 175 in cui è espressamente prescritto che le pubbliche amministrazioni adottino il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. L'ottica è quella di stimolare la presentazione delle proposte da parte dei privati, che potranno conoscere i bisogni dei diversi enti prima ancora di presentare una proposta. Questa novità si concilia perfettamente con l'eliminazione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica, ossia con il sistema della c.d. "gara unica" che prevedeva la pubblicazione di un bando per indire una gara, senza diritto di prelazione per il promotore, avente ad oggetto un progetto di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta di un'ipotesi espunta dal codice poiché risultava di fatto una duplicazione della concessione in cui l'azione del privato era circoscritta entro precisi limiti.

La sua eliminazione ha reso d'altra parte necessario prevedere che in sede di programmazione la pubblica amministrazione, se possibile, indichi quali esigenze possono essere realizzate con le forme partenariali, così da stimolare comunque l'utilizzo dell'istituto ormai relegato ai solo casi di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta.

Di grande novità è la verifica preliminare di convenienza e fattibilità rafforzata[100]. Mentre nel precedente codice la disciplina[101] richiedeva all'amministrazione di svolgere una verifica preliminare in termini di idoneità del progetto ad essere realizzato con lo strumento partenariale in luogo del tradizionale appalto[102], analizzando i diversi rischi dell'operazione, la sua sostenibilità economico-finanziaria ed economico-sociale, ora per determinate operazioni è prevista una valutazione preliminare rafforzata che coinvolge altri soggetti istituzionali. Si fa riferimento a quelle operazioni di maggiore impatto economico (ossia operazioni di interesse statale oppure operazioni di partenariato finanziate con contributi a carico dello stato) per cui se l'ammontare dei lavori o servizi è di importo pari o superiore a 250 milioni di euro si rende necessario un parere preventivo reso dal CIPESS, il quale si pronuncerà sentito prima il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), entro 45 gg dalla richiesta; e per le operazioni il cui ammontare è pari o inferiore a 250 milioni di euro e pari o superiore a 50 milioni di euro si rende necessario un parere preventivo, non vincolante, del DIPE della Presidenza del Consiglio dei Ministri di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale

[100] Art. 175, comma 3, d.lgs. n. 36/2023.

[101] Art. 181, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

[102] Cfr. G. TAGLIANETTI, *Il partenariato pubblico privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014.


ISSN 2036-7821

dello Stato. La finalità consiste nel garantire un'efficiente collaborazione istituzionale nella realizzazione di opere pubbliche con l'obiettivo di coinvolgere e sfruttare tutte le migliori competenze esistenti nell'ordinamento.

La norma poi stabilisce che l'ente concedente, previa consultazione dell'operatore economico, nomini un responsabile unico del progetto di partenariato, selezionato tra soggetti con competenze tecniche adeguate. Questo avrà il compito di coordinare e monitorare l'esecuzione del contratto, sia sotto il profilo tecnico che contabile, assicurando il costante rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni previste.

La disposizione trova giustificazione nella necessità di garantire un monitoraggio specifico, sia qualitativo che quantitativo, su ciascuna fase di esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato, affidato a un soggetto terzo con adeguate competenze tecniche, così da garantire un intervento tempestivo che possa eliminare le eventuali inefficienze riscontrate nell'esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato[103].

Con il comma 7 dell'art. 175, sempre in tema di controllo, è stata prevista l'introduzione di un sistema di monitoraggio rafforzato che vede protagonisti altri soggetti istituzionali, ossia il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) e il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del Ministero dell'economia[104]. Questi esercitano il monitoraggio sulla corretta esecuzione dell'operazione tramite l'accesso al portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato istituito presso la Ragioneria Generale dello Stato. Si tratta di un sistema di controllo accentrato che consente di verificare eventuali situazioni tali da richiedere delle modifiche dei contratti di PPP per riequilibrarne le prestazioni o delle riclassificazioni a *deficit* delle operazioni. L'obiettivo che si persegue con tale disposizione è "di avere, oltre il controllo già svolto dal responsabile unico sul singolo progetto, anche un controllo costante e accentrato su tutte le operazioni di partenariato pubblico-privato, da parte di un organismo già dotato di competenza e formazione specifica in materia"[105].

Infine, con l'obiettivo di fornire un ulteriore strumento a sostegno di un utilizzo più efficiente del partenariato pubblico-privato, considerato che una delle principali criticità riscontrate riguarda l'individuazione di adeguate modalità di finanziamento, il comma ottavo prevede che il Ministero dell'Economia e delle Finanze, tramite il portale dedicato al monitoraggio dei contratti di PPP, pubblichi e aggiorni periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento per il partenariato pubblico-privato più diffusi sul mercato.

---

[103] Relazione illustrativa allo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, predisposto dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, istituita per la formulazione del progetto del Nuovo Codice.

[104] Art. 175, comma 7, D.lgs. n. 36/2023.

[105] Relazione illustrativa allo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, cit.


ISSN 2036-7821

Una significativa innovazione introdotta dall'art. 177, comma 7, riguarda l'eliminazione del limite del quarantanove per cento al contributo pubblico conferito dalla pubblica amministrazione. In passato, tale soglia era determinante per qualificare un'operazione come partenariato pubblico-privato; oggi, invece, la sua rilevanza si limita esclusivamente agli aspetti della contabilità pubblica. Pertanto, il superamento di tale limite impedisce solo la contabilizzazione dell'operazione di PPP al di fuori del bilancio, conformemente a quanto stabilito dalle decisioni Eurostat.

Passando ora alla disciplina della finanza di progetto, le disposizioni di riferimento sono gli artt. 193,194,195 del D.lgs. n. 36/2023 situati all'interno della Parte II relativa ai contratti di concessione, proprio perché il *project* consiste in una modalità di finanziamento delle concessioni.

La procedura ad iniziativa privata prevista nel nuovo d.lgs. n. 36/2023 è stata descritta dal legislatore nell'art. 193 prevedendo che un operatore privato di propria sponte potesse presentare una proposta ad un'amministrazione pubblica, la quale, ritenendo il progetto di pubblico interesse e fattibile dal punto di vista tecnico ed economico, doveva inserire lo stesso in programmazione e alla base della successiva gara.

Nella gara avrebbero partecipato il promotore, ossia l'operatore titolare del progetto selezionato, e gli altri eventuali operatori concorrenti. Al fine di premiare lo sforzo non solo economico del promotore, quest'ultimo in fase di gara beneficiava di un diritto di prelazione sugli altri concorrenti, per cui nell'ipotesi in cui non fosse risultato aggiudicatario della commessa, previo pagamento di un corrispettivo a titolo di rimborso nei confronti dell'aggiudicatario, avrebbe potuto esercitare tale diritto ed ottenere la commessa, purché si si fosse obbligato ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

La norma però oggi è stata interamente sostituita ad opera del Decreto correttivo[106], ma è bene analizzare le criticità che emergono dalla prima formulazione dell'art. 193 anche per cogliere meglio le riflessioni sulla nuova impostazione.

Parlando dell'art 193 del nuovo Codice dei contratti pubblici, nella sua versione originale, sono diverse le novità introdotte rispetto al d.lgs. n. 50/2016 e che meritano di essere prese in considerazione prima di passare ad analizzare gli aspetti critici della disciplina.

Innanzi tutto, è stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché, come appena affermato, è stata ritenuta di fatto una duplicazione della procedura di affidamento in concessione di un lavoro o un servizio, per cui sono stati soppressi i primi 14 commi dell'art. 183 d.lgs. n. 50/2016. È stata inoltre eliminata la precisazione per cui gli operatori possono presentare proposte che sono già previste nella programmazione triennale delle amministrazioni e a fronte di ciò, come già detto,

[106] D.lgs. n. 209/2024.


ISSN 2036-7821

nell'art. 175 è stata inserita la previsione per cui le amministrazioni devono indicare nella programmazione le esigenze idonee ad essere soddisfatte tramite forme di PPP. Inoltre, sono stati eliminati tutti i riferimenti alla nautica di diporto.

È opportuno poi richiamare l'incentivo che viene dato agli investitori istituzionali per presentare proposte di *project financing*. Già per effetto del decreto c.d. Sblocca Cantieri[107] era stato previsto che questi ultimi potessero presentare le proposte di cui al primo periodo anche se privi dei requisiti richiesti dal bando, associandosi o consorziandosi con operatori in possesso di tali requisiti.

Si tratta di soggetti che operano per la gestione di capitali (come fondi pensioni, imprese assicuratrici, fondi di *equity)* e che quindi hanno la possibilità di investire un ingente capitale di rischio in questo settore in aiuto al singolo operatore economico, consentendo la valorizzazione della componente finanziaria e gestionale delle operazioni di *project financing*[108].

Il nuovo articolo 193 introduce importanti novità a riguardo, specificando al primo comma che gli investitori istituzionali hanno due possibilità: la prima consiste nel potersi avvalere, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti per soddisfare, in sede di gara, la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale; la seconda permette di subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione, qualora il concessionario ne sia privo, a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, purché il nominativo del subappaltatore sia comunicato all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

La disciplina mira ad ampliare il numero di potenziali investitori nelle opere pubbliche garantendo allo stesso tempo che i lavori siano eseguiti da soggetti qualificati. Questo sistema assicura maggiore flessibilità nella scelta del contraente e una più ampia collaborazione tra il settore finanziario e le imprese che operano nel settore delle infrastrutture pubbliche, con l'obiettivo di favorire investimenti a lungo termine in questo campo.

Il secondo comma prevede che nella fase di valutazione della fattibilità della proposta le modifiche richieste all'operatore dall'ente concedente possono essere rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dal promotore stesso.

Tra le altre novità, si annovera l'obbligo per gli enti concedenti di concludere la fase di valutazione delle proposte con un provvedimento espresso, a tutela degli operatori economici. La disciplina previgente non prevedeva la conclusione del procedimento con un atto formale, rendendo più ardua la tutela giurisdizionale in assenza di un parametro chiaro, ossia la motivazione del provvedimento, su cui il giudice potesse fondare la valutazione della legittimità dell'azione della pubblica

[107] D.l. n. 32/2019 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55/2019.

[108] A. BOTTO E S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., p. 240.


ISSN 2036-7821

amministrazione. Inoltre, tale previsione, se letta congiuntamente al secondo comma in cui si afferma che l'ente concedente valuta la proposta entro 90 giorni, ha la finalità di stimolare una riduzione dei tempi da parte della P.A. nella conclusione della fase precedente alla gara[109].

Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è posto a base della gara per l'affidamento della concessione e il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV).

Il legislatore ha optato per mantenere il diritto di prelazione già previsto nel precedente Codice, nonostante il Consiglio di Stato nello Schema definitivo di Codice avesse proposto l'introduzione si un sistema premiale. Sul punto si tornerà nei successivi paragrafi.

Una semplificazione rilevante è avvenuta sul piano delle garanzie, prevedendo che le offerte debbano essere corredate dalle garanzie di cui agli artt. 106 e 117 e che con le stesse modalità deve essere prestata garanzia anche a copertura delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi relativi alla gestione dell'opera. È stata rimossa inoltre la cauzione in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, da prestare insieme alla garanzia provvisoria, a titolo di cauzione.

Una volta prese in esame le offerte, l'ente concedente redige una graduatoria. Nella fase di valutazione delle stesse, in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, è previsto che l'ente attribuisca particolare rilievo alla quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica; la disposizione vuole incentivare il progresso e l'innovazione, elementi caratterizzanti il *project financing*.

In virtù del nuovo art. 175 è previsto inoltre che l'ente concedente possa "sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1[…]"[110].

Un'ulteriore novità riguarda l'obbligo per l'aggiudicatario del servizio di costituire una società di scopo qualora l'affidamento superi una determinata soglia comunitaria[111]. Questa previsione nel vecchio Codice era facoltativa e il legislatore, consapevole dell'importanza di proteggere il capitale riservato all'operazione di PPP, ne ha previsto l'obbligatorietà. Più precisamente lo scopo è di preservare il patrimonio destinato all'operazione, evitando che eventuali situazioni debitorie del concessionario si riflettano negativamente sull'esecuzione della prestazione. Infatti,

[109] G. FORTUNATO, *Partenariato pubblico privato e contratti di concessione,* in S. DOTA E A. DI BARI (a cura di) *Le principali novità del nuovo codice dei contratti (decreto legislativo n. 36/2023),* quaderno operativo, 06/2023.

[110] Art. 193, comma 9, d.lgs. n. 36/2023.

[111] Art. 194, D.lgs. n. 36/2023.


ISSN 2036-7821

nel caso di fallimento del promotore la società potrà continuare ad esistere e, al contrario, nel caso del fallimento del progetto, i beni del promotore saranno pienamente tutelati[112].
Quelli ora descritti sono aspetti innovativi della disciplina che hanno in comune la finalità di rendere lo strumento partenariale più appetibile per i diversi investitori, così da incrementarne l'utilizzo, e più funzionale alla qualità delle prestazioni richieste dalla parte pubblica.
L'ottica intorno alla quale si sviluppa la disciplina è quella del raggiungimento del principio di risultato, che è, come afferma il quarto comma dell'art. 1 del Codice, "criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale"[113]. A tal fine, da una parte è stata prevista una semplificazione delle procedure e dall'altra un irrigidimento volto a coinvolgere altri soggetti così da garantire un risultato ottimale sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo.
La nuova impostazione ha sollevato però diverse criticità che meritano di essere segnalate poiché la necessità di garantire il principio del risultato[114] mette a rischio la tutela di altri principi quali la concorrenza, la trasparenza, l'imparzialità, la pubblicità, la non discriminazione e la proporzionalità.

### *4.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023.*

La funzione del diritto di prelazione è di fondamentale importanza perché evita che il promotore veda vanificata l'attività svolta per la presentazione della proposta, ponendolo in una "*posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale*"[115] . Si tratta quindi di un vantaggio economico notevole[116] che permette al promotore di ottenere la commessa anche quando non risulta aggiudicatario o di avere, nel caso in cui la prelazione non sia esercitata, diritto al pagamento a carico dell'aggiudicatario dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno[117]. La funzione è di offrire una seconda *chance* all'operatore economico che si è assunto il rischio e i costi dello sviluppo di un progetto facendosi carico delle diverse fasi in termini di studi tecnici, analisi e

[112] F. MUZZATI, *Il Project Financing: una peculiare forma di collaborazione pubblico-privato*, in *Diritto.it*, 21/02/2022.
[113] M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 77 ss.
[114] In tema di legittimità degli atti e principio di risultato cfr. R. FERRARA, nella *Introduzione al diritto amministrativo*, 2002; F. CINTIOLI, *Il principio di risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; A. POLICE e M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.
[115] Cons. Stato, Ad. Plen. 18 gennaio 2012, n. 1.
[116] Il meccanismo della prelazione è stato oggetto di ampi dibattiti dottrinali e giurisprudenziali ed oggi si ritiene che assuma un ruolo fondamentale in quanto costituisce il perfetto equilibrio tra la necessità di incentivare la massima partecipazione dei privati nelle procedure di *project financing* fin dalla fase della proposta inziale, riconoscendo un vantaggio competitivo al promotore, e la necessità che i principi di concorrenza e parità di trattamento vengano rispettati; sul punto Cons. Stato Sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9210.
[117] Art. 193, comma 8, d.lgs. n. 36/2023.


ISSN 2036-7821

progettazione. Pertanto, per compensare il promotore di questo impegno si attribuisce in capo a quest'ultimo una prelazione (rispetto ai proponenti successivi), in assenza della quale pochi si avventurerebbero nella dispendiosa attività di predisposizione di proposte articolate senza garanzia alcuna di poterle realizzare.

L'istituto della prelazione ha suscitato perplessità in dottrina[118], sollevando dubbi circa la sua compatibilità con il principio della concorrenza. Si teme, infatti, che il principio sia rispettato solo sul piano formale poiché nella sostanza sarebbe compromesso dalla possibilità che, pur in presenza di una pluralità di concorrenti per l'aggiudicazione della concessione, il promotore titolare del diritto di prelazione possa comunque ottenere l'opera, anche qualora non si sia distinto come vincitore sul piano competitivo.

A tal riguardo nello schema del nuovo Codice predisposto dal C.d.S.[119] era stata avanzata la proposta di prevedere un punteggio premiale che al contrario potesse incentivare la concorrenza spingendo le imprese a presentare offerte che potessero superare il punteggio attribuito al promotore e facendo così dipendere l'esito della gara da soli criteri oggettivi. In presenza della prelazione invece, seppur la scelta dell'aggiudicatario dipende dalla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la possibilità ultima di ottenere la commessa è rimessa in capo al promotore che può discrezionalmente decidere se esercitare o meno il vantaggio competitivo attribuitogli.

Inoltre, la circostanza per cui vi è un soggetto detentore della prelazione, spingerebbe gli altri concorrenti ad avanzare offerte competitive dal punto di vista economico piuttosto che qualitativo, costringendo il promotore ad abbandonare l'idea di esercitare tale diritto per l'impossibilità di garantire quelle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Ciò comporterebbe che, in operazioni concepite per promuovere l'innovazione e il progresso, si introducano strategie competitive proprie delle gare d'appalto, orientate esclusivamente all'aggiudicazione e non all'obiettivo più alto di sviluppare progetti realmente utili sotto il profilo sociale.

La questione si complica ulteriormente considerando che, dalla lettura della norma, emergeva che agli enti concedenti veniva attribuita un'ampia discrezionalità nel determinare, in presenza di più proposte, il soggetto da nominare come promotore, e

---

[118] Sulla prelazione, G. FIDONE, *Finanza di progetto; la valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, p. 33 ss.; P. CARRIÈRE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 1999, p. 33; S. PRESILLA, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in Nuova Rassegna, 2004, p. 2108; T.V. RUSSO, P. MARCHETTI, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Esi, Napoli, 2010; G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità*

*di trattamento della c.d. prelazione del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 949; A.M. BALESTRERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urb. e app.*, 2009, p. 525.

[119] Relazione illustrativa allo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, cit.


ISSN 2036-7821

quindi nel determinare il beneficiario del vantaggio competitivo, del diritto di prelazione, nella successiva procedura di gara ad evidenza pubblica.
Vi era, dunque, una discrezionalità sia a valle per il promotore, in capo al quale è rimessa la scelta sull'esercizio o meno il diritto di prelazione, sia a monte per l'amministrazione, che, in assenza di criteri definiti per la valutazione delle varie proposte, poteva liberamente attribuire il suddetto vantaggio competitivo. Mancava, pertanto nella disciplina *ex* art. 193, d.lgs. n. 50/2016, l'indicazione da parte del legislatore sulle modalità e i criteri che l'amministrazione aggiudicatrice deve adottare in sede di scelta nell'attribuzione di un vantaggio economico; infatti, sembrerebbe che la scelta dipendesse solo dalla fattibilità della proposta e dalla rispondenza della stessa a pubblico interesse[120], parametri che non permettono un sindacato intenso da parte del giudice, salvi i casi più eclatanti di eccesso di potere[121].
Questa impostazione presenta diverse criticità poiché rischia di scoraggiare le imprese a presentare delle proposte in *project*, consapevoli del fatto che il primo proponente se viene nominato promotore avrà la possibilità di prevale su tutti gli altri concorrenti alla gara, e ciò in virtù di una scelta a monte dell'ente concedente che è libera da vincoli. È inevitabile che questa situazione di incertezza alimentava la sfiducia nei confronti dell'amministrazione, al punto da dissuadere gli operatori dal partecipare a tali procedure in mancanza di una regolamentazione minima[122].Tale circostanza nasce dal fatto che il Codice fin a quel momento aveva improntato la disciplina concependo la presenza di un solo promotore, ma in virtù delle recenti modifiche, intervenute al fine di incentivare l'utilizzo dello strumento partenariale, e in particolare la pubblicità preventiva delle iniziative di interesse pubblico, si è avvertita la possibilità che più operatori economici si avventurassero contestualmente in simili iniziative rischiando così di competere tra loro per ottenere la designazione di promotore, in relazione alla medesime proposte, senza che vi fossero dei criteri che guidino la P.A. in questa fase di scelta e divengano poi misura

[120] G. NAPOLITANO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm*., 2023, p. 295.
[121] Sul punto, in seguito all'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016, è emerso un dibattito dottrinale che ha distinto la valutazione di fattibilità tecnica dall'approvazione definitiva del progetto. In particolare, è stato affermato che vi sono delle valutazioni tecniche che non richiedono scelte di opportunità ma scelte basate su parametri prestabiliti che risultano quindi sindacabili dal giudice amministrativo. Si tratterebbe di norme che delineano i tratti essenziali del *project financing* come, ad esempio, le norme sul trasferimento del rischio, sulla bancabilità del progetto, sull'approvazione e revisione del PEF e così via. Lo stesso si può affermare nei casi in cui la pubblica amministrazione si sia auto-vincolata delineando dei criteri tecnici sui quali effettua la valutazione di fattibilità (E. PARISI, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata,* in *Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, 2018, fasc. 4). Cfr. in tal senso, M. ALLENA, *Scelta del promotore e sindacato sulla discrezionalità nel project financing*, in *Urb. e App.*, 2009.
[122] A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove auton*., 2016, p. 65 ss.


ISSN 2036-7821

del sindacato giurisdizionale[123].
Questa impostazione poteva avere la conseguenza di disincentivare gli operatori economici a intraprendere un'operazione in finanza di progetto, relativa a bisogni individuati e pubblicizzati dalle amministrazioni, nel il timore di vedere vanificato l'impegno economico sopportato per elaborare la proposta. E ciò avrebbe reso vani gli sforzi del legislatore, che nel 2023 è intervenuto per incentivare il ricorso alla finanza di progetto e non certo per scoraggiarne l'utilizzo.
Per porre rimedio alle rilevate problematicità, il governo ha predisposto con il Decreto correttivo al Codice[124], una nuova disciplina della procedura di affidamento *ex* art. 193 d.lgs. n. 36/2023 proponendo un'integrale sostituzione della norma, con l'obiettivo di garantire maggiore trasparenza e il pieno rispetto del principio di concorrenza in queste operazioni.

### *4.2. Riferimenti normativi.*

Prima di affrontare le novità introdotte con il Decreto correttivo, è opportuno evidenziare i principi che vengono messi in pericolo da questa vicenda.
In materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, i principi di *par condicio* e trasparenza, quali corollari del più ampio principio di concorrenza, rappresentano cardini fondamentali che devono orientare le amministrazioni nel rapportarsi con gli operatori economici in tutte le fasi del rapporto obbligatorio.
Tuttavia, tali principi sembrerebbero compromessi nella procedura di *project financing*, disciplinata dal nuovo art. 193 del Codice, ed infatti si discuteva sulla compatibilità di tale normativa, prima di tutto, con il diritto eurounitario e, conseguentemente, con quello nazionale in tema di concorrenza.
A livello comunitario, oltre alle più ampie previsioni dei Trattati[125], la Direttiva 2014/23/UE in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione menziona più volte questi principi.
Già nei considerando, tra i diversi richiami alla concorrenza, si afferma che *"l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la*

[123] F. CARINGELLA, R. GAROFOLI, G. MONTEDORO, *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*. Giuffrè Editore, Milano, 2006.
[124] D.lgs. n. 209/2024.
[125] È opportuno richiamare le norme del TUE e del TFUE, volte a tutelare il principio di concorrenza, quale principio fondamentale per la garanzia di un mercato interno libero e competitivo: art. 3 TUE, art. 26 TFUE e le altre disposizioni previste nel titolo VII, parte terza, sezioni I e II del capo primo del TFUE.


ISSN 2036-7821

*non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza*"[126].

Con tale disposizione si intende, da un lato, garantire a tutti gli operatori del mercato europeo la possibilità di operare liberamente in ogni Stato membro, in linea con le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europa relative ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE e, dall'altro, assicurare che le procedure alle quali essi partecipano rispettino pienamente i principi enunciati.

A seguire, nel considerando n. 51 si afferma l'eccezionalità delle aggiudicazioni di concessioni senza previa pubblicazione di un bando, limitando le stesse ai casi in cui "oggettivamente vi è un solo operatore economico in grado di eseguire la concessione"[127], in virtù degli effetti negativi sulla concorrenza. In tal senso, un avviso che riporti gli elementi essenziali della gara riveste un ruolo cruciale nel garantire la piena legittimità della procedura concorsuale.

È altresì importante il considerando n. 73, che si riferisce ai criteri di aggiudicazione per la valutazione delle offerte.

La disposizione specifica che i criteri per l'aggiudicazione delle concessioni dovrebbero sempre rispettare alcune norme di carattere generale per garantire la trasparenza e la parità di trattamento tra i vari operatori economici.

In particolare, i criteri dovrebbero essere comunicati in anticipo a tutti i candidati potenziali o a tutti gli offerenti e la formulazione degli stessi non deve essere tale da lasciare all'ente aggiudicatore "una libertà di scelta incondizionata"[128]. Per giunta "essi dovrebbero (...) permettere una concorrenza effettiva e andrebbero accompagnati da requisiti che consentano di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti"[129].

I criteri di aggiudicazione devono essere indicati in ordine decrescente, così "da garantire la parità di trattamento dei potenziali offerenti consentendo loro di conoscere tutti gli elementi di cui tener conto al momento della preparazione delle loro offerte"[130].

Infine, in presenza di circostanze eccezionali, l'amministrazione può trovarsi, a ricevere un'offerta che abbia ad oggetto una soluzione innovativa che non avrebbe potuto essere prevista da un ente aggiudicatore diligente. In questi casi è possibile

[126] 4° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[127] 51° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[128] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[129] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[130] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.


ISSN 2036-7821

modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per prendere in considerazione le nuove offerte, ma si tratta di situazioni eccezionali e l'eventuale modifica deve comunque garantire "la parità di trattamento di tutti gli offerenti attuali o potenziali emettendo un nuovo invito a presentare offerte o, se opportuno, pubblicando un nuovo bando di concessione"[131].

I criteri di valutazione costituiscono, dunque, un elemento imprescindibile nell'attribuzione di un vantaggio economico da parte della pubblica amministrazione. Sul piano nazionale, tale principio trova conferma nell'art. 12 della legge sul procedimento amministrativo[132], in cui si afferma che la concessione di benefici economici da parte delle amministrazioni pubbliche è subordinata alla definizione preventiva di criteri e modalità, che devono essere rispettati e documentati nei relativi provvedimenti. I criteri quindi non solo agevolano l'offerente, permettendogli di formulare un'offerta in linea con le aspettative della pubblica amministrazione, ma risultano soprattutto fondamentali per garantire la parità di trattamento tra i concorrenti. Questi, infatti, avranno piena consapevolezza delle modalità di valutazione adottate dalla pubblica amministrazione, beneficiando al contempo di una più solida tutela giurisdizionale, in quanto il giudice, nel valutare la legittimità della decisione dell'ente, potrà fare riferimento ai parametri sui quali si è basata la decisione dell'amministrazione.

In apertura della Direttiva in materia di concessioni, quindi, vengono evidenziati i principi che devono ispirare la disciplina, principi strumentali alla tutela della concorrenza, poiché mirano a garantire pari condizioni per tutti gli operatori economici e ad assicurare la massima trasparenza nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione, consentendo così il controllo sulla loro legittimità.

A confermare l'importanza dei suddetti principi vi è l'art. 3 della Direttiva in oggetto, intitolato 'Principio di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza', dove si afferma esplicitamente che "le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza e proporzionalità"[133].

Infine, tra le altre norme sul tema è di rilievo l'art. 41 in cui vengono richiamati i criteri di aggiudicazione, che devono essere oggettivi e conformi ai principi di cui all'art. 3. Inoltre, si richiede che tali criteri "assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva"[134].

---

[131] 73° Considerando, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[132] Legge n. 241/1990.

[133] Art. 3, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

[134] Art. 41, Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.


ISSN 2036-7821

Traslando il discorso sul piano nazionale, gli stessi principi trovano la loro principale tutela nella Costituzione. Prima di tutto, la concorrenza è contemplata sul piano della competenza legislativa poiché l'art. 117 Cost. attribuisce allo Stato la competenza esclusiva sulla definizione delle regole per la tutela della concorrenza. Poi l'art. 97 Cost. dispone che l'agire amministrativo sia improntato al buon andamento e all'imparzialità, evidenziando così la necessità che le pubbliche amministrazioni, nel perseguire i propri obiettivi secondo i criteri di efficienza, efficacia ed economicità, mantengano un approccio imparziale e non discriminatorio nei confronti dei diversi utenti, trattando i destinatari delle proprie attività in modo equo e obiettivo.

Il principio di imparzialità si collega al più generale principio di eguaglianza sancito dall'articolo 3 della Costituzione, che stabilisce sia l'uguaglianza formale di tutti i cittadini davanti alla legge, sia l'uguaglianza sostanziale, nel senso che la Repubblica deve garantire la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini.

L'art. 97, quindi, si pone in armonia con l'art. 3, richiamando la necessità di garantire che nell'ambito dell'azione amministrativa sia realizzata concretamente l'uguaglianza dei diversi utenti.

I principi in oggetto sono richiamati poi dallo stesso Codice dei contratti pubblici in particolare negli artt. 1 e 3, D.lgs. n. 36/2023[135].

L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2023, nell'enunciare il principio del risultato, sottolinea la necessità di rispettare i principi di concorrenza e trasparenza, che si affiancano al primo e ne limitano l'attuazione. In particolare, se da un lato le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenuti a perseguire l'obiettivo di affidare i contratti di concessione e garantirne la tempestiva esecuzione, dall'altro tale obiettivo deve essere raggiunto nel rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza, i quali non possono essere derogati in nome del principio del risultato[136].

Il secondo comma del medesimo articolo rafforza questa correlazione, specificando che la concorrenza supporta il perseguimento del principio del risultato. Si chiarisce, infatti, che la concorrenza è funzionale al conseguimento del miglior risultato possibile, sia nell'affidamento che nell'esecuzione del contratto di concessione[137], confermandone l'imprescindibilità.

L'art. 3 del D.lgs. n. 36/2023, intitolato 'Principio dell'accesso al mercato', precisa che

[135] A differenza dei codici precedenti, il nuovo d.lgs. n. 36/2023 introduce, in apertura, un elenco dei principi generali che regolano la materia. Questa innovazione, del tutto inedita, permette di identificare con maggiore chiarezza i criteri e le regole fondamentali da seguire nell'interpretazione e nell'applicazione della normativa sui contratti pubblici. In particolare, l'art. 4 delinea una vera e propria gerarchia, affermando che tutte le disposizioni del codice devono essere interpretate in base ai primi tre principi di cui agli artt. 1, 2 e 3.

[136] Art. 1, comma 1, D.lgs. n. 36/2023.

[137] Art. 2, comma 2 D.lgs. n., 36/2023.


ISSN 2036-7821

lo stesso deve essere garantito dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti nei confronti degli operatori economici, nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di proporzionalità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza con la finalità di garantire la conservazione e l'attuazione di un mercato concorrenziale, affinché vengano assicurate pari opportunità di partecipazione ai diversi operatori economici interessati.

Si può, dunque, affermare che, tanto a livello Comunitario quanto a livello Nazionale, i principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, non discriminazione, proporzionalità e concorrenza siano ampiamente tutelati; di conseguenza sono emersi dubbi sulla formulazione dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023 che sembrava non rispettarli pienamente. Infatti, seppur in questa fase di selezione della proposta iniziale non vigono le regole rigorose di una gara pubblica, gli operatori economici si trovavano a competere di fatto tra loro per collaborare con la pubblica amministrazione senza che alla stessa venissero imposti vincoli procedurali finalizzati alla tutela dei principi suddetti nella fase di scelta della proposta di pubblico interesse con conseguente attribuzione del diritto di prelazione.

È d'uopo sottolineare inoltre che, se è vero che le norme sul tema, sia interne che europee, fanno spesso riferimento al solo principio di concorrenza, la concorsualità viene in rilievo solo come principio riflesso del più ampio principio di imparzialità imposto alle pubbliche amministrazioni, per cui la sua attuazione configura semplicemente una conseguenza fisiologica dell'applicazione degli altri principi[138]. Ne discende pertanto che seppur alla fase di scelta del promotore non si riconosce la piena concorsualità, i principi di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, devono sempre essere rispettati.

Sul punto la giurisprudenza è stata a lungo compatta nel ritenere che la fase preliminare di nomina del promotore non sia una fase caratterizzata da un confronto competitivo vero e proprio e che dunque nessun vincolo possa essere imposto alla pubblica amministrazione che beneficia di ampia discrezionalità quando si accinge a scegliere il promotore valutando la sua proposta alla stregua di un interesse pubblico che giustifica l'inserimento della stessa all'interno della programmazione delle opere pubbliche[139]. Vero è, tuttavia, che l'esito della fase preliminare di scelta del promotore finisce per condizionare sostanzialmente gli esiti sostanziali della successiva fase propriamente concorsuale, che rischia di tradursi in una gara tra proposte in luogo di una gara tra proponenti, atteso che il promotore conserva il diritto di eseguire la soluzione risultata vincitrice.

[138] M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. Amm.*, fasc. 1, 1° giugno 2016, p. 71.

[139] Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4035; 8 febbraio 2011, n. 843.


ISSN 2036-7821

***5. D.lgs. n. 209/2024.***

La disciplina della finanza di progetto ad iniziativa privata disciplinata dall'art, 193, d.lgs. n. 36/2023, non mutuava più di tanto nella sostanza rispetto a quella prevista nel vecchio Codice del 2016, ma ciò che cambiavano erano i presupposti. Infatti, è stata riformata la materia per renderla più attrattiva per gli operatori economici privati e per gli investitori istituzionali e ciò ha richiesto che le procedure di affidamento delle concessioni nella forma della finanza di progetto si prestassero ad essere impiegate da una molteplicità di soggetti che aspirano alla nomina di promotore e alla conseguente attribuzione del diritto di prelazione. È chiaro quindi che, se questi sono i presupposti, la disciplina del Codice 50, elaborata concependo la presenza di un solo proponente (e quindi promotore), non poteva soddisfare le aspettative del legislatore di attirare un ampio numero di operatori interessati al mercato del *project financing*. A dire il vero, tuttavia, neppure la disciplina dell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023, si prestava a tale scopo, ed infatti, come è stato analizzato nel precedente paragrafo, si trattava di una disciplina che rischiava di disincentivare i diversi operatori del mercato a presentare una proposta, consapevoli del fatto che la nomina di promotore potesse essere attribuita in modo pienamente discrezionale dalla p.a. rendendo di fatto la successiva gara una gara fittizia, dove la scelta effettiva di quale soggetto possa ottenere la commessa era rimessa alla fine nelle mani del promotore. Quindi, fino a tempi recenti, vigeva una disciplina che si scontrava con i principi ispiratori della stessa: rendere attrattivo l'istituto senza però prevedere strumenti idonei a realizzare tale scopo.

Recentemente il legislatore, consapevole delle difficoltà derivanti dalla nuova impostazione, ha conferito delega al governo per sostituire e riscrivere l'art. 193 d.lgs. n. 36/2023, tenendo conto della necessità di dover garantire la trasparenza della procedura e il conseguente obiettivo di rendere lo strumento attrattivo per gli operatori economici.

Il testo è stato interamente sostituito dal Decreto correttivo n. 209/2024, prevedendo tra le varie novità la reintroduzione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica e una diversa regolamentazione della procedura ad iniziativa privata volta a rafforzare le tutele dell'evidenza pubblica[140].

In particolare, la nuova disposizione[141] prevede, sin dalla fase antecedente alla formale presentazione di una proposta, obblighi di trasparenza rafforzati in capo all'ente concedente. Infatti, se ai fini dell'elaborazione di una proposta l'operatore economico dovesse presentare all'ente concedente una preliminare manifestazione di interesse accompagnata dalla richiesta di chiarimenti per la predisposizione della

[140] G.F. MAIELLARO, *Verso il Correttivo del Codice dei contratti pubblici: riflessioni e prospettive sulla imminente riforma,* in *appaltiecontratti.it,* 30/12/2024.

[141] Art. 57, d.lgs. n. 209/2024 (Sostituzione dell'articolo 193 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36).


ISSN 2036-7821

stessa e ne venisse riscontrato il pubblico interesse, dovrà essere disposta, a cura dell'ente, la pubblicazione delle informazioni scambiate con l'O.E. nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

La *ratio* è di dare pubblicità a tutte le attività e scambi di informazioni che avvengono tra un ente concedente e l'impresa interessata, sin dalla fase embrionale del rapporto in questione. A tal fine, anche nell'eventualità in cui sia la pubblica amministrazione, ai sensi del comma 16, a sollecitare l'iniziativa dell'operatore privato, è previsto che siano pubblicate sul sito istituzionale dell'ente le eventuali integrazioni documentali, richieste dal singolo operatore, al fine di renderle disponibili a tutti gli interessati.

Segue all'eventuale preliminare manifestazione di interesse, la procedura della "doppia gara" in senso stretto, in cui il legislatore è intervenuto affinché l'amministrazione rispettasse un metodo di scelta del soggetto promotore (beneficiario del diritto di prelazione) maggiormente garantista nei confronti dei proponenti diversi dal primo.

In particolare, la norma oggi distingue tra promotore, ossia colui che propone per primo una proposta di realizzazione in concessione in *project financing* di propria iniziativa, e proponente, cioè chi propone un progetto successivamente alla proposta presentata dal primo e relativa al medesimo intervento. Infatti, ai sensi del quarto comma, "previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del" PPP *ex* art. 175, comma 1, l'ente concedente comunica, tramite la sezione <<Amministrazione trasparente>> del proprio sito istituzionale, l'avvenuta presentazione della proposta e stabilisce un termine, non inferiore a sessanta giorni e proporzionato alla complessità del progetto, entro il quale altri operatori economici, in qualità di proponenti, possono presentare proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3.

La disciplina prevede quindi un'anticipazione parziale della prima proposta nei confronti dei successivi proponenti, garantendo loro la massima trasparenza. Su questa base, i proponenti potranno formulare le proprie proposte, pur senza conoscere nei dettagli i contenuti prima.

Tra le altre novità, in relazione ai soggetti abilitati a presentare proposte, la disposizione estende le prerogative concesse agli investitori istituzionali anche agli operatori economici interessati, concedendo loro la possibilità di associarsi o consorziarsi con altri operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando, di avvalersi anche integralmente delle capacità di altri soggetti o infine di subappaltare anche integralmente le prestazioni oggetto del contratto di concessione[142].

Il quinto comma dispone che, decorso il termine per la presentazione delle ulteriori proposte, l'ente concedente dovrà individuare, in forma comparativa, entro quarantacinque giorni, una o più proposte tra quelle presentate dal promotore e dai

[142] Art. 57, comma 3, d.lgs. 209/2024.


ISSN 2036-7821

proponenti da sottoporre alla procedura di valutazione prevista dal sesto comma. L'individuazione deve avvenire "[…] sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente […]"[143].

Il testo sottolinea l'importanza di garantire una comparazione effettiva in presenza di più proposte, esigenza spesso trascurata in passato. In assenza di una chiara prescrizione normativa sulla necessità di confrontare le proposte, accadeva infatti che le amministrazioni ignorassero del tutto le alternative presentate. Sul punto, questione che sarà ulteriormente approfondita, la giurisprudenza si è dimostrata poco uniforme: talvolta sosteneva l'obbligatorietà di una comparazione approfondita, mentre in altre occasioni riteneva sufficiente un semplice esame preliminare delle proposte, senza la necessità di avviare una vera istruttoria per valutarle.

La norma precisa, inoltre, che nella valutazione delle diverse proposte l'ente concedente dovrà tenere conto dei principi generali di cui al Libro I, Parte I, Titolo I.

All'esito della fase di tale fase, l'ente concedente deve comunicare ai soggetti interessati la proposta o le proposte individuate dandone poi notizia sul proprio sito istituzionale.

È inoltre possibile che al promotore e ai proponenti venga richiesto di apportare, se necessario, modifiche al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario (PEF) e allo schema di convenzione, al fine di consentirne l'approvazione, pena il respingimento delle proposte con provvedimento motivato.

In tale fase, l'ente concedente può decidere di indire una conferenza di servizi preliminare affinché si esprima sul progetto di fattibilità tecnica ed economica per verificare se vi sono le condizioni per ottenere gli atti di assenso necessari nei confronti del progetto definitivo[144].

Si prevede poi che la procedura di valutazione, da effettuare in forma comparativa in presenza di più proposte, si concluda entro sessanta giorni con provvedimento motivato, da pubblicare sul sito istituzionale per darne comunicazione ai soggetti interessati.

Una volta selezionato, il progetto di fattibilità viene eventualmente integrato con i documenti richiesti ai sensi dell'art. 6 dell'Allegato I.7 e, dopo l'approvazione definitiva, deve essere inserito negli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

Infine, per garantire ulteriormente la piena pubblicità della procedura, il comma ottavo della nuova disposizione specifica che quando il progetto di fattibilità tecnica ed economica (o il progetto di cui all'art. 4-bis dell'Allegato I.7) viene posto a base di gara, gli obblighi di trasparenza devono essere assolti nel rispetto dell'art. 35 del

[143] Art. 57, comma 5, d.lgs. 209/2024.
[144] Art. 14, comma 3, L. n. 241/1990.


ISSN 2036-7821

Codice.

La procedura prosegue con la precisazione che il promotore o il proponente può, all'esito della gara, esercitare il diritto di prelazione.

Pertanto, l'istituto della prelazione continua ad esistere e non viene messo in discussione, nonostante i crescenti dubbi, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, circa la sua compatibilità con il diritto europeo, proprio per la sua idoneità a comprimere il principio di concorrenza. Peraltro, la nuova disciplina sembra ormai svuotare di significato e di giustificazione la presenza di tale diritto, diminuendone il senso e la sua funzione originaria; sul punto si tornerà a nei successivi paragrafi.

Per quanto riguarda la reintroduzione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica, la normativa prevede che l'ente concedente possa sollecitare, attraverso un avviso pubblico, i privati a farsi promotori di iniziative finalizzate alla realizzazione di interventi inclusi negli strumenti di programmazione del PPP. In tal caso, agli operatori economici viene concesso un termine minimo di sessanta giorni per la presentazione delle proposte, e la procedura si svolge in conformità con le disposizioni relative alla procedura di finanza di progetto ad iniziativa privata, in particolare con i commi 10, 11, 12 e 13.

Con la riforma dell'articolo 193 si è cercato, pertanto, di procedimentalizzare una fase che antecedentemente era lasciata alla piena discrezionalità della p.a., per dare maggiori garanzie di trasparenza agli operatori economici e ampliare le possibilità per questi ultimi di tutelarsi in sede giurisdizionale[145]. Difatti nella prima formulazione della norma, l'unico termine previsto (tra l'altro non più perentorio, come previsto invece dall'art. 183, d.lgs. n. 50/2016) coincideva con i 90 giorni per la valutazione della proposta presentata da un operatore economico, da effettuare sulla base del pubblico interesse della stessa e della sua fattibilità, senza ulteriori specificazioni relative a questi parametri e senza che venissero prese in considerazione le posizioni degli altri proponenti, di cui si parlava solo in relazione alla successiva fase di gara pubblica intesa in senso stretto.

Con il Decreto correttivo, invece, vengono indicati sia i principi di riferimento che le modalità di valutazione[146] del pubblico interesse e della fattibilità della proposta, ed inoltre vengono stabilite tempistiche per lo svolgimento di una procedura che risulta ora significativamente più complessa e articolata,

In sintesi con il Decreto correttivo sono stati introdotti oneri di pubblicità e trasparenza a favore degli operatori economici in modo tale che questi possano verificare l'*iter* procedimentale che conduce l'ente concedente all'attribuzione del

[145] È evidente che, quanto più un'attività è procedimentalizzata, tanto più il giudice può esercitare il suo sindacato su questa, con giudizio di legittimità, verificando la corrispondenza dell'operato amministrativo alla legge che regola il potere della p.a. sulla materia, senza invece poter entrare nel merito delle scelte discrezionali.

[146] Art. 57, comma 5, d.lgs. 209/2024.


ISSN 2036-7821

diritto di prelazione in capo ad uno dei soggetti proponenti; tuttavia non sempre la trasparenza attira le imprese e gli investitori, ed infatti nel prosieguo della trattazione si vedrà che talvolta la pubblicità esasperata degli atti può avere l'effetto contrario di disincentivare gli operatori economici dal presentare dei progetti che potrebbero rappresentare un'anticipazione dell'idea progettuale a favore degli altri contendenti, con l'effetto di vanificare gli sforzi del primo proponente.
La nuova procedura, infatti, evidenzia, non solo una maggiore trasparenza, ma anche un aggravio sotto il profilo procedurale, con iter più articolati e dilatati nel tempo, rischiando così di compromettere sia l'efficacia del risultato sia l'incentivazione dell'istituto.
Diventa quindi essenziale per il legislatore individuare un equilibrio tra l'esigenza di garantire la massima trasparenza e quella di incentivare l'istituto, evitando eccessivi formalismi e lungaggini tipici di altre procedure concorsuali; due obiettivi non sempre conciliabili e che, se mal ponderati, rischiano di entrare in conflitto.

***5.1. Criticità relative alla procedura di affidamento ex art. 193, D.lgs n. 36/2023, come modificata dal d.lgs. n. 209/2024.***

Il primo tema su cui è d'uopo soffermarsi concerne gli oneri pubblicitari introdotti dal Decreto correttivo. In particolare, il riferimento è diretto al secondo e quarto comma del nuovo art. 193, in cui si prevede la pubblicazione, nella sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale dell'ente, sia delle informazioni e i dati scambiati con l'ente concedente in relazione alla preliminare manifestazione di interesse, sia della proposta presentata ai sensi del terzo comma dal promotore. La pubblicità ha lo scopo di rendere trasparente l'attività dell'amministrazione e di stimolare quindi le imprese a presentare proposte nell'ambito del medesimo intervento, garantendo loro il tempo necessario alla predisposizione delle stesse (minimo sessanta giorni).
Il *punctum dolens* di tale previsione risiede nella circostanza che, se da un lato l'onere pubblicitario ha la finalità di incentivare la partecipazione alle operazioni di P.F., rendendo l'istituto maggiormente conforme ai principi di *par condicio*, trasparenza, concorrenza e cos' via, dall'altro lato rischia di produrre un effetto deterrente nei confronti del primo proponente, ossia il promotore. La sua proposta, infatti, potrebbe essere resa accessibile a tutti gli operatori economici interessati, consentendo loro sia di elaborare una proposta *ex novo*, sia di adattare una proposta preesistente, traendo spunto da quella pubblicata, minimizzando gli sforzi innovativi e diminuendo comunque di gran lunga le *chances* per il primo proponente di ottenere la prelazione.
La conseguenza di tali dinamiche è che il promotore iniziale, potrebbe essere disincentivato a presentare una proposta originale. Questo perché altre imprese avrebbero l'opportunità di affinare le proprie proposte avendo a disposizione la


ISSN 2036-7821

proposta principale, ritenuta di interesse dall'amministrazione pubblica e pertanto pubblicata sul sito istituzionale dell'ente concedente ed eventualmente le indicazioni generali già note contenute nella programmazione ex art. 175, comma 1, d.lgs. n. 36/2023.

Per giunta, agli operatori interessati è concesso un termine ampio per presentare le loro proposte; infatti, il limite di sessanti giorni, indicato dalla norma, corrisponde a un termine minimo che l'amministrazione deve concedere, ben potendo, quest'ultima, dilazionare i tempi discrezionalmente, commisurando il termine alla complessità del progetto.

È possibile quindi che la stessa amministrazione, sia per garantire la massima partecipazione che per avere a disposizione più progetti tra cui scegliere, decida di prolungare i tempi, compatibilmente con l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico, concedendo un periodo più ampio alle imprese interessate per elaborare le proprie proposte successive.

Si determina in questo modo, un vantaggio notevole nei confronti delle successive proponenti,

determinato dalla circostanza che il diritto di prelazione potrebbe essere attribuito a un proponente che ha presentato una proposta con sforzi minori rispetto agli sforzi sostenuti dal primo promotore. Questo meccanismo finirebbe per snaturare il diritto di prelazione che, come noto, ha la funzione di premiare il promotore che sostiene "il rischio ideativo e quello di predisposizione dell'offerta (nel caso di partecipazione alla gara)"[147].

Inoltre, il rischio si rinviene anche quando si tratta di proposte già inserite nella programmazione. In questi casi, infatti, è plausibile che diverse imprese, pur avendo conoscenza delle esigenze pubbliche elencate in programmazione, decidano di non elaborare immediatamente una proposta. Esse potrebbero, infatti, preferire attendere la pubblicazione di una proposta già avanzata, sfruttando il tempo, di sessanta giorni minimo, per sviluppare e perfezionare un progetto proprio, basandosi anche sulle informazioni rese disponibili dalla proposta pubblicata.

La norma, dunque, non specificando il grado di pubblicità richiesto nell'inserimento della proposta nella sezione "Amministrazione Trasparente" del sito istituzionale dell'ente, mette a rischio il livello di partecipazione degli operatori economici alle procedure in oggetto. Dalla disposizione non è chiaro se la p.a. possa limitarsi all'obbligo di segnalare la presentazione di una proposta da parte di un promotore oppure se la pubblicazione debba avere ad oggetto informazioni più dettagliate relative alla proposta iniziale. In particolare, se la proposta consistesse in un'iniziativa privata diretta, sembrerebbe imprescindibile fornire maggiori dettagli, dato che non si tratterebbe di un progetto già incluso nella programmazione.

[147] TAR Lombardia, Milano, Sez. I, Sent. n. 196, 29/01/2024.


ISSN 2036-7821

Di conseguenza, finché la norma non sarà più chiara sul punto è possibile affermare che il timore di vedere vanificati gli sforzi profusi per la predisposizione di una proposta, a causa del tempo e della pubblicità concessi agli altri operatori economici per presentare a loro volta proposte alternative, induce a ritenere più conveniente attendere anziché essere i primi a presentarla. È preferibile, infatti, lasciare che un altro soggetto presenti per primo la propria proposta e, successivamente, sfruttare le eventuali informazioni rese pubbliche ai sensi del secondo comma, nonché il contenuto del progetto pubblicizzato ai sensi del quarto comma, per perfezionare e presentare una proposta già predisposta in via preliminare, sviluppata sulla base delle esigenze individuate in fase di programmazione.

Inoltre, la procedura risulta scoraggiante per il prolungamento notevole dei tempi: oggi è previsto che, prima che il progetto venga posto a base di gara, debbano trascorrere minimo tre mesi e mezzo dalla pubblicazione della prima proposta, mentre nella disciplina precedente tre mesi erano il termine massimo per valutate le proposte. In particolare, sessanta giorni decorrono dal momento in cui si da notizia della presentazione della prima proposta da parte del promotore (previa valutazione del pubblico interesse) e quarantacinque giorni coincidono con il termine entro il quale, una volta pervenute tutte le proposte, l'ente concedente deve individuare la proposta da porre e a base di gara.

Tempo che di fatto risulterà prolungato, sia per il periodo necessario alla valutazione del pubblico interesse della prima proposta, sia perché i sessanti giorni che decorrono dalla pubblicazione di quest'ultima coincidono con un termine minimo che l'amministrazione deve concedere agli offerenti, ben potendo quest'ultima stabilire in relazione all'entità del progetto un termine superiore.

È evidente, quindi, che se la pubblicità in questione fosse limitata a una notizia generica e se il tempo disponibile fosse effettivamente contingentato, la soluzione individuata dal legislatore potrebbe rivelarsi positiva, in quanto non scoraggerebbe eccessivamente il primo proponente.

Ma se, invece, l'obbligo pubblicitario richiesto risultasse, come sembra, più incisivo, e i tempi procedurali non si potessero limitare, emergerebbero criticità legate all'attrattività della procedura per investitori e imprese, con un conseguente pregiudizio per l'efficienza dell'azione amministrativa.

Inoltre, la nuova impostazione dell'art. 193 finisce per incentivare forzatamente la presentazione di ulteriori proposte, anche nei casi in cui la prima risulti già pienamente conforme alle esigenze pubbliche.

Il legislatore, forse erroneamente, ha ritenuto che in tal modo si favorisca la concorrenza tra le imprese. In realtà, un'effettiva dinamica concorrenziale si sviluppa attraverso procedure snelle e accessibili, capaci di attrarre operatori economici e investitori, piuttosto che forzando artificiosamente la partecipazione di un numero


ISSN 2036-7821

elevato di soggetti a una gara[148]. Il meccanismo delineato dalle nuove disposizioni appare tutt'altro che snello e, infatti, è d'uopo sottolineare che con questa nuova impostazione vi è stata quasi una trasposizione della fase di gara in un momento antecedente alla gara vera e propria in cui il promotore può esercitare il diritto di prelazione, a causa degli eccessivi formalismi nella fase para-comparativa. Infatti, la previsione per cui l'ente concedente deve dare notizia sul proprio sito istituzionale dell'avvenuta presentazione di una proposta di *project financing* indicando un termine per le altre imprese interessate a presentare proposte, ricorda nella sostanza la pubblicazione di un avviso o di un bando in cui si invitano gli operatori economici interessati a presentare offerte per l'aggiudicazione di un contratto pubblico.

Questa circostanza risulta di gran lunga disincentivante per gli operatori economici che si avventurano nelle operazioni di finanza di progetto, soprattutto se si tratta di proposte ad iniziativa privata diretta, ossia dei casi in cui l'operatore economico non avanza una proposta già presente in programmazione ma elabora un progetto senza neppure avere la certezza che lo stesso risulti di pubblico interesse per l'ente concedente, ragione per cui dovrebbero invece essere premiati sia il rischio legato alla fase di ideazione sia quello connesso alla preparazione dell'offerta.

La necessità di promuovere l'iniziativa degli operatori privati è confermata dal fatto che, qualora il promotore non si aggiudichi la commessa e non eserciti la prelazione, avrebbe diritto al rimborso, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno; in tal senso si conferma che l'attività di predisposizione della proposta rappresenta un'attività in cui l'operatore economico investe sia in termini di *know-how* che di risorse economiche, motivo per cui risulta necessario prevedere una forma di riconoscimento o tutela per il suo impegno.

Tuttavia, l'avviso che invita altri operatori economici a presentare proposte sulla base della prima, finisce per snaturare il senso del *project financing* ad iniziativa privata, il cui scopo è premiare l'iniziativa dei privati nel fornire alle pubbliche amministrazioni progetti che queste ultime non sarebbero in grado di sviluppare autonomamente; infatti attraverso l'avviso si comunica non solo che un operatore economico si già è attivato in tale direzione, ma anche le modalità con cui lo ha fatto. In questo modo, l'idea del primo proponente viene messa a disposizione di tutti gli altri operatori, finendo per essere sacrificata e non valorizzata come dovrebbe.

Si pone, in tal senso, un problema di tutela degli investimenti effettuati dal promotore, il quale, per sviluppare un progetto da presentare alla pubblica amministrazione, sostiene un impegno non trascurabile e impiega ingenti risorse, senza neppure avere la garanzia di vedersi riconosciuta la prelazione.

---

[148] Cfr., in tal senso, L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto,* in *Giornale di diritto amministrativo,* n. 2, 1° marzo 2024, p.253.


ISSN 2036-7821

La nuova impostazione sembrerebbe prevedere, quindi, una doppia gara, con prevalenza della prima sulla seconda, contrariamente a quanto avvenuto finora. Infatti, oggi la prima fase, in cui si individua il progetto da mettere a gara e si attribuisce il diritto di prelazione, si trasformerebbe in una gara per la selezione dell'operatore che, tra i vari proponenti, sarà incaricato di realizzare il progetto, mentre la seconda fase si ridurrebbe a una mera competizione sul prezzo tra i diversi concorrenti, con la conseguenza di rallentare l'attività delle amministrazioni in virtù di una duplicazione delle procedure.

A ciò si aggiunge il fatto che, sebbene il legislatore sia intervenuto per garantire l'imparzialità delle procedure, la fase di valutazione della fattibilità della proposta non è stata ancora ad alcun criterio predeterminato, essendo rimessa alla discrezione della stazione appaltante l'individuazione dei parametri per valutare la realizzabilità tecnica ed economica del progetto, senza alcuna specificazione del legislatore in merito. Ripercorrendo l'iter normativo, il correttivo nella sua prima versione prevedeva che l'ente concedente valutasse, "anche in forma comparativa", la fattibilità delle proposte ed entro sessanta giorni concludesse la procedura con provvedimento espresso, da pubblicare sul proprio sito istituzionale.

Sul punto il C.d.S. nel suo parere alla prima versione del Decreto correttivo ha sottolineato che l'attività di selezione delle proposte, quando ne ricorrano le condizioni, dovrebbe avvenire in forma "*effettivamente comparativa*"[149], di conseguenza la stazione appaltante dovrebbe analizzare e confrontare le diverse proposte in modo sistematico, utilizzando criteri specifici, oggettivi e predeterminati.

Quindi, per assicurare il pieno rispetto della *par condicio* non era sufficiente la generica formulazione prevista dall'articolo 48, sesto comma[150] della prima versione del Decreto correttivo. La disposizione, infatti, faceva riferimento ad un'eventuale comparazione ("*anche in forma comparativa*") tra le diverse proposte che pervenivano all'ente concedente, ma i giudici di Palazzo Spada hanno sottolineato la necessità che il legislatore imponesse all'ente concedente la predeterminazione di criteri specifici su cui basare il provvedimento conclusivo della procedura. Solo in questo modo si sarebbe reso più agevole per i diversi operatori un'eventuale tutela giurisdizionale, facilitata infatti dalla circostanza che la stazione appaltante si fosse auto-vincolata al rispetto di determinati criteri e a determinate modalità di valutazione rese trasparenti; in tal caso un eventuale discostamento dell'attività dell'ente concedente dalle regole di riferimento avrebbe potuto essere facilmente sindacato dal g.a. sulla base di un semplice giudizio di legittimità

Il testo definitivo del correttivo quindi, in accoglimento delle doglianze dei giudici di

[149] Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 27/11/2024, n. 1463.

[150] Art. 48, comma 6, schema di decreto legislativo recante "disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, N. 36".


ISSN 2036-7821

Palazzo Spada, ha citato genericamente i criteri nella parte in cui afferma che "l'ente concedente, […] individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte […]"[151].

Da questa formulazione, tuttavia, non emerge chiaramente il momento in cui i suddetti criteri debbano essere formulati, né con quali strumenti e neppure quale grado di discrezionalità debba rimanere in capo all'ente concedente nella loro definizione.

Sembrerebbe, dal dettato normativo, che l'ente concedente debba prevedere di caso in caso i criteri per individuare il soggetto che otterrà la prelazione, ma tale sistema mal si attaglia alle ipotesi di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta, poiché come si vedrà nel paragrafo dedicato alle varie ipotesi risolutive, è contrario ad ogni logica e ad ogni principio stabilire criteri di valutazione se non si conosce l'oggetto da valutare. Infatti, l'ente concedente non avendo inserito tali proposte nella programmazione, non sarà in grado di conoscere gli eventuali progetti che gli operatori economici presenteranno e quindi sarà impossibilitato a determinare i criteri di selezione degli stessi.

Di contro, se l'ente concedente individuasse tali criteri una volta pervenute le proposte, si determinerebbe una violazione del principio di predeterminazione dei criteri. Infatti, esaminando proposte non previse negli strumenti di programmazione, presentate, quindi, spontaneamente dagli operatori, l'ente si troverebbe a formulare i criteri sulla base delle stesse, finendo per influenzare l'esito finale della gara, in violazione al principio della predeterminazione dei criteri, figlio del più ampio principio di trasparenza[152].

D'altronde, è importante sottolineare che, come sarà esaminato più avanti, la giurisprudenza amministrativa sul punto ha sempre sostenuto la necessaria discrezionalità di cui devono godere gli enti concedenti, affermando che questa fase è finalizzata alla selezione di proposte che, prima di tutto, devono rispondere agli interessi pubblici[153]. Pertanto, in base alla giurisprudenza predominante, l'obiettivo principale delle pubbliche amministrazioni dovrebbe essere, e rimanere, il perseguimento dell'interesse pubblico, che prescinderebbe in questa sede dalla formulazione di criteri, soprattutto qualora l'oggetto della valutazione non sia determinabile in un momento antecedente[154]. Su questo punto si tornerà sia nell'analisi della giurisprudenza amministrativa che nel paragrafo in cui si esplorano possibili soluzioni alternative a quelle introdotte dal legislatore.

---

[151] Art. 57, comma 5, d.lgs. n. 209/2024.
[152] Art. 12, L. n. 241/1990; art. 83, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.
[153] G. BARONE, *Discrezionalità (Diritto amministrativo),* in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p.3.
[154] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.


ISSN 2036-7821

Infine, è d'uopo sottolineare che la norma, nel lasciare ampia discrezionalità in capo alla stazione appaltante, nella sua prima versione non aveva neppure richiesto che il provvedimento conclusivo della procedura para-comparativa fosse adeguatamente motivato, prescrivendo la conclusione della fase con un "provvedimento espresso". Oggi, quanto meno, il testo del Decreto correttivo, nella sua ultima versione, impone all'ente concedente di adottare un provvedimento motivato, per rendere note, in modo chiaro, le ragioni di fatto e di diritto delle proprie determinazioni in ordine alla scelta di un operatore privato in luogo di un altro. In questo modo si evitano ripercussioni negative per il proponente non selezionato, che altrimenti potrebbe incontrare difficoltà in sede giudiziale, poiché l'unico strumento per monitorare l'esercizio della discrezionalità amministrativa consiste nel richiedere alla pubblica amministrazione di motivare in modo congruo le proprie scelte, così da poterne verificare la coerenza e la razionalità da parte del g.a. Quanto maggiore è il grado di discrezionalità riconosciuto alla pubblica amministrazione, tanto più dettagliata deve essere la motivazione delle sue decisioni[155].

In sintesi, con il Decreto correttivo si è rimediato al rischio che questa procedura, come delineata nella prima versione dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023 potesse essere oggetto di censura a livello comunitario, procedimentalizzando in modo più dettagliato le operazioni di *project financing*, imponendo tempistiche più ampie e oneri pubblicitari tipici della gara pubblica tradizionale.

Se è vero che in passato il legislatore non forniva alcuna indicazione sulle modalità per selezionare il promotore, lasciando, anche per giurisprudenza consolidata, piena discrezionalità alla pubblica amministrazione, è altrettanto vero che ora tali indicazioni sono state fornite (determinanti in tal senso sono gli oneri pubblicitari), ma in modo talmente rigido da trasformare la fase para-comparativa in un vero e proprio modulo concorrenziale.

Il legislatore, ha previsto un meccanismo alquanto farraginoso che non solo disincentiva le proposte, ma le rende anche meno spontanee, in un cero senso sterilizzando la fantasia innovativa degli operatori privati: l'amministrazione non si limita più ad accogliere proposte, ma le ricerca attivamente, esasperando il principio di concorrenza che, nella disciplina precedente, era invece messo a rischio.

Dall'impostazione attuale ne deriva il legittimo dubbio se, in una disciplina impostata in questo modo, abbia ancora senso mantenere il diritto di prelazione. Di fronte a una nuova regolamentazione che di fatto istituisce una gara per ottenere il beneficio della prelazione, quanto rimane incentivante tale diritto per la presentazione di proposte in *project financing*, considerando, inoltre, che i trattamenti preferenziali riservati ai proponenti dei progetti stimolerebbero le imprese a investire risorse e competenze nello sviluppo di proposte, migliorando così notevolmente

[155] M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo,* cit. p. 171.


ISSN 2036-7821

l'efficienza dell'amministrazione?[156]
La risposta potrà emergere solo nel tempo, attraverso l'applicazione pratica dell'istituto.
Nel frattempo, si può affermare che, nonostante gli sforzi del legislatore, la disciplina continua ad avere delle lacune, dovute alla difficoltà del bilanciamento tra diverse esigenze: il rispetto del principio di concorrenza, messo in dubbio dalla disciplina della prelazione, la necessità di incentivare la proposizione di proposte da parte delle imprese, le esigenze di pubblicità e trasparenza e il rischio di scoraggiare gli operatori economici per gli eccessivi formalismi.
Sul tema della prelazione è interessante poi esaminare come, negli ultimi anni, si siano pronunciati i giudici sia nazionali che comunitari. In alcune occasioni, questi hanno ritenuto opportuna la scelta del legislatore di preservare un'ampia discrezionalità in capo agli enti concedenti, mentre in altre hanno manifestato preoccupazione per i rischi che tale approccio potrebbe comportare in termini di tutela degli operatori economici.

***6. Dialogo tra Corti.***

La procedura "para-comparativa" che precede la gara nell'ambito della procedura di finanza di progetto è stata oggetto di numerosi interventi da parte della giurisprudenza amministrativa.
In diverse occasioni, le Corti hanno ribadito che l'amministrazione, in tale fase, gode del massimo grado di discrezionalità. Ciò si deve al fatto che l'ente concedente è chiamato non solo a svolgere una valutazione tecnica riguardante la fattibilità della proposta, ma anche una valutazione di natura politica, finalizzata a verificare la corrispondenza della proposta all'interesse pubblico, valutazione che richiede quindi un autonomo apprezzamento da parte dell'amministrazione.
In particolare, l'amministrazione deve accertare se la proposta in esame rappresenti la modalità più efficace per perseguire l'interesse pubblico e tale valutazione è caratterizzata da un alto tasso di discrezionalità, rispetto alla quale il sindacato del giudice amministrativo trova ingresso solo difronte a sintomi macroscopici di eccesso di potere[157].Si è così affermato che siccome la fase preliminare di scelta del promotore "*non è soggetta […] alle regole rigorose di una vera e propria gara, ma, al contrario è caratterizzata da maggiore elasticità e libertà da formalismi, ne consegue che l'amministrazione esercita in tale fase 'un alto grado' ovvero il 'massimo margine' di discrezionalità se non, addirittura, 'una valutazione di merito' ed una scelta eminentemente*

[156] V. E. IOSSA, *Le iniziative private*, in Full Report - *Armonizzazione delle procedure negli investimenti in infrastrutture sostenibili,* PIARC, 2021, in *piarc-italia.it*.
[157] *Ex multis*, TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 28 febbraio 2018, n. 328.


ISSN 2036-7821

*politica*"[158]. Dunque è pacifico, per parte dei giudici amministrativi, che una scelta di questo tipo non possa essere ricondotta entro rigidi schemi procedurali poiché, in questa fase, *"ciò che rileva è esclusivamente l'interesse dell' Amministrazione ad includere le opere e i servizi proposti dal privato negli strumenti di programmazione, all'uopo nominando "promotore" il soggetto imprenditoriale il cui progetto sia risultato maggiormente aderente ai desiderata e agli interessi dell'Ente: nella prima fase, pertanto, gli interessi privati rimangono, per così dire, sullo sfondo, non essendosi ancora entrati nella fase della procedura pubblica di selezione finalizzata a consentire alle imprese interessate il conseguimento del sostanziale bene della vita, costituito dalla aggiudicazione di una pubblica commessa*"[159].

In virtù del fatto che gli interessi del privato rimangono sullo sfondo, la giurisprudenza è conforme nel ritenere che la pubblica amministrazione non abbia alcun obbligo di dare corso alla successiva procedura di gara una volta nominato il promotore, ed anzi si ritiene che in capo a quest'ultimo, a seguito della dichiarazione di fattibilità e pubblico interesse, non si maturi alcun diritto, ma semplicemente una mera aspettativa, condizionata alle successive valutazioni della p.a.[160]

Per i giudici è chiaro quindi che il privato che svolge attività prodromiche alla presentazione di una proposta si assume il rischio che tale proposta non venga scelta o che, anche se scelta, non dia luogo all'apertura della successiva fase concorsuale vera e propria.

Rischio che potrebbe essere mitigato dalla previsione di parametri su cui l'amministrazione debba basare la propria scelta o comunque da un obbligo motivazionale *ex post* in capo a quest'ultima, così da rendere note al privato le ragioni della mancata scelta, ovvero di una scelta alternativa[161].

La giurisprudenza, tuttavia, è rimasta a lungo ferma nel ritenere che l'operatore che si avventura in attività di *project financing* non meriti particolari tutele dinanzi alla mancata nomina di promotore in quanto "*la fase preliminare di individuazione del promotore,* […], *ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 10 febbraio 2020, n. 1005)*[162].

Considerazioni queste che ben si attagliavano ad un sistema abituato a considerare

[158] TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 23 aprile 2008, n. 1552.

[159] TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 28 marzo 2019, n. 279.

[160] Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820.

[161] D'altronde è pacifico che ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato, salvo che si tratti di un atto normativo o a contenuto generale (art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241); ed infatti, grazie alle novità introdotte dal decreto correttivo, oggi è previsto che la procedura si concluda, anche in caso di esito negativo, con un provvedimento motivato.

[162] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.


ISSN 2036-7821

l'ipotesi di una singola proposta in relazione ad una specifica iniziativa e che tutelano al massimo livello la libera determinazione dell'amministrazione circa l'effettiva volontà di darvi corso o meno, senza che l'impegno profuso dal privato potesse minimamente incidere sulle valutazioni relative al perseguimento dell'interesse pubblico, lasciato al libero apprezzamento dell'amministrazione, nemmeno mediante il condizionamento che potrebbe derivare dall'obbligo di motivazione.

Nel quadro delineato dal nuovo Codice, tuttavia, lo scenario più plausibile è altro, atteso che le disposizioni con finalità incentivanti dell'istituto, tra cui ad esempio l'obbligo di pubblicità preventiva in ordine ai fabbisogni da soddisfare mediante finanza di progetto, avranno come conseguenza naturale la concomitante presentazione di più proposte in relazione alla medesima iniziativa; evenienza questa sino ad oggi relegata alla mera casualità che due o più imprenditori maturassero la stessa idea e per di più all'interno del medesimo arco temporale.

Va da se che, in presenza del diritto di prelazione che si accompagna alla nomina a promotore (riservata al proponente la soluzione prescelta), la successiva fase di gara non è in grado di assicurare realmente la concorrenza; o quanto meno assicura gli effetti benefici della concorrenza se riguardata con la lente della parte pubblica, che beneficia di più proposte economiche da comparare e scegliere, ma non con quella del privato, le cui *chances* di aggiudicazione della concessione restano *ab initio* frustrate dal possibile esercizio dell'opzione riservata al promotore.

In questo modo, l'eccessiva discrezionalità rischiava di disincentivare eventuali spinte dei privati a presentare proposte, comportando il venir meno di quel senso di collaborazione che è proprio del *project financing* poiché il privato rimaneva in balia di una scelta assolutamente discrezionale, unilaterale e insindacabile della p.a., che finiva per condizionare il risultato atteso dallo sforzo profuso in termini di costi e idee.

Peraltro all'amministrazione, nella prima versione del Codice, non veniva nemmeno imposto un vero e proprio dialogo con i diversi operatori economici affermandosi che "*sull'amministrazione incombe l'onere di procedere ad una valutazione comparativa delle proposte […] riservando a ciascuna di esse pari considerazione, ma non anche di attivare il contraddittorio procedimentale- previsto dall'art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50/2016* (poi art. 193 d.lgs. n. 36/2023 n.d.r.*)- ogni qualvolta pervenga una proposta di progetto ovvero per il solo fatto di aver attivato il dialogo nei confronti di un determinato proponente*"[163].

Dunque, si riteneva che seppur formalmente fosse necessaria una comparazione, sostanzialmente era sufficiente una valutazione "*condotta in termini […] globali e sintetici*"[164].

[163] TAR Campania, Sez. I, 10 maggio 2022, n. 3179.
[164] Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.


ISSN 2036-7821

Sul tema è stata più di una volta chiamata a pronunciarsi la Corte di Giustizia dell'Unione europea.

La prima volta, nel 2004, la Commissione europea ha proposto ricorso alla Corte di Giustizia, per censurare la normativa italiana in materia di *project financing*; ritenendo che gli artt. 37 bis, 37 ter e 37 quater della legge n. 109/1994, nel disciplinare il diritto di prelazione in capo al promotore, non fossero rispettosi del principio di parità di trattamento poiché conferirebbero al promotore il vantaggio di modificare la propria proposta anche in una fase successiva alla gara al fine di adeguarla a quella aggiudicata. Nel 2008 la Corte, in risposta alle suddette censure, ha dichiarato irricevibile il ricorso, affermando che le censure sollevate dalla Commissione non indicavano quali "direttive e/o disposizioni del Trattato la Repubblica italiana avrebbe precisamente violato commettendo asseritamente una violazione del principio di parità di trattamento"[165]. Di conseguenza, il legislatore italiano, dopo aver cercato di adeguarsi ai rilievi della Commissione europea sollevati nell'ambito di una procedura d'infrazione attivata nel 2002, ha reintrodotto nel 2008 il diritto di prelazione. Questo diritto era stato inizialmente modificato e successivamente rimosso nel 2007 con il secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici allora vigente[166].

La Corte di Giustizia UE è stata chiamata a pronunciarsi, nuovamente, in virtù di due diversi rinvii pregiudiziali del Consiglio di Stato.

Una prima volta il Consiglio di Stato[167]ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale nei seguenti termini: "*se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo*".

Nell'ordinanza il Consiglio di Stato si è pronunciato incentrando il *decisum* sulla procedura di finanza di progetto e ha voluto escludere che la fase di scelta del promotore potesse consistere in un confronto concorrenziale sottoposto ai principi delle gare pubbliche, affermando che si tratta di uno "*strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da*

[165] Corte di Giustizia UE, Sez. II, 21 febbraio 2008, nella causa C-412/04.

[166] Il legislatore ha apportato una prima modifica all'istituto della prelazione, con la legge n. 62 del 18/04/2005, disponendo che fossero delineati dei criteri, all'interno dell'avviso di sollecitazione, per valutare comparativamente le diverse proposte e che fosse preannunciata la facoltà, rimessa in capo al promotore, di esercitare un diritto di prelazione. In un secondo momento è stata prevista la pubblicazione di tali criteri e dell'esistenza del diritto di prelazione negli atti programmatori della p.a. ad opera del d.lgs. n. 163/2006; ed infine nel 2007, con il d.lgs. n. 113 il diritto di prelazione è stato rimosso.

[167] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.


ISSN 2036-7821

*realizzare;[…]"*[168] e che ciò è confermato dal fatto che l'amministrazione, come già affermato, non ha l'obbligo di indire la gara una volta nominato il promotore[169].
La Corte di Giustizia non si è però pronunciata nel merito dell'opinione del Consiglio di Stato, dichiarando la manifesta irricevibilità della questione pregiudiziale[170].
Ciononostante, la stessa V sezione del C.d.S. ha ritenuto successivamente[171] di dover richiamare, al fine di avallare la propria interpretazione, la pronuncia della Corte europea nella parte in cui si afferma che la prima fase della procedura di finanza di progetto "*non è «un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica […]".* A dire il vero sembrerebbe che quanto citato dalla Corte europea avesse il solo fine di mettere in luce un'incongruenza nella formulazione del rinvio pregiudiziale da parte del collegio nazionale.
Da questa esperienza giurisprudenziale è possibile concludere che vi sia una certa chiusura delle corti nazionali ad ammettere soluzioni diverse. Il C.d.S in quell'occasione ha infatti voluto trovare conferma alle proprie tesi da parte degli organi europei e nonostante la conferma non fosse arrivata, ha ritenuto di estrapolarla in modo forzoso con richiami inesatti.
La questione è stata recentemente riaperta, in virtù di un nuovo rinvio pregiudiziale disposto sempre dalla V sezione del C.d.S.[172] nei confronti della Corte di Giustizia dell'Unione europea.
Questa volta il Collegio si è interrogato direttamente sull'istituto della prelazione in sé, dubitando della sua compatibilità con il dritto eurounitario, come d'altronde era già avvenuto in passato.
Il quesito specifico posto alla Corte europea è *"se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 TFUE, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. 50/2016"* (oggi: art. 193, d.lgs. n. 36/2023).
In realtà ne la Direttiva n. 2014/23/UE ne le norme dei Trattati fanno espresso riferimento alla prelazione, ma neppure la vietano.
Tuttavia, il Collegio rileva che nonostante tale diritto coincida con la piena attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118 Cost. promuovendo l'iniziativa

[168] Cons. Stato, Sez. V, 4 giugno 2023 ordinanza n. 5615.
[169] Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2018, n. 6633.
[170] La domanda è stata ritenuta irricevibile poiché il giudice nazionale ha rappresentato in maniera succinta i fatti e ha fornito in modo lacunoso il quadro normativo di riferimento, non spiegando inoltre la rilevanza dei principi del diritto dell'Unione europea per la causa e non collegando tali principi alla normativa nazionale applicabile. Inoltre, non sono stati forniti elementi sufficienti per valutare se la concessione, oggetto della controversia rientrasse nelle Direttive 2014/23/UE o 2006/123/CE.
[171] Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.
[172] Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2024, ordinanza n. 9449.


ISSN 2036-7821

del privato nei confronti dell'attività pubblica, produce, d'altra parte, possibili effetti anticoncorrenziali nella gara che si svolge a valle della procedura di finanza di progetto.

Tra questi: garantisce l'aggiudicazione del promotore anche se non ha presentato l'offerta migliore, di conseguenza non premia l'offerta preferibile per l'ente concedente, ma premia il solo sforzo profuso del privato che ha elaborato per primo una proposta. In aggiunta la disciplina della prelazione non richiede che la proposta abbia un carattere innovativo, né come qualità intrinseca dell'oggetto della proposta né in relazione alla novità dello stesso rispetto all'attività precedentemente svolta dall'amministrazione.

Il collegio sottolinea inoltre che la disciplina non presuppone una trasparenza iniziale riguardo alla posizione di privilegio riservata al promotore. Infatti, il diritto di prelazione viene reso noto solo successivamente, con l'avvio della gara tramite una specificazione nel bando, sebbene esso sorga in un momento precedente a tale comunicazione.

Infine, il collegio osserva, come già sottolineato più volte nella presente trattazione, che la disciplina (come delineata nel Codice precedente e nella prima versione del nuovo[173]) manca di garanzie e moduli procedimentali nel caso in cui più promotori presentino una proposta, non essendo prevista alcuna regola che stabilisca le modalità di scelta del soggetto cui verrà riconosciuto il beneficio della prelazione.

Ne consegue che anche in seno alla giurisprudenza sono emersi timori in relazione a tale impostazione. Un'analisi più approfondita delle decisioni giurisprudenziali rivela, infatti, che si registra un'apertura nel riconoscere che, nella fase preliminare del *project*, gli operatori economici vengano di fatto sottoposti a un confronto implicito tra loro. Ne deriva, pertanto, l'esigenza di attribuire a tale fase maggiori garanzie, e quindi la necessità di avanzare delle ipotesi di soluzioni idonee a cercare un equilibrio tra l'assenza di una disciplina normativa specifica[174] e l'espletamento di una gara, che risulterebbe sproporzionato rispetto allo scopo e costituirebbe un appesantimento della procedura che già ne prevede una in una fase successiva.

Tra le pronunce che mostrano un'apertura in tal senso, vi è la sentenza del 13 febbraio del 2024 con cui il Consiglio di Stato, Sez. V[175], sostiene e dà per scontato che una comparazione, qualora pervengano più proposte in *project financing* all'ente concedente, debba comunque essere svolta, pur ritenendo che debba avvenire in forma succinta.

Dunque, la giurisprudenza non esclude del tutto una fase comparativa, anzi la

[173] Rispettivamente: art. 183, d.lgs. n. 50/2016 e art. 193, d.lgs. n. 36/2023.
[174] Come previsto nella prima impostazione dell'art. 193 d.lgs. n. 36/2023.
[175] Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 2024, n. 1443.


ISSN 2036-7821

qualifica come un onere che ricade in capo alla pubblica amministrazione[176]. Di conseguenza in questa fase, poiché è necessario procedere a una valutazione delle diverse proposte per verificarne la corrispondenza a interesse pubblico, diventa importante rispettare alcuni principi fondamentali[177], pur se l'ampiezza del parametro assunto resta naturalmente refrattaria all'esercizio di una piena tutela giudiziaria[178].

Sul punto è la stessa Sezione del Consiglio di Stato che, con diversa pronuncia, richiede il rispetto di determinati principi nella fase di nomina del promotore, sebbene escluda si tratti di un modulo di confronto concorrenziale[179]. E infatti nella sentenza si legge che "*anche nella fase preliminare di individuazione del promotore, proprio perché connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, e comunque procedimentalizzata, s'impone l'applicazione dei principi generali dell'attività amministrativa, in primis di pubblicità e di trasparenza, nonché di non discriminazione e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici interessati, in quanto funzionale alla migliore cura dell'interesse pubblico […]*"[180].

Dunque, con quest'ultima pronuncia il Consiglio di Stato da una parte esclude la necessità che si adottino gli specifici principi dell'evidenza pubblica, pena la duplicazione di una gara, dall'altra però invita le amministrazioni a rispettare i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, con la finalità di ampliare il più possibile "*il novero delle proposte tra le quali esercitare la scelta del project financing […]*". Ciò implica la necessità di garantire la massima attuazione dei suddetti principi, che non possono soccombere dinanzi al risultato amministrativo[181]senza, d'altra parte, esasperarli al punto da generare effetti disincentivanti, come già accennato.

A tal fine risulta di particolare importanza il parere del Consiglio di Stato sulla prima bozza soggetta a bollinatura del Decreto correttivo al d.lgs. n. 36/2023. Proprio in merito all'individuazione selettiva della proposta, è stato affermato che questa debba, quando ne ricorrano le condizioni, avvenire in forma "*effettivamente comparativa e con modalità oggettive e trasparenti, sulla base di criteri predeterminati e con*

[176] TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 maggio 2022, n. 3179.

[177] L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, richiamando la propria giurisprudenza, afferma nella sentenza n. 1 del gennaio 2012 che "*La presenza di aspetti di stretta discrezionalità amministrativa non elide la necessità di rispettare alcune essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando la valutazione delle proposte si svolga in un contesto comparativo* […]".

[178] E. PARISI, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata,* in *Diritto Processuale Amministrativo*, Giuffrè, 2018, fasc. 4.

[179] Si segnala un orientamento contrario, Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, secondo cui "*è ius receptum che la procedura di scelta del promotore, pur dovendo articolarsi come confronto concorrenziale tra più proposte, non è soggetta, in linea generale, alle regole rigorose di una vera e propria gara, essendo al contrario caratterizzata da maggiore elasticità e libertà dai formalismi*".

[180] Cons. Stato, V, 18 gennaio 2024, n. 257.

[181] Cfr. A. POLICE e M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, cit.


ISSN 2036-7821

*formale esito provvedimentale costitutivo, suscettibile di impugnazione in sede giurisdizionale da parte degli operatori controinteressati".*

Questo tema, tuttavia, non trova risposta adeguata nelle modifiche introdotte dal legislatore, con il Decreto Correttivo al vigente Codice, mettendo la prima proposta al servizio di tutti, rendendo la procedura macchinosa, prolungando i tempi e, infine, non fornendo nemmeno indicazioni chiare sui tanto discussi criteri predeterminati.

In materia, infine, non mancano naturalmente le pronunce della Corte di Giustizia che riconoscono la portata generale dei principi che governano le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Tali principi, infatti, devono essere rispettati in ogni circostanza, anche qualora l'aggiudicazione dell'appalto non rientri, per valore, nell'ambito di applicazione della Direttiva in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La Corte, in tal modo, ribadisce l'obbligo di conformarsi alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, con particolare riferimento ai principi della parità di trattamento, non discriminazione e all'obbligo di trasparenza[182].

La normativa nazionale per come è stata impostata nella prima versione del d.lgs. n. 36/2023 non sembrava indirizzare gli enti pubblici in tal senso.

D'altronde è la stessa Corte di Giustizia dell'Unione europea ad aver affermato che se, da un lato, anche in assenza di una procedura di gara, per gli affidamenti vige un obbligo di trasparenza finalizzato a garantire la massima pubblicità, la concorrenza e il controllo sull'imparzialità della procedura[183], dall'altro lato gli Stati membri hanno un potere discrezionale nel prevedere le modalità con cui deve essere garantito il rispetto dell'obbligo di trasparenza, richiesto in tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici[184].

Se però il legislatore nazionale è libero di adottare le modalità che ritiene più opportune al fine di garantire il rispetto dei principi comunitari, questa discrezionalità non può tuttavia sfociare nella totale assenza di disciplina che ha caratterizzato sino a poco fa il nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il Decreto correttivo si colloca in questo contesto, introducendo le prime aperture verso un miglioramento della disciplina vigente. In particolare, per la prima volta vengono esplicitamente previsti degli oneri pubblicitari, finalizzati a garantire un livello minimo di trasparenza nell'espletamento delle procedure. Tuttavia, come è stato osservato, tali previsioni non risultano pienamente adeguate.

Sarà a questo punto dirimente l'intervento della Corte Europea in risposta all'ultimo rinvio disposto dal C.d.S.[185], che se dovesse stabilire che l'istituto della prelazione sia

[182] Corte di Giustizia Europea, Sez. IV, 14/07/2022, n. 436/20.
[183] Sent. 13/11/2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 25 e la giurisprudenza ivi citata.
[184] Sent. 27.11.2019, C-402/18, EU:C:2019:1023.
[185] Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2024, ordinanza n. 9449.


ISSN 2036-7821

contrario al diritto comunitario, renderebbe superflue le criticità sollevate in questa sede in merito alla disciplina della prima fase della finanza di progetto. In tale ipotesi, si renderebbe necessario ripensare *ex novo* le modalità più idonee per l'affidamento della concessione attraverso lo strumento del *project financing*, eliminando il privilegio rappresentato dalla prelazione.
Diversamente, qualora la Corte decidesse di confermare la validità della prelazione, ritenendola di fondamentale importanza per incentivare la concorrenza e favorire lo sviluppo del mercato dei contratti pubblici, si imporrebbe comunque l'introduzione di garanzie adeguate a evitare di scoraggiare i successivi proponenti, evitando al contempo di introdurre oneri pubblicitari eccessivi o procedure troppo rigide che potrebbero avere l'effetto contrario e scoraggiare la presentazione della proposta iniziale.
In assenza di sufficienti garanzie per i proponenti successivi, questi ultimi potrebbero infatti essere dissuasi dal presentare proposte per timore che l'aggiudicazione venga inevitabilmente rimessa al beneficiario della prelazione; e d'altra parte, un'eccessiva attenzione verso i proponenti successivi, come avviene con la nuova disciplina introdotta dal Decreto correttivo, potrebbe disincentivare il primo proponente. Quest'ultimo, infatti, sapendo che la sua proposta sarà immediatamente anticipata e fungerà pressoché da avviso pubblico per altre proposte, e considerando anche le lungaggini della procedura e gli oneri economici significativi, potrebbe essere riluttante a compiere il primo passo.
Pertanto, si dovrebbero prevedere strumenti di tutela adeguati sin dalla fase antecedente all'attribuzione del diritto di prelazione, al fine di garantire un effettivo equilibrio tra il privilegio accordato e la parità di accesso al procedimento, senza però snaturare la *ratio* del *project financing*, ossia premiare l'iniziativa privata senza compromettere la spontaneità e la competitività della prima proposta, con il renderla immediatamente accessibile a tutti i soggetti interessati. Inoltre, è fondamentale evitare di trasformare una procedura, originariamente snella e attrattiva per gli investimenti rapidi, in un meccanismo eccessivamente complesso e macchinoso.

### *7. Proposte de jure condendo.*

La procedura di affidamento delineata dall'art. 193 del d.lgs. n. 36/2023 non garantiva una tutela adeguata agli operatori economici nella fase di valutazione da parte dell'ente concedente in merito alla nomina del promotore, lasciando un evidente *vulnus* normativo. La norma non forniva alcuna indicazione circa le modalità di valutazione della fattibilità e dell'interesse pubblico dei progetti nell'ipotesi in cui più operatori economici presentassero proposte concorrenti.
Per colmare questa lacuna, il Decreto correttivo, ha introdotto obblighi più stringenti di trasparenza e pubblicità durante l'intera fase preliminare alla gara.


ISSN 2036-7821

Tuttavia, anche questa impostazione potrebbe avere conseguenze potenzialmente negative. Infatti, come già illustrato, potrebbe scoraggiare gli operatori dal presentare per primi una proposta, per il timore di una potenziale anticipazione legata alla pubblicazione della proposta stessa, che condurrebbe gli altri proponenti a presentare proposte sul modello della prima, con miglioramenti anche minimi, senza grandi sforzi in termini di *know-how*, creatività ed investimenti.
Inoltre, la maggiore complessità della procedura rischia di snaturare la vera essenza del *project financing*, un istituto concepito per essere flessibile e orientato alla rapidità, in nome del progresso e dell'innovazione.
In aggiunta, enfatizzando la trasparenza del procedimento e allungandone i tempi, il legislatore ha voluto incentivare forzatamente la presentazione di proposte da parte di altri operatori, alterando lo scopo del *project financing* a iniziativa privata diretta, il cui presupposto fondamentale è premiare proprio l'originalità dell'idea e l'intraprendenza di chi la concepisce e la propone.
Infine, la nuova disciplina ha sostanzialmente trasformato la fase para-comparativa per ottenere la prelazione in una procedura di gara ad evidenza pubblica, rendendo inutile il vantaggio stesso della prelazione.
La prelazione rappresentava il "compenso" che il promotore riceveva in fase di gara per aver concepito l'idea di realizzare un'opera o fornire un servizio, elaborando il progetto di fattibilità e il relativo piano economico-finanziario (PEF). Questo sistema consentiva al promotore di aggiudicarsi la concessione attuativa della propria idea anche nel caso in cui non avesse vinto la gara.
Ma ora che il primo proponente deve gareggiare per ottenere la prelazione, si pone il quesito sulla reale utilità e vantaggio che tale istituto offre rispetto agli altri concorrenti.
Il diritto di prelazione nasce con la funzione di premiare l'attività del primo proponente, partendo dal presupposto che sia naturale affidare il contratto a chi lo ha ideato e strutturato. Tuttavia, se il sistema attuale non garantisce più una reale corsia preferenziale al promotore, emerge la necessità di interrogarsi sull'effettiva utilità del mantenimento della prelazione nel nostro ordinamento o sulla necessità di individuare una disciplina che consenta alla prelazione di mantenere la propria rilevanza, considerato che rappresenta uno strumento fondamentale per garantire risposte efficienti nel mercato.
Infatti, con la prelazione da un lato, si garantisce che gli sforzi del promotore non vengano vanificati da offerte "fotocopia"[186] presentate da altri concorrenti,

[186] I concorrenti della seconda fase tendono a presentare offerte cosiddette "fotocopia", caratterizzate da miglioramenti minimi rispetto alla proposta del promotore. Queste offerte non richiedono un reale impegno in termini di efficienza e non apportano miglioramenti significativi né sotto il profilo qualitativo né sotto quello economico. Ciò è dovuto al fatto che la legge non impone livelli minimi di miglioramento, consentendo così agli offerenti di perseguire una strategia di "minimax", ovvero il minimo sforzo necessario per proporre offerte che


ISSN 2036-7821

conducendo le imprese a investire nel mercato del *project financing* e spingendole ad offrire strumenti sempre più innovativi per il benessere del paese, sia in termini di competitività globale che di crescita interna. Dall'altro, con la prelazione si assicura una continuità operativa per l'amministrazione, che stipula il contratto con un operatore con cui ha collaborato sin dalle fasi iniziali, garantendo in tal modo maggiore efficienza nell'esecuzione del progetto.

D'altronde questo secondo vantaggio trova giustificazione nell'obiettivo del perseguimento del risultato, che oggi rappresenta lo scopo principale nell'affidamento dei contratti pubblici.[187]

Una logica simile è condivisa nel sistema anglosassone, che tende a valorizzare la reputazione consolidata del contraente uscente. Accade spesso, infatti, che nell'ambito degli appalti pubblici, l'operatore uscente venga favorito, per cui gli enti concedenti, dopo aver esaminato le offerte, tendono a concedergli una seconda *chances*, invitandolo a presentare una nuova proposta, purché questa non si discosti eccessivamente da quella del vincitore. Tale approccio si basa sul fatto che le diseconomie legate al passaggio di gestione spesso superano i vantaggi di un'offerta al ribasso presentata dall'aggiudicatario, per cui diviene più conveniente garantire una continuità nel rapporto piuttosto che affidare il contratto a un nuovo operatore con possibili effetti controproducenti. Nel sistema anglosassone, dunque, prevalgono i principi di efficienza ed economicità[188] rispetto a quello della *par condicio*, quando ciò risulta ragionevolmente giustificato[189].

Sul diritto di prelazione si può altresì osservare che, sebbene possa apparire come un vantaggio competitivo ingiustificato a favore del promotore, che può sino alla fase finale modificare la propria proposta per adeguarla a quella vincente, in realtà, oltre alle ragioni già esposte che ne dimostrano la legittimità e la convenienza, è possibile avanzare ulteriori argomentazioni desumibili direttamente dalla normativa.

In primo luogo, il concorrente aggiudicatario che venga eventualmente escluso dalla procedura a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore, ha diritto a un rimborso. Tale rimborso consiste nel pagamento, a carico del promotore, delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, entro il limite del 2,5% del valore dell'investimento. Questo meccanismo garantisce che la partecipazione alla gara comporti un costo minimo per i concorrenti, poiché l'attività svolta per la predisposizione dell'offerta è

migliorano in modo quasi impercettibile quella del promotore, ma sufficienti per ottenere l'aggiudicazione. Cfr. sul punto M. RICHI, *Il Diritto Di Prelazione Nel Codice Dei Contratti: Finanza Di Progetto, Efficienza, Law & Economics*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. communit.*, fasc. 1, 2011, pag. 139.

[187] Art. 1 d.lgs. n. 36/2023.

[188] A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 551 ss.

[189] M. RICHI, *Il Diritto Di Prelazione Nel Codice Dei Contratti: Finanza Di Progetto, Efficienza, Law & Economics*, cit.


ISSN 2036-7821

adeguatamente compensata. Tale previsione, quindi, dovrebbe incentivare la partecipazione alla procedura selettiva, mantenendo vivo il principio della concorrenza, anche in presenza del diritto di prelazione.
In secondo luogo, è opportuno sottolineare che l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore non comporta automaticamente un'accettazione incondizionata della sua proposta originaria, ma al contrario, il promotore è tenuto ad adeguare la propria proposta a quella ritenuta migliore dalla stazione appaltante. Si conferma in tal senso la logica della continuità operativa: l'esercizio della prelazione non vuole che il promotore venga preferito arbitrariamente o esclusivamente in virtù del suo ruolo iniziale, al contrario, la preferenza accordata al promotore si basa su criteri di efficienza e operatività. Infatti, pur valorizzando l'iniziativa del primo proponente, è richiesto comunque che egli adegui e migliori la propria proposta, allineandola con quella dell'aggiudicatario.
In tal modo, il diritto di prelazione si configura come uno strumento che non solo tutela gli interessi del promotore, ma garantisce altresì l'equilibrio tra la valorizzazione dell'iniziativa privata e il rispetto del principio di concorrenza, senza compromettere la qualità dell'offerta selezionata[190].
Infine, è d'uopo ricordare che la prelazione viene attribuita sulla base di un duplice giudizio: da un lato politico, legato all'interesse pubblico, e dall'altro tecnico, relativo alla fattibilità della proposta. Pertanto, anche in assenza di criteri rigidi per la sua attribuzione, essa potrebbe comunque essere considerata conforme ai principi di imparzialità e *par condicio* precedentemente menzionati.
Tuttavia, come è stato già evidenziato, sia in dottrina sia in giurisprudenza vi sono orientamenti discordanti sulla legittimità di tale istituto. Emblematico è il recente intervento della V Sezione del Consiglio di Stato che ha sottoposto alla Corte di Giustizia Europea la questione relativa alla conformità di questo istituto alla normativa comunitaria.
Alla luce di tali premesse, nel contesto del *project financing*, appare possibile avanzare diverse ipotesi di soluzioni alternative rispetto alla disciplina delineata dal legislatore.
Da un lato, si possono individuare soluzioni che preservano il diritto di prelazione, prevedendone la permanenza nell'ordinamento; dall'altro, è possibile prospettare alternative che ne prevedano l'eliminazione, sia in linea con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ne contesta la legittimità, sia in ragione del fatto che l'attuale disciplina ne renderebbe superflua l'esistenza.
Partendo dalle ipotesi che contemplano la prelazione, è necessario trovare un

[190] A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, in F.G. SCOCA, F. ROVERSI MONACO E G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Giappichelli, Torino, 2007, pagg. XXIV, 1-364.


ISSN 2036-7821

equilibrio tra il principio di concorrenza, che rischia di essere compromesso dalla prelazione stessa, soprattutto in assenza di criteri prefissati per la sua attribuzione, e la necessità di incentivare l'uso di questi strumenti, che, come già sottolineato, possono generare una maggiore competitività a livello nazionale, grazie al capitale, ma soprattutto al *know-how*, apportato dai soggetti privati.

A tal fine, è necessario distinguere preliminarmente due situazioni diverse: la prima riguarda il caso in cui la pubblica amministrazione inserisca in programmazione esigenze idonee ad essere realizzate attraverso la finanza di progetto e il privato presenti una proposta basandosi su queste; la seconda, invece, concerne le iniziative avanzate direttamente dal privato, al di fuori di quelle in programmazione.

Con riferimento alla prima ipotesi, occorre considerare che, poiché è l'amministrazione a richiedere l'intervento del privato[191], essa è consapevole delle proprie esigenze e conosce, almeno in linea generale, il tipo di intervento necessario. In tale contesto, si potrebbe dunque ipotizzare che, qualora l'amministrazione solleciti il privato per la realizzazione di un'opera, essa stessa, possa definire, almeno in via generale, i criteri per la presentazione delle proposte. Il legislatore, come già evidenziato, ha fatto riferimento a criteri[192], ma non ha chiarito né il momento in cui l'amministrazione debba definirli né gli strumenti da utilizzare per la loro formulazione.

Nello specifico, potrebbe considerarsi l'ipotesi di stabilire taluni criteri già nella fase di programmazione.

I diversi enti potrebbero, infatti, adottare criteri a maglie larghe all'interno degli atti programmatori, che stabiliscano con un certo grado di elasticità le priorità da valorizzare in un determinato settore.

Poiché il *project financing* è una modalità di affidamento delle concessioni che predilige la speditezza e l'innovazione, è opportuno prevedere criteri non troppo stringenti, in modo da lasciare in capo all'ente concedente un margine di discrezionalità nella selezione del progetto di interesse. In caso contrario, questa fase preliminare rischierebbe di trasformarsi in una vera e propria procedura selettiva, già prevista in una fase successiva, scoraggiando così i primi proponenti dal presentar le loro proposte. Questa fase dovrebbe quindi consistere in una prima scrematura, che garantisca determinate tutele per i partecipanti ma che riservi le principali garanzie alla fase di gara successiva. Sarebbe dunque utile adottare criteri flessibili, attraverso un approccio che preveda da un lato un *modus operandi* valido per tutte le tipologie di proposta, dall'altro dei parametri per guidare la selezione, riferiti al settore di interesse. Ad esempio, si potrebbero introdurre metodi standardizzati, come,

[191] Sia in modo indiretto, ossia semplicemente inserendo le proprie esigenze in programmazione, che in modo diretto, ossia sollecitando il privato *ex.* art. 57, comma 16, d.lgs. n. 209/2024, tramite avviso pubblico.

[192] Art. 57, comma 5, d.lgs. n. 209/2024.


ISSN 2036-7821

l'organizzazione di una seduta pubblica per la verifica dei documenti contenti le diverse proposte, l'adozione di un sistema di analisi comparativa applicabile agli elementi fondamentali che caratterizzano ciascuna proposta. Tra i parametri generali di valutazione, si potrebbero includere: le valutazioni delle esternalità, come i costi necessari per mitigare gli impatti negativi sull'ambiente o la valutazione dell'impatto sociale di un determinato progetto; la valorizzazione della voce relativa ai costi dell'intero ciclo vita, che ricomprendono anche i costi d'acquisto, di manutenzione e di smaltimento; la rilevanza dell'innovazione tecnologica delle proposte, nonché l'aderenza di queste agli interessi dell'ente. Infine, all'interno degli atti programmatori potrebbero essere inserite informazioni più dettagliate sul tipo di intervento richiesto, come le capacità contributive dell'ente rispetto al settore in questione o la rilevanza degli aspetti tecnici, gestionali e realizzativi.

La seconda situazione, ossia i casi di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta, presenta problematiche di maggiore complessità. Infatti, in tali circostanze, l'ente concedente non ha inserito alcuna proposta nella propria programmazione e, pertanto, si presume sia digiuno di informazioni, anche generali, rispetto al progetto presentato dal privato. Ne consegue l'impossibilità di delineare criteri specifici riferiti al settore o al singolo progetto, ciò in quanto risulta complesso definire parametri e criteri preventivi senza una conoscenza degli interventi da realizzare.

Nel diritto amministrativo, tuttavia, vige il principio della predeterminazione dei criteri nei casi in cui la pubblica amministrazione attribuisca un vantaggio economico ai privati[193]. Di conseguenza, l'amministrazione procedente è tenuta, anche in questo caso a definire in anticipo le modalità e i criteri di attribuzione[194], garantendo così trasparenza e prevedibilità dell'azione amministrativa[195]. Nel caso di specie, però, se da una parte risulta problematico stabilire criteri *ex ante* per la nomina del promotore, del pari problematica risulterebbe l'individuazione degli stessi una volta che i progetti siano stati presentati, perché sarebbero inevitabilmente influenzati dalle caratteristiche già note dei progetti stessi, falsando così la concorrenza e violando lo stesso principio di predeterminazione, la cui finalità è proprio quella di definire i criteri in anticipo, prima che le offerte siano conosciute, proprio allo scopo di evitare qualsiasi forma di condizionamento[196].

Qualora l'ente concedente formulasse i criteri per selezionare il promotore *ex post*, ossia dopo aver ricevuto più proposte, si finirebbe infatti per anticipare di fatto le preferenze dell'amministrazione in sede di confronto tra proposte, proprio perché i criteri, formulati sulla base dei progetti già presentati, resterebbero anche

[193] Art. 12, L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 83, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.

[194] Cons. Stato, Ad. Plen. 18 gennaio 2012, n. 1.

[195] A. POLICE, *Prevedibilità delle scelte e certezza dall'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 697 ss.

[196] S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale. La diversificazione delle regole e la tenuta dei principi*, Padova, 2002, p. 188.


ISSN 2036-7821

inconsapevolmente condizionati dall'interesse suscitato da questi, finendo per influire sull'esito finale[197].

Per assicurare la parità di trattamento e la massima trasparenza nella fase di nomina del promotore sembra allora debba preferirsi una soluzione diversa. Quando l'amministrazione procede alla scelta del promotore e non conosce preventivamente l'oggetto della proposta potrebbe limitarsi a indicare i motivi per cui ha scelto quel determinato operatore e quel progetto e i motivi per cui non ha scelto gli altri contendenti. La soluzione ipotizzata consisterebbe in questo caso nel richiedere all'ente concedente solamente un obbligo motivazionale rinforzato (*ex post*), mediante il quale specificare le ragioni delle proprie scelte e le valutazioni o gli obiettivi posti a base delle stesse. Quest'obbligo motivazionale diverrebbe lo strumento più idoneo all'attuazione dei principi non solo eurounitari di cui si è parlato ma anche nazionali di cui all'art. 97 Cost., che prescrive che l'attività amministrativa debba essere informata e finalizzata all'imparzialità e al buon andamento. È grazie all'indicazione dei motivi sottostanti una scelta che la p.a., da una parte, può legittimare la propria attività, garantendo la massima trasparenza nei confronti dei consociati, dall'altra, può dare ingresso in qualche misura al sindacato del giudice che, dalla eventuale illogicità della parte motiva, può trarre elementi sintomatici del cattivo esercizio del potere[198]. A riguardo la disciplina previgente (ossia l'art. 183, d.lgs. n. 50/2016) non contemplava un provvedimento conclusivo della procedura ed infatti il giudice amministrativo aveva ritenuto che "*non […] si sarebbe dovuto necessariamente concludere con l'obbligo di concludere la procedura con provvedimento negativo*"[199]. Oggi però la nuova disciplina[200] nella sua prima versione richiedeva che l'attività di valutazione si concludesse con un provvedimento espresso e nella sua versione finale[201] richiede *apertis verbis* la conclusione della procedura con un provvedimento motivato. Diviene pertanto più agevole[202] oggi richiedere una motivazione quantomeno congrua a supporto di tale provvedimento, senza esigere dall'amministrazione la formulazione di criteri che la stessa non sarebbe in grado di formulare e che anzi, se formulati a proposte già presentate, rischierebbero di compromettere il principio di concorrenza. Una motivazione chiara,

---

[197] A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, in V. SPAGNUOLO VIGORITA E R. MARRAMA (diretta da), *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Esi, Napoli, 1997, pagg. 1-364.

[198] B. G. MATTARELLA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2023.

[199] TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10 maggio 2022, n. 3179.

[200] Art. 193, comma 2, D.lgs. n. 36/2023.

[201] Art. 57, comma 6, d.lgs. n. 209/2024.

[202] Anche se, come noto, ai sensi dell'art. 3, L. 7 agosto 1990, n. 241, ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato (salvi i casi di cui al secondo comma), per cui anche quando la motivazione non è espressamente prevista dalla singola disposizione, è comunque implicitamente richiesta in virtù della legge sul procedimento amministrativo.


ISSN 2036-7821

precisa e coerente, invece, consentirebbe di rendere trasparente l'*iter* decisionale dell'ente, offrendo agli operatori economici, ma soprattutto ai giudici, gli strumenti necessari per valutare l'eventuale cattivo esercizio del potere amministrativo, in termini di discriminazione o sproporzionalità.

D'altronde è la Corte di Giustizia che, interpretando la Direttiva in materia di concessioni[203], ha affermato che la stessa non impone una disciplina specifica agli Stati membri, lasciandoli liberi di prevedere le modalità che ritengono più opportune al raggiungimento dello scopo pubblico nel rispetto degli obblighi di trasparenza, pubblicità e imparzialità[204].

Venendo invece alle ipotesi che non prevedono la prelazione, è possibile identificare due tipologie di interventi che ne dispongono l'eliminazione dal sistema, in conformità con i dubbi di costituzionalità sollevati sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza[205].

Il primo tra questi consisterebbe nell'introduzione del sistema cd. alla cilena. Questo sistema era già stato proposto dal Consiglio di Stato nello schema al Codice del 2023, e prevedeva l'inserimento di un punteggio premiale che sostituisse il diritto di prelazione[206].

Il meccanismo prevederebbe che il promotore, una volta nominato, avrebbe il diritto all'attribuzione di un punteggio aggiuntivo in relazione alla fase di gara vera e propria che dovrebbe stimolare le imprese a concorrere per superare tale punteggio.

Questa modalità farebbe dipendere l'esito della gara dai soli criteri oggettivi determinati nel bando per ottenere i punteggi, e non dalla scelta discrezionale, rimessa in capo al promotore, di esercitare la prelazione.

Il sistema non garantirebbe la continuità del rapporto tra p.a. e operatore economico, di cui si è discusso, ma assicurerebbe un maggiore rispetto del principio di concorrenza.

Infatti mentre la presenza del diritto di prelazione spingerebbe gli altri concorrenti ad avanzare offerte competitive dal punto di vista economico piuttosto che qualitativo, costringendo il promotore ad abbandonare l'idea di esercitare tale diritto per l'impossibilità di garantire quelle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario, il sistema del punteggio premiale garantirebbe che i vari concorrenti presentino offerte qualitativamente valide in vista del superamento del punteggio attribuito al promotore.

Dunque, l'introduzione di questo sistema non solo promuoverebbe l'innovazione e il progresso ma assicurerebbe maggiore imparzialità nello svolgimento della

[203] Direttiva n. 2014/23/UE.

[204] Sent. 27.11.2019, C-402/18, EU:C:2019:1023.

[205] Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2024, n. 9449.

[206] Art. 193, comma 4, 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".


ISSN 2036-7821

procedura.
Il secondo intervento alternativo postulerebbe una trasformazione dell'intera disciplina. Come più volte detto oggi la disciplina è particolarmente macchinosa, al punto da suggerire l'inutilità della prelazione e la necessità di ridisegnare l'intero modello per conciliare l'esigenza di innovazione e di raggiungimento del risultato, con la necessità di garantire la concorrenza.
Pertanto, i due obiettivi possono essere raggiunti promuovendo prima di tutto una semplificazione della procedura, e quindi riducendo le fasi selettive e poi inserendo criteri forti per l'unica selezione prevista.
Più nello specifico la proposta riformulerebbe la disciplina sulla scia del dialogo competitivo, *ex* art. 74 d.lgs. n. 36/2023, impostandola nei seguenti termini.
La prima fase prevederebbe la formulazione di criteri generici e indicazioni di massima per la presentazione di proposte in sede di programmazione, quando il progetto vi rientra.
Se il invece, il progetto non rientra negli strumenti di programmazione della p.a., allora i criteri e le informazioni dovranno essere formulati in un secondo momento, ossia nella fase in cui gli operatori possono presentare una preliminare manifestazione di interesse *ex* art. 193, comma 2, come modificato dal Decreto correttivo. Infatti, nell'attuale disciplina, questa fase è facoltativa, ma rendendola obbligatoria si consentirebbe all'ente di avere un primo contatto con il progetto di riferimento, in virtù delle informazioni sommarie scambiate con il primo preponente, e di poter quindi individuare indicazioni da fornire agli operatori, senza però conoscerne la proposta definitiva del promotore.
La formulazione dei criteri avrebbe esclusivamente lo scopo di effettuare una prima selezione per permettere agli operatori economici di attivare un dialogo con l'ente concedente. Quindi per garantire maggiore rapidità, sarebbe sufficiente che le imprese presentassero autocertificazioni attestanti i requisiti richiesti, senza necessità di un controllo immediato da parte della pubblica amministrazione poiché tale verifica sarà effettuata in sede di gara.
Tra i criteri e le informazioni, necessari all'instaurazione del dialogo con l'ente, vi saranno solamente l'indicazione del settore merceologico di riferimento (previsto in programmazione o individuato dopo la manifestazione di interesse), del tipo di intervento proposto, le esigenze che si intendono perseguire, i requisiti da soddisfare ed altre informazioni come la durata indicativa della procedura nonché eventuali premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.
Concesso un tempo minimo di adesione, l'amministrazione potrà avviare un dialogo con i diversi proponenti. Con essi si discuteranno diverse soluzioni che potrebbero soddisfare le esigenze dell'ente, in particolare, verrebbero definiti gli aspetti dell'intervento e i mezzi più idonei per realizzarlo. Il dialogo dovrebbe avvenire


ISSN 2036-7821

separatamente con ciascuna impresa, ma con l'obbligo per l'amministrazione di fornire le stesse informazioni ad ogni operatore economico, così da garantire la parità di trattamento tra questi[207]. Una volta individuate le soluzioni migliori a soddisfare l'interesse pubblico, i partecipanti verrebbero invitati a formulare un'offerta finale, che tenga conto delle soluzioni discusse in sede di dialogo, specificando che la posposta definitiva sarà individuata secondo il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, ossia il miglior rapporto tra qualità e prezzo. A ciò si aggiunge che in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, nell'individuazione della posposta, l'ente dovrebbe prendere in considerazione l'apporto della stessa in termini di innovazione, sviluppo e digitalizzazione[208].

Una volta selezionato il contraente, potrà condursi con quest'ultimo una negoziazione volta a definire, di concerto con l'amministrazione concedente, gli altri contenuti dell'offerta con il completamento delle clausole contrattuali, purché ciò non determini una modifica degli elementi fondamentali dell'offerta o dell'intervento da realizzare e purché la possibilità di modulazione del contenuto contrattuale sia prevista in clausole chiare, precise e inequivocabili dei documenti di gara[209].

Dunque, riprendendo la disciplina del dialogo competitivo prevista per gli appalti pubblici, si potrebbe introdurre una regolamentazione strutturata per garantire la concorrenza nella selezione dell'operatore economico, aspetto di fondamentale importanza per il legislatore, che aveva a tal fine previsto un doppio livello di gara: una per la scelta del promotore e un'altra per la definizione del progetto.

Questa disciplina semplificherebbe notevolmente il processo, mantenendo le garanzie necessarie alla tutela degli operatori economici.

Infatti, sarebbe garantito il principio di *par condicio competitorum* da parte della p.a., per il fatto di fornire informazioni identiche ai diversi concorrenti, e al contempo si manterrebbe riservato il contenuto specifico del dialogo, evitando che vi sia una conoscenza reciproca delle rispettive proposte. Inoltre, a tutti gli operatori verrebbe offerta la possibilità di elaborare un progetto in linea con gli interessi della pubblica amministrazione, in virtù degli incontri informali effettuati con l'ente concedente. Successivamente, verrebbe indetta una gara per la selezione dell'operatore economico e, una volta conclusa la gara, il progetto potrà essere ulteriormente perfezionato, nel rispetto del vincolo di non modificabilità degli elementi essenziali, al fine di valorizzare esigenze di innovazione e progresso.

### *8. Conclusioni.*

Le ipotesi risolutive prospettate sono nel segno di una particolare attenzione per i

[207] M. CLARICH, *Manuale di Diritto Amministrativo*, cit., p. 436.
[208] Art. 193, comma 13, d.lgs. n. 36/2023, versione modificata dal d.lgs. 209/2024.
[209] Art. 120, d.lgs. n. 36/2023.


ISSN 2036-7821

principi di trasparenza e sindacabilità dell'azione assicurati mediante il faro della concorrenza.

Va da sé che frequentemente il rispetto di valori la cui osservanza postula la presenza di ulteriori regole procedimentali possa entrare in conflitto con le esigenze di speditezza, efficacia ed efficienza dell'azione.

Il bilanciamento fra queste due direttrici non sempre è agevole e occorre domandarsi allora se le soluzioni proposte siano coerenti o meno con l'impianto assicurato dal nuovo Codice dei contratti pubblici, che sembra propendere piuttosto, seppur con molte contraddizioni[210], per il raggiungimento di obiettivi coincidenti con la volontà contrattuale dell'amministrazione, anche a discapito del perseguimento di altri principi.

In particolare, il principio della concorrenza nell'impostazione del nuovo Codice sembrerebbe dover recedere difronte al "primario"[211] principio del risultato. In dottrina il dibattito è acceso e si ritiene che la nuova primazia del principio del risultato sia giustificata da una serie di fattori interni alla storia politica, economica e sociale italiana[212]. Uno dei motivi determinanti può sicuramente essere ricondotto alla reazione del legislatore nei confronti delle politiche comunitarie. Negli ultimi decenni, infatti, si è avvertita l'influenza dell'Unione europea, che, con un'impostazione orientata alla promozione della concorrenza, ha perseguito l'obiettivo prioritario di garantire la libertà di accesso mercato, anche nell'ambito dei contratti pubblici, contesto in cui emerge la necessità di bilanciare tale principio con altri valori di pari rilievo, primo tra tutti il famoso buon andamento[213] della pubblica amministrazione. Il legislatore nazionale, con la prima versione del Codice del 2023 avrebbe dunque voluto restituire centralità a una disciplina finalizzata al soddisfacimento del committente pubblico, in particolare del suo interesse a concludere un contratto con gli operatori economici e darne tempestiva esecuzione, in linea con gli obiettivi propri delle antiche norme di contabilità[214]. Obiettivi questi

[210] Preme sottolineare che non sempre nella disciplina di dettaglio sembri prevalere il principio di risultato. Si pensi all'art. 122 del Codice che consente di risolvere un contratto già concluso se la stazione appaltante si avvede che l'appaltatore andava escluso dalla gara; si crea in questo modo non solo un *deficit* di certezza del diritto, ma anche un problema di riparto di giurisdizione, con effetti negativi sul raggiungimento del risultato, che coincide con l'affidamento e l'esecuzione di un lavoro, di una fornitura o di un servizio. Si può pensare allora che il vero errore da parte del legislatore sia stato quello di cristallizzare un principio nella prima parte del codice, quando i principi in realtà andrebbero desunti dall'intera disciplina. In questo modo si è imposto come primario il principio di risultato, rendendo d'altra parte ancora più difficile la sua concretizzazione in assoluto.

[211] Art. 1, comma 4, D.lgs. n. 36/2023.

[212] Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; L.R. Perfetti, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. e app.*, 2023, p. 5 ss.; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *astrid-online.it*, 2023.

[213] Art. 97, comma 1, Cost.

[214] H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, judicium.it, settembre 2023.


ISSN 2036-7821

che interessano meno l'Unione europea, in quanto il buon andamento della pubblica amministrazione, il rendimento ottimale in termini di tempestività e miglior rapporto tra qualità e prezzo non sono fattori di competenza dell'UE[215].

Un secondo fattore sociopolitico si rinviene nella necessità per le pubbliche amministrazioni di riappropriarsi di quella discrezionalità che a lungo gli è stata sottratta in virtù di un clima di piena sfiducia nei suoi confronti[216]. Infatti, negli anni Novanta, a seguito degli scandali di Tangentopoli, gli obiettivi principiali del legislatore nazionale sono stati quelli di eliminare la corruzione e garantire la massima trasparenza, mettendo sullo sfondo il principio del risultato o addirittura mortificandolo[217]. Negli anni si è così generato il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", come si afferma nella Relazione di accompagnamento alla prima versione del nuovo Codice, consistente nel timore da parte dei funzionari pubblici di agire per le possibili conseguenze negative di tipo amministrativo, civile, penale e contabile. Timore che ha finito per aggravare le storture di un sistema nel quale il legislatore si è spinto ad invadere gli ambiti riservati all'amministrazione[218], perché ad una fase inziale, nella quale l'invasione era volta a comprimere i margini di discrezionalità del funzionario pubblico, si è accompagnata la volontà della stessa burocrazia, dalla quale, inutile negarlo, proviene la quasi totalità di proposte di legge, di approntare testi normativi con l'obiettivo di dettagliare al massimo l'attività amministrativa allo scopo di affrancare il funzionario da responsabilità penali ed erariali.

Dunque, alla luce di queste vicende si giustificherebbe la nuova impostazione codicistica, che cristallizza il principio del risultato e lo qualifica come prioritario nella gerarchia[219] dei primi dodici articoli del Codice[220].

Infatti, secondo una prima lettura dell'articolo 1 del D.lgs. n. 36/2023, sembrerebbe che il principio del risultato debba prevelare sul rispetto della concorrenza.

Ciò si può evincere dal secondo e quarto comma ove si legge che: "la concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile (...)"; e il termine 'funzionale' potrebbe essere inteso nel senso che la concorrenza sia un mezzo per raggiungere il principio del risultato, e dunque che il rispetto della prima resti subordinato al compimento del secondo. La concorrenza assumerebbe rilievo in tutte le fasi fino a quella esecutiva, ma la sua importanza verrebbe ridotta a mero strumento volto al conseguimento di un altro interesse, ossia la realizzazione

---

[215] R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *giustizia-amministrativa.it*, 2023.

[216] G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *astrid-online.it*, 2023.

[217] R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* cit.

[218] L. CARBONE, *La genesi del Codice*, in C. CONTESSA E P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, ES, Napoli, 2023, p. 12.

[219] M. A. SANDULLI, *Prime Considerazioni sullo schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2022.

[220] Art. 1, comma 4, D.lgs. n. 36/2023.


ISSN 2036-7821

dell'opera, la fornitura di un servizio e l'acquisizione di una fornitura[221].
Nel quarto comma si afferma poi che il principio di risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione. E dunque, si conferma che quando la pubblica amministrazione svolge attività volte all'affidamento di un contratto pubblico, dovrebbe dare priorità al perseguimento del principio del risultato mentre il principio di concorrenza resterebbe strumento al servizio del primo[222].
Corollario di questa impostazione è la circostanza che alla concorrenza non sia riservato un autonomo articolo, restando relegata insieme ad altri principi gerarchicamente secondari rispetto a quello del risultato[223].
In tale contesto, le innovazioni introdotte dal Decreto correttivo faticherebbero a trovare spazio, poiché mirano a garantire la parità tra gli operatori economici nelle operazioni di *project financing*, nel rispetto del principio di concorrenza, anche a discapito della celerità dell'azione amministrativa.
Ed invero, avallando tale interpretazione dell'articolo 1 si giustificherebbe, in termini di coerenza strutturale, l'impostazione inziale del nuovo Codice che prevedeva una disciplina più snella all'art. 193 con la finalità di garantire un risultato immediato nell'affidamento dei contratti pubblici[224] anche al fine di garantire maggiori spazi di manovra alle pubbliche amministrazioni, sottraendole di fatto al sindacato del giudice amministrativo vista l'assenza di criteri che predeterminavano l'azione e potessero valere quale parametro per il sindacato successivo.
È necessaria un'ulteriore precisazione: molta della giurisprudenza menzionata ha trattato la questione relativa alla carenza di disciplina per la nomina del promotore facendo riferimento alla normativa previgente ossia il D.lgs. n. 50 del 2016.
Seguendo l'interpretazione secondo cui il principio del risultato deve prevalere sul rispetto della concorrenza, non solo si giustificherebbe l'impostazione originaria di cui all'art. 193 del D.lgs. n. 36/2023, ma si giustificherebbe ancora di più la reticenza del giudice nazionale nel qualificare la scelta del promotore come fase concorsuale, in virtù del fatto che il Codice del 2016 non dava al principio del risultato la stessa importanza data dal d.lgs. n. 36/2023 ed anzi lì il principio di concorrenza trovava la sua massima espansione. E dunque questa interpretazione si giustificherebbe ancora di più oggi di quanto non fosse prima, per l'assenza dello stesso articolo 1 nel precedente Codice degli appalti pubblici.
In realtà tale interpretazione poteva risultare problematica poiché, secondo il dettato

[221] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *l'amministrativista.it*, 2023, p. 2.
[222] G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, cit.
[223] Art. 3, d.lgs. n. 36/2023.
[224] Come richiesto dall'art. 1 letto in combinato disposto con l'art. 4 del D.lgs. n. 36/2023.


ISSN 2036-7821

normativo[225], il principio di risultato dovrebbe guidare l'amministrazione nell'esercizio della sua attività discrezionale, rischiando così di comprimere anche a livello processuale gli spazi di tutela dell'interesse legittimo dinanzi all'indiscutibile volontà contrattuale della pubblica amministrazione che oggi riceve piena legittimazione in virtù dell'articolo 1 del nuovo Codice[226].

Il legislatore quindi nel 2024 ha preso coscienza di tali problematiche, ed ha adottato una disciplina correttiva dell'articolo 193 che vincola l'attività dell'amministrazione all'interno di schemi più rigidi. Tuttavia, così facendo rischia di produrre un effetto contrario e paradossale, poiché nel tentativo di tutelare la concorrenza, e quindi di attirare imprese e investitori ad entrare nel mercato del *project financing*, si finisce per disincentivare le proposte da parte di questi ultimi a causa della mancanza di flessibilità che è invece propria dell'istituto in questione. Tra le soluzioni avanzate nel presente elaborato, quella che consente, nelle operazioni di finanza di progetto ad iniziativa privata diretta, alla pubblica amministrazione di limitarsi a fornire una motivazione esaustiva, potrebbe rappresentare un valido compromesso. Tale approccio garantirebbe la necessaria flessibilità nelle operazioni, senza lasciare spazi ad atteggiamenti discriminatori da parte degli enti concedenti, pur conservando il controverso diritto di prelazione.

Tuttavia, qualora si accetti che la sola motivazione sia sufficiente, sarebbe imprescindibile offrire una diversa interpretazione all'art. 1 del Codice, che possa riportare su un piano di parità i due principi in questione, assicurando che la p.a., nell'affidamento di un contratto, contempli il rispetto della concorrenza come un obiettivo di eguale importanza rispetto al perseguimento del risultato, salvaguardando così entrambe le esigenze[227].

Con una diversa lettura delle norme sui principi, si potrebbe affermare quindi che l'articolo 1 del Codice indichi, nel primo comma, che il raggiungimento del risultato sia vincolato al rispetto del principio di concorrenza e trasparenza, ponendo in serio dubbio che il risultato possa essere raggiunto derogando alla disciplina concorrenziale e violando le regole di trasparenza. Il dettato normativo, in questa accezione, potrebbe suggerire che il principio di concorrenza costituisca un limite[228] alla tempestiva realizzazione del risultato, ossia l'affidamento e l'esecuzione del contratto.

La lettura del secondo comma potrebbe essere rivisitata nel senso di interpretare la

---

[225] Art. 1, comma 4, d.lgs. n. 36/2023.

[226] D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, cit., p 55.

[227] L'art. 97 della Costituzione pone sullo stesso piano i principi di buon andamento e imparzialità senza delineare alcuna gerarchia tra questi.

[228] H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, cit.


ISSN 2036-7821

funzionalità come 'necessità'; con quest'ultima accezione si intenderebbe che la concorrenza tra gli operatori è necessaria al raggiungimento del principio del risultato, e quindi è imprescindibile per questo scopo. Si è affermato infatti in dottrina che solo la concorrenza può assicurare un risultato migliore, senza la quale il risultato stesso sarebbe sicuramente inferiore, quanto meno in termini di qualità ed economicità della prestazione, poiché la concorrenza prima ancora di essere un mezzo, consisterebbe in un metodo e in un limite[229]. Tuttavia, questa determinazione non è sempre confermata dalle norme di dettaglio del codice, che se in alcuni casi tutela pienamente la concorrenza, in altre disposizioni normative invece la bilancia con altri principi o la sottopone persino a limitazioni[230].

Di conseguenza questa seconda interpretazione, ponendo sullo stesso piano il principio di risultato e il principio di concorrenza, assicurerebbe una maggiore tutela agli operatori economici sia dal punto di vista sostanziale che processuale. Infatti, così interpretando i primi articoli del codice[231], l'impostazione risulterebbe maggiormente coerente con il dettato costituzionale, che all'art. 97 pone sullo stesso piano i principi del buon andamento e dell'imparzialità, contrariamente al dettato formale del nuovo Codice che nell'art.1, comma 3 menziona solo il primo, dimenticandosi del secondo.

Infatti, come è noto, dal principio del buon andamento discende il principio del risultato, in quanto esso impone all'amministrazione di agire secondo criteri di economicità, rapidità, efficacia ed efficienza, al fine di realizzare l'interesse pubblico in modo ottimale, e con il minor spreco di risorse possibile.

Dal principio di imparzialità discende, invece, il principio di concorrenza, poiché esso richiede all'amministrazione di agire scevra da condizionamenti e favoritismi, garantendo così la parità di trattamento tra i diversi operatori economici e assicurando una concorrenza leale tra di essi.

Entrambi i principi devono essere rispettati in egual misura.

In questo quadro si ritiene sommessamente che possano trovare albergo le soluzioni prospettate al fine di rendere trasparente e sindacabile l'attività delle amministrazioni chiamate a valutare le proposte di finanza di progetto e scegliere il promotore destinatario del diritto di prelazione.

Al contrario, come già evidenziato, mantenendo l'attuale disciplina sarebbe opportuno interrogarsi sull'utilità del diritto di prelazione, che, nella forma in cui è attualmente previsto, risulta non più funzionale al raggiungimento del suo scopo.

---

[229] H. SIMONETTI, *Principio del risultato e gerarchia degli interessi nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, cit.

[230] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 13-17.

[231] Artt. 1,2,3 e 4 D.lgs. n.36/2023.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# Riparazione del danno al terreno o bonifica del sito contaminato? Un doveroso aggiornamento

di Antonio Aruta Improta Maltese

(Avvocato del Foro di Roma)

## Sommario

1. Il quadro delineato nella parte sesta, d.lgs. 152/2006. 2. La disciplina *ex* parte quarta, d.lgs. 152/2006. 3. L'origine del conflitto fra le due parti del codice ambientale e la possibile chiave interpretativa. 4. Conclusioni.

## Abstract

A careful study of the current Italian environmental code leads the reader to grasp the intrinsic conflict between two dissimilar disciplines contained therein, which however concern the possible compromise of the same specific natural resource such as soil: the repair of environmental damage, referred to in the sixth part, and the remediation of contaminated sites, *ex* four part.

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


ISSN 2036-7821

***1. Il quadro delineato nella parte sesta, d.lgs. 152/2006.***

In via preliminare, occorre rilevare che dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152[1], conosciuto ai più come codice o testo unico dell'ambiente[2], emerge una paradossale carenza definitoria già del bene giuridico tutelato, nonostante gli sforzi interpretativi/ricostruttivi della giurisprudenza nostrana tutta[3], e allo stesso tempo, una certa confusione nonché contraddittorietà nella descrizione del danno allo stesso ivi contenuta:

«Il Codice dell'ambiente, che come detto in precedenza ha dato attuazione alla Direttiva europea 2004/35/CE, ha recepito maldestramente le due concezioni di "danno alle risorse naturali" e di "danno" sancite agli articoli 2. 1 e 2. 2 della stessa, addirittura capovolgendole.

Infatti, all'art. 300, comma 1, del codice, viene prima sancita testualmente una nozione onnicomprensiva di "danno ambientale", mediante il testo della definizione di "danno" di cui alla direttiva europea…

In seconda battuta, tale nozione generica di lesione ambientale non viene affatto confermata dal successivo comma 2, che al contrario rinvia espressamente a quella particolareggiata di danno alle distinte risorse naturali presente nella direttiva, tra l'altro, con il solito distinguo valido per il terreno…

Con ogni probabilità, il legislatore italiano ha cercato di sfruttare la nozione europea

---

[1] In gazzetta ufficiale della Repubblica del 14 aprile 2006, n. 88, e in vigore dal 29 aprile 2006, eccetto le disposizioni di cui alla parte seconda in vigore dal 12 agosto 2006.

[2] Seppure sin dal principio molti esperti del settore si opposero a tali denominazioni, fra i quali spicca senza dubbio F. GIAMPIETRO, *La responsabilità per danno all'ambiente. L'attuazione della direttiva 2004/35/CE*, in portale giuridico *www.giuristiambientali.it*: «… costituito da 318 articoli e di 45 Allegati, pari a 373 pagine di G.U. (di due colonne per ciascuna), detta, nella Parte sesta, "Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente" (Artt. 299-318, con 5 Allegati.). È vero che 20 articoli sembrano pochi, se comparati con quelli, molto più numerosi, che compongono le altre 4 Parti del D. LGS. citato (rispettivamente, sulla VIA e VAS; sulla difesa del suolo e sulla tutela delle acque dall'inquinamento, sulla gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti contaminati; sulla tutela dell'aria), considerato che la Parte prima, intitolata "Disposizioni comuni", si esaurisce – ahimè! - in soli 3 articoli!! Ma, a ben vedere, la disciplina della Parte sesta, qui commentata, non si prestava ad un esercizio di "copia e incolla", quale è stato realizzato massicciamente dal legislatore delegato nelle altre discipline di settore, rimaste tali, appunto, per mancanza di un'effettiva attività di semplificazione e di coordinamento, secondo principi comuni, identificabili nei criteri direttivi, generali o specifici della legge delega n. 308/2004. Donde l'impossibilità di classificare il decreto legislativo n. 152/2006 come un effettivo T.U., o, addirittura come un Codice dell'ambiente». L'autore, quindi, in nota n. 3 si ricollega al suo storico contributo intitolato "*Né Testo Unico né Codice dell'ambiente… ma un unico contenitore per discipline differenziale*", in *Amb. & Svil.*, n. 5, 2006. A ogni modo, si tenga a mente che il codice ambientale aggiornato presenta anche le due parti quinta *bis*, rubricata "Disposizioni per particolari installazioni" (riguardanti gli stabilimenti produttivi di biossido di titanio) aggiunta in forza dell'art. 25, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 46, in g.u. del 27 marzo 2014, n. 72, nonché sesta *bis*, circa la "Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale", inserita a mezzo dell'art. 1, comma 9, della legge 22 maggio 2015, n. 68, in g.u. del 28 maggio 2015, n. 122, oltre alla moltitudine di norme che hanno rinnovato le altre parti in tutti questi anni.

[3] Come relazionato da A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La tutela ambientale nella costituzione italiana: il punto della situazione*, in *Riv. Dir. Ec. Tras. Amb.*, n. 22, 2024, p. 96. In precedenza, A. ARUTA IMPROTA, *La tutela risarcitoria contro i danni ambientali. Normativa europea e italiana a confronto*, Milano, 2021, pp. 5-6.


ISSN 2036-7821

di danno per onorare, in prima enunciazione, la visione unitaria del sistema ambiente elaborata dalla giurisprudenza nostrana. Ma poi l'ardire del medesimo ha ceduto il passo al conformismo europeo e il risultato è stato, appunto, una contraddittoria definizione di illecito ambientale in due commi distinti»[4].

Ciò premesso, con particolare riguardo al pregiudizio dell'ultima risorsa naturale contemplata nella detta nozione di danno ecologico, ossia il "terreno", viene letteralmente effettuato il medesimo rimando alla direttiva-quadro 2004/35/CE[5] sulla

[4] A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La problematica formula definitoria del danno all'ecosistema*, in *Riv. Giur. Amb.*, n. 3, 2023, pp. 763-765. Piuttosto, per B. POZZO, *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2015, p. 225, è chiaro che «In riferimento alla nozione di danno ambientale il d.lgs. n. 152/2006 ha dato attuazione alla direttiva con la norma contenuta nell'art. 300, d.lgs. n. 152/2006. La norma riprende alla lettera le indicazioni che ci provengono dalla direttiva 2004/35/CE, da cui emerge una nozione di danno ambientale tripartita che prende in considerazione: il danno alle specie e agli habitat naturali protetti, il danno alle acque, il danno al terreno». Di avviso ancora diverso, E. ORLANDO, *Prospettive e problematiche nella trasposizione della direttiva 2004/35/CE sulla prevenzione e riparazione del danno all'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007, p. 686, secondo cui l'elenco delle matrici naturali di cui all'art. 300, comma 2, è solamente esemplificativo ed estende in tal senso la portata del generico comma 1. In giurisprudenza, la discussa decisione della Corte di cassazione, pen., sez. III, 14 novembre 2018, n. 51475, ha incluso anche l'inquinamento atmosferico, che trova regolamentazione nella parte quinta del codice sotto il profilo sanzionatorio/punitivo, nella nozione di danno ambientale in esame, in termini quindi prettamente risarcitori, ritenendo allo stesso modo estensivo il comma 2 dell'art. 300 del codice. Analogamente, la Corte dei conti, 31 luglio 2015, n. 137. In chiave restrittiva/delimitativa, invece, la Corte di cassazione, pen., sez. III, 2 maggio 2007, n. 16575.

[5] Avallata dal Parlamento europeo e dal Consiglio, in gazzetta ufficiale delle Comunità europee serie L. 143/56 dal 30 aprile 2004, la direttiva europea dopo è stata emendata dalla direttiva 2006/21/CE, sulla gestione dei rifiuti delle industrie estrattive e che modifica, appunto, la direttiva 2004/35/CE, nonché dalla direttiva 2009/31/CE, in materia di stoccaggio geologico di biossido di carbonio e apportante variazioni alle direttive 85/337/CEE, 2000/60/CE, 2001/80/CE, 2004/35/CE, 2006/12/CE, 2008/1/CE e al regolamento CE 14 giugno 2006, n. 1013. Sulla base dell'art. 1, e dei considerando nn. 2 e 18, la direttiva poggia sul principio basilare "chi inquina paga", coniato per la prima volta nella raccomandazione 26 maggio 1972, n. 128, emessa dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), secondo il quale il responsabile del danno ambientale o della minaccia di esso deve supportare tutti «i costi della prevenzione e delle azioni contro l'inquinamento come definite dall'Autorità pubblica al fine di mantenere l'ambiente in uno stato accettabile». In dottrina, di duplice finalità disincentivante e incentivante, e non di mera contrattualizzazione del prezzo per poter inquinare, scrive A. ARUTA IMPROTA, *La tutela risarcitoria*, cit., p. 30, riferendosi proprio al considerando n. 2 della direttiva. Così pure R. ROTA, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, Padova, 2012, p. 175, confermando in più l'originario valore preventivo e solo successivamente risarcitorio del principio in ambito comunitario. Da un'altra prospettiva, A. PALMA, *Il principio "chi inquina paga", fra responsabilità aquiliana e peculiarità del danno ambientale, nell'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *C.O.I.S. Riv.*, 2 maggio 2023, fa risalire la finalità dissuasiva del principio all'art. 191, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'U. e. (TFUE), che vincola la politica dell'Unione al raggiungimento di un elevato livello di tutela ambientale. Del resto, dalla relazione speciale della Corte dei conti dell'U. e. "*Il principio 'chi inquina paga' non è uniformemente applicato nelle diverse politiche e misure dell'UE*", XII, 2021, reperibile in portale istituzionale *www.eca.europa.eu*, pp. 4-7, si ricava che «L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ha introdotto per la prima volta il principio "chi inquina paga" nel 1972, dichiarando che chi inquina dovrebbe farsi carico delle spese per l'attuazione delle misure di prevenzione e riduzione dell'inquinamento introdotte dalle autorità pubbliche, al fine di garantire che l'ambiente sia mantenuto in uno stato accettabile. I responsabili delle politiche possono richiamarsi a tale principio per ridurre l'inquinamento e ripristinare le condizioni dell'ambiente. L'applicazione di tale principio fa sì che chi inquina sia incentivato a evitare i danni ambientali e sia considerato responsabile dell'inquinamento causato. È sempre chi inquina, e non il contribuente, a dover sostenere i costi che l'inquinamento comporta. In termini


ISSN 2036-7821

prevenzione e riparazione dei danni ambientali, cui si è data appunto esecuzione.
Sicché, in modo simile alla succitata direttiva, a differenza delle ipotesi di danno alle specie e agli habitat naturali protetti, nonché alle acque, il danneggiamento del terreno assume importanza solo se scaturisce un «rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente»[6].
E questo è comprovato dal fatto che «Tale singolare visione antropica, poi, si ritrova anche nelle successive norme sulla riparazione dei danni ambientali, la cui attuazione può realizzarsi attraverso due procedimenti di natura amministrativa, alternativi alla possibile via giudiziaria, in apparenza diversi tra loro ma eguali nella sostanza. L'uno, il "ripristino", di matrice europea, disciplinato agli articoli 305 e seguenti; l'altro, il "risarcimento", invece, ideato dal legislatore italiano, definito agli articoli 311-316 del Codice Ambientale.
Più nello specifico, nelle ipotesi di danno alle prime tipologie di risorse naturali, si deve effettuare, in primo luogo, la c.d. "riparazione primaria", ossia l'insieme delle misure di ripristino concreto, volte a riportare le risorse e/o i servizi di esse compromessi alle condizioni originarie, precedenti al danno. Se, poi, la prima riparazione risulta incompleta o impossibile, bisogna dare luogo alla c.d. "riparazione complementare", finalizzata a compensare il mancato ripristino delle risorse naturali interessate dal danno con risorse e/o servizi equivalenti. Con la c.d. "riparazione compensativa", infine, si intraprendono azioni il cui unico scopo è compensare, con i medesimi criteri di equivalenza risorsa-risorsa e servizio-servizio, la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali a partire dall'evento dannoso

economici, ciò costituisce una "internalizzazione" di "esternalità ambientali negative". Quando i costi dell'inquinamento vengono posti a carico di chi inquina, il prezzo dei beni e dei servizi aumenta per incorporare questi costi. Dato che i consumatori danno la preferenza ai prodotti meno costosi, i produttori sono incentivati a commercializzare prodotti meno inquinanti». Cosicché, a tal fine, dalle pertinenti e allegate Risposte della Commissione europea alla relazione speciale della Corte dei conti europea "*Il principio 'chi inquina paga' non è uniformemente applicato nell'ambito delle diverse politiche e misure dell'UE*", pp. 2-5, viene ripreso quanto addotto dalla medesima OCSE: «L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economici (OCSE) ritiene gli strumenti di fissazione dei prezzi, comprese le tasse ambientali, uno strumento importante per l'attuazione del principio 'chi inquina paga'. Tale strumento comprende gli oneri, la tassazione dell'inquinamento consentito, la responsabilità ambientale e l'eliminazione graduale delle sovvenzioni dannose per l'ambiente» e, pertanto, concluso che «La Commissione sta intraprendendo azioni a sostegno dell'attuazione del principio "chi inquina paga" negli Stati membri, ma nonostante ciò tale principio non è ancora pienamente applicato… Spetta agli Stati membri garantire che sia fissato un prezzo per l'inquinamento nei limiti consentiti».

[6] Codice dell'ambiente, art. 300, comma 2, lett. d). Non a caso, anni a dietro la Corte di cassazione, pen., sez. III, 14 giugno 2011, n. 36818, statuì che «Ai fini della configurabilità oggettiva del danno ambientale, di cui all'art. 300, comma 2, lett. d), del Codice dell'Ambiente (D.Lgs. n. 152 del 2006), non rileva il livello di inquinamento in senso assoluto, ma l'incremento dell'inquinamento rispetto alle condizioni originarie. Ne deriva che siffatto danno sussiste (come acclarato nel caso di specie) allorché risulti accertata la presenza in discarica di rifiuti maggiormente inquinanti rispetto a quelli che la discarica, in base alle sue caratteristiche costruttive ed operative, è in grado di accogliere».


ISSN 2036-7821

fino al completamento della riparazione primaria.
Diversamente, nel caso di danno al terreno devono essere attuate tutte le misure idonee a rimuovere, circoscrivere o diminuire qualsiasi agente inquinante presente nel terreno che possa compromettere la salute umana, previo azionamento di procedure di valutazione del rischio "che tengono conto della caratteristica e della funzione del suolo, del tipo e della concentrazione delle sostanze, dei preparati, degli organismi o microrganismi nocivi, dei relativi rischi e della possibilità di dispersione degli stessi"»[7].
Per completezza, occorre ulteriormente certificare che il terreno in sé per sé non trova alcuna significazione oltre al "suolo e sottosuolo", mentre per quanto concerne il ripristino, viene ancora una volta puntualizzato che «s'intende: nel caso delle acque, delle specie e degli habitat protetti, il ritorno delle risorse naturali o dei servizi danneggiati alle condizioni originarie; nel caso di danno al terreno, l'eliminazione di qualsiasi rischio di effetti nocivi per la salute umana e per la integrità ambientale».
Anche se, subito dopo, viene limpidamente affermato che «In ogni caso il ripristino deve consistere nella riqualificazione del sito e del suo ecosistema, mediante qualsiasi azione o combinazione di azioni, comprese le misure di attenuazione o provvisorie, dirette a riparare, risanare o, qualora sia ritenuto ammissibile dall'autorità competente, sostituire risorse naturali o servizi naturali danneggiati»[8].
Una disposizione, quest'ultima, certamente valida anche per il terreno, ma che parrebbe essere affievolita nella sua cogenza da quella contenuta nel pertinente allegato tecnico, in virtù della quale le anzidette misure di riparazione devono "considerare l'opzione" di ripristino naturale del terreno in sé senza interventi umani diretti[9], e non necessariamente «consistere nella riqualificazione del sito e del suo ecosistema» come prima.
Inoltre, le generali norme sulla riparazione dei danni ambientali sono irretroattive e prevedono un doppio regime di responsabilità oggettiva[10], basata sul mero nesso

[7] A. ARUTA IMPROTA, *Riparazione del danno al terreno e bonifica del sito contaminato: differenze e aspetti critici*, in *R.G.A. Online*, n. 30, aprile 2022. Sull'ultimo aspetto descritto, la pertinente Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. IV, 8 luglio 2010, n. 343: «Un'applicazione corretta del principio di precauzione presuppone, in primo luogo, l'individuazione delle conseguenze potenzialmente negative per la salute derivanti dall'uso di MMT che viene proposto e, in secondo luogo, una valutazione complessiva del rischio per la salute basata sui dati scientifici disponibili più affidabili e sui risultati più recenti della ricerca internazionale. Qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito a causa della natura insufficiente, non concludente o imprecisa dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive, purché esse siano non discriminatorie e oggettive». L'anzidetto principio, è sancito all'art. 191, comma 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché all'art. 301 c.a.

[8] Art. 302, comma 9, c.a.

[9] Cfr. Allegato 3 alla parte sesta c.a., par. 2, commi 1-2.

[10] Già prima della riforma del 2013, di cui si dirà al terzo paragrafo della presente trattazione, F. DEGLI INNOCENTI, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, in *Cont. e Impr.*, n. 3, 2013, p. 765, relativamente alla responsabilità oggettiva in materia ambientale considerava che «Come si è visto, un sistema di


ISSN 2036-7821

eziologico[11], e colposa[12], sempre indirizzata esclusivamente sul soggetto "operatore"[13]; rimettono, ancora, allo Stato, nella persona del Ministro dell'ambiente,

---

responsabilità oggettiva consente una più agevole individuazione di un responsabile, è in grado di incidere sul "livello di attività" dei possibili danneggianti (inducendoli, eventualmente, a ridurre l'entità o la frequenza di esercizio dell'attività), rende più agevole la liquidazione del danno a favore delle vittime (con le incognite che rimangono, però, in caso di eventi di portata catastrofica ovvero nell'ipotesi in cui non siano identificabili specifiche "vittime", poiché i beni lesi appartengono alla collettività, latamente intesa) e ha costi transattivi inferiori. Tuttavia, questo tipo di modello può difettare sotto altri profili: non risulta sempre confacente all'esigenza di agire in precauzione, prima che il danno si verifichi; non garantisce comunque dall'immissione di "esternalità negative" che potranno poi difficilmente essere "smaltite" dal sistema; favorisce una funzione deterrente, ma non offre garanzie al riguardo, stante il diffuso ricorso a sistemi assicurativi che, ad ogni modo, coprono le imprese».

[11] Al riguardo, si vedano E. POMINI, *"Chi inquina paga" e nesso di causalità: sufficiente il criterio del "più probabile che non"*, in *R.G.A. Online*, 1-7-2024, e la stessa F. DEGLI INNOCENTI, *I criteri di imputazione*, cit., p. 758: «Anche nell'ordinamento italiano la giurisprudenza ammette, in campo amministrativo-ambientale, il ricorso a presunzioni per l'individuazione del nesso causale, sul presupposto che, in materia di responsabilità civile, trovi applicazione il principio del "più probabile che non", compatibile con un sistema fondato su elementi presuntivi, e non la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", tipica del processo penale». Proseguendo in nota n. 34 che «Sulla possibilità di accertare la responsabilità dell'inquinatore 'in via indiretta', attraverso il meccanismo delle presunzioni semplici ex art. 2727 c.c., sulla base di indizi "*gravi, precisi e concordanti*" e tenendo conto del "*id plerumque accidit*", cfr. *ex multis*: T.A.R. Piemonte, sez. II, 11 ottobre 2004, n. 2207, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, 1, p. 152, con nota di Peres, Obbligo di bonifica, accertamenti istruttori e presunzioni; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 24 marzo 2010, n. 1575, in Resp. civ. e prev., 2010, 9, p. 1881, con nota di Carapellucci, *"Chi inquina paga": il punto su responsabilità dell'inquinatore e proprietario incolpevole nella bonifica dei siti inquinati*. Sulla differenza fra accertamento del nesso causale nel processo civile e nel processo penale cfr. anche Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Il civilista*, 2010, 2, p. 87». Orientamento, il presente, poi consolidato: Consiglio di Stato, sez. IV, 18 dicembre 2023, n. 10964, che rievoca la pronuncia del Consiglio di Stato, ad. plen. del 2019, n. 10; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 gennaio 2021, n. 172; Consiglio di Stato, sez. IV, 1° aprile 2020, n. 2195; Consiglio di Stato, sez, IV, 8 ottobre 2018, n. 5761. Sulla necessità di una prova rigorosa, invece, Consiglio di Stato, sez. V, 30 luglio 2015, n. 3756; Consiglio di Stato, sez.VI, 9 gennaio 2013, n. 56. A livello europeo, è stata la nota Corte di giustizia delle Comunità europee, sez. grande, 9 marzo 2010, in C-378/08, ancora valida, a deporre per la determinazione del nesso causale in via presuntiva, in base alla vicinanza tra l'attività esercitata dal soggetto considerato responsabile e il sito compromesso, nonché agli elementi contaminanti rilevati e quelli impiegati nell'esercizio dell'attività in questione.

[12] *Ergo* richiedente la tradizionale sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo (volizione/intenzione) o, al minimo, della colpa (negligenza, imprudenza e imperizia, ovvero violazione di leggi o regolamenti).

[13] Ovverosia, ai sensi dell'art. 302, comma 4, «qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere dette attività». Eppure, è appena il caso di constatare che «la distinzione tra le due forme di responsabilità ambientale non si esaurisce con il dettato del I comma dell'art. 298 *bis*, perché, più appresso, l'art. 311, II comma, la ribadisce, seppure con una variante di non poco conto. Infatti, secondo il tenore della disposizione, al di fuori dell'ipotesi di responsabilità ambientale oggettiva è palesemente responsabile "chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa". Non più, quindi, solamente l'operatore che esercita un'attività professionale a rilevanza ambientale non rientrante tra quelle di cui all'Allegato 5 alla Parte Sesta, ma "chiunque altro", qualsiasi responsabile. Si noti, tuttavia, che la direttiva europea utilizza concetti come "il responsabile" solo tra le considerazioni generali in premessa, ma agli articoli, poi, specifica inequivocabilmente che la responsabilità ambientale è dell'operatore, ossia colui che esercita un'attività professionale rischiosa per l'ecosistema e non "chiunque altro"! La disposizione induce chiaramente in errore, perché sembrerebbe che nelle ipotesi colpose qualsiasi persona fisica o giuridica possa considerarsi responsabile per un danno all'ambiente! Né


ISSN 2036-7821

le competenze istruttorie e decisorie nell'ambito dei procedimenti amministrativi finalizzati a riparare le componenti naturali lesionate, nonché la legittimazione ad agire in giudizio, in via alternativa, per il risarcimento dei medesimi danni[14]; presentano, in più, delle esimenti dall'imputabilità, oltretutto senza prescrivere oneri assicurativi o garanzie finanziarie obbligatorie in capo agli operatori, nonché esclusioni dall'applicazione della normativa[15], e al termine delle stesse, prefigurano le complicate ipotesi di inquinamento a carattere diffuso persino[16].
Purtuttavia, nella parte sesta sono prescritte solo modeste sanzioni pecuniarie[17] e non

si comprende perché il legislatore italiano abbia voluto ripetere lo schema del regime di responsabilità duale in due articoli diversi dello stesso testo normativo e per quale ragione abbia inteso apporre la variazione concettuale in questione in uno soltanto dei due articoli» (A. ARUTA IMPROTA, *Alcune considerazioni sul soggetto responsabile per la minaccia o il danno ambientale*, in *R.G.A. Online*, n. 32, giugno 2022; A. ARUTA IMPROTA, *Some Considerations on the Party Responsible for the Threat or Environmental Damage: International, European and Italian Legal System in comparison*, in *Acad. Lett.*, article 5556, 2022). Oltre al resto, è necessaria la precisazione della Corte dei conti, sez. I, 21-11-2016, n. 412: «L'art. 311 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, assoggetta a responsabilità chiunque arrechi danno all'ambiente e dispone che il Ministero dell'Ambiente agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento di detto pregiudizio in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale ed il successivo art. 313, comma 6, stabilisce che, nel caso di danno provocato da soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti, il Ministro dell'Ambiente, anziché ingiungere il pagamento del risarcimento per equivalente patrimoniale, invia rapporto all'ufficio di Procura regionale presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei conti competente per territorio. Ne consegue che la contestazione del danno ambientale è assoggettata a presupposti di procedibilità che ne escludono la cognizione diretta da parte del Giudice contabile (nel caso di specie, l'azione del Procuratore regionale è stata dichiarata improcedibile poiché diretta non a contestare il danno patrimoniale subito dalla Pubblica amministrazione per esborsi ma una fattispecie di danno ambientale)». Precedentemente, anche Corte dei conti, 31 luglio 2015, n. 137.

[14] Cfr. Artt. 298-*bis*, comma 1, 303, lett. f), 304, 305, 306, 306-*bis* e 311 c.a. Quanto alla legittimazione ad agire esclusiva dello Stato, la Corte costituzionale, 1° giugno 2016, n. 126, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, c.a. in rapporto agli artt. 2, 3, 9, 24 e 32 della Costituzione, poiché «tale normativa infatti non esclude che sussista il potere di agire di altri soggetti, comprese le istituzioni rappresentative di comunità locali, per i danni specifici da essi subiti».

[15] Cfr. Artt. 303, 308, comma 5 e 313, comma 6, c.a.

[16] All'art. 318, comma 4, c.a.: «Quando un danno ambientale riguarda o può riguardare una pluralità di Stati membri dell'Unione europea, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare coopera, anche attraverso un appropriato scambio di informazioni, per assicurare che sia posta in essere un'azione di prevenzione e, se necessario, di riparazione di tale danno ambientale. In tale ipotesi, quando il danno ambientale ha avuto origine nel territorio italiano, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare fornisce informazioni sufficienti agli Stati membri potenzialmente esposti ai suoi effetti. Se il Ministro individua entro i confini del territorio nazionale un danno la cui causa è invece verificata al di fuori di tali confini, esso ne informa la Commissione europea e qualsiasi altro Stato membro interessato; il Ministro può raccomandare l'adozione di misure di prevenzione e riparazione e può cercare, ai sensi della parte sesta del presente decreto, di recuperare i costi sostenuti in relazione all'adozione delle misure di prevenzione o riparazione».

[17] Segnatamente, «Il Codice in proposito contempla delle sanzioni amministrative pecuniarie solo in caso di ritardo, da parte dell'operatore, nell'attuazione delle operazioni di prevenzione e ripristino, ovvero nella comunicazione da parte di questi all'autorità competente circa il danno ambientale o la minaccia di esso verificatosi (v. Art. 304, II comma e art. 305, I comma). Né sono previste sanzioni amministrative accessorie di tipo interdittivo, come per esempio la revoca del provvedimento amministrativo che autorizza l'esercizio dell'attività inquinante. Tali sanzioni quindi hanno una finalità prettamente punitiva, comportando la privazione o la sospensione dei benefici e/o delle facoltà permessi da un provvedimento amministrativo, e trovano il loro fondamento normativo nell'art. 20 della Legge n. 689/1981. Solo il giudice ordinario penale può irrogare queste


ISSN 2036-7821

vi è l'obbligo di intervento statale in caso di inadempimento, mancata individuazione e non imputabilità dell'operatore[18], nonostante il preciso dovere costituzionale dello Stato di tutelare l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi[19].

Infine, con riferimento all'ipotesi di pluralità di danneggianti, la disciplina risulta quantomai duale, frammentata e contraddittoria nel prescrivere delle singolari forme di responsabilità parziaria e solidale, a seconda che il Ministro decida di agire in sede giudiziaria, in via amministrativa con l'adozione dell'ordinanza e di concludere una transazione, in sede giudiziale o stragiudiziale, avente a oggetto la riparazione dei siti di interesse nazionale[20].

---

due tipologie di sanzioni accessorie nei casi di condanna per reati ambientali, in forza dell'art. 25 *undecies* del D.lgs. n. 231/2001. Mentre al Ministro della Transizione Ecologica che scelga la via amministrativa per la riparazione dei danni ecologici, alternativa a quella giudiziaria, è preclusa tale possibilità. Così anche al giudice ordinario civile, cui lo stesso Ministro può rivolgersi, anche direttamente, per l'accertamento e la quantificazione del danno all'ambiente» (A. ARUTA IMPROTA, *La riparazione del danno ambientale e le eventuali sanzioni accessorie*, in portale giuridico *www.altalex.com*, 22 maggio 2022).

[18] Difatti, insiste solo la "facoltà" di intervento per il Ministro dell'ambiente, causa le antiquate previsioni di cui agli artt. 304, comma 4, e 305, comma 3, c.a. (cfr. A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La tutela ambientale*, cit., 91-93). In merito alla possibilità di estensione della responsabilità ambientale ad altri soggetti oltre all'autore materiale del danno, si è espresso positivamente il Consiglio di Stato, sez. IV, 12-1-2022, n. 217, riferendosi in specie a tutti «quei soggetti che hanno il controllo della fonte di inquinamento in virtù di poteri decisionali, o che rendono comunque possibile detta condotta in forza della posizione giuridica che rivestono all'interno dei rapporti con il diretto inquinatore».

[19] Cfr. Costituzione della Repubblica, art. 9, comma 3, inserito a opera della legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, in g.u. del 22 febbraio 2022, n. 44, per effetto della quale quindi «è stata modificata una norma molto delicata, ossia l'articolo 9 Cost., ricompresa fra i primi dodici articoli della Carta, espressione dei principi fondamentali che la giurisprudenza costituzionale ha considerato inderogabili anche rispetto alle norme internazionali, oltre che non sovvertibili o modificabili "nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana". Addirittura specificando, in un secondo momento, che: "Non v'è dubbio, infatti, ed è stato confermato a più riprese da questa Corte, che i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona costituiscano un 'limite all'ingresso […] delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, primo comma della Costituzione' (sentenze n. 48 del 1979 e n. 73 del 2001) ed operino quali 'controlimiti' all'ingresso delle norme dell'Unione europea (*ex plurimis*: sentenze n. 183 del 1973, n.170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), oltre che come limiti all'ingresso delle norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sentenze n. 18 del 1982, n. 32, n. 31 e n. 30 del 1971). Essi rappresentano, in altri termini, gli elementi identificativi ed irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale, per ciò stesso sottratti anche alla revisione costituzionale (artt. 138 e 139 Cost.: così nella sentenza n. 1146 del 1988)"» Nei predetti termini, A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La tutela ambientale*, cit., pp. 100-103. D'altro canto, fra gli autori più benevoli verso la riforma si segnalano M. D'AMICO, *Una riforma costituzionale importante*, in *R.G.A. Online*, 26 febbraio 2022; G. MARCATAJO, *La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione e la valorizzazione dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 2, 2022.

[20] Ci si riferisce al più approfondito commento degli artt. 311, comma 3, 313, comma 3 e il più recente 306 *bis*, comma 2, lett. f), c.a., offerto da A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La responsabilità ambientale per concorso: un approfondimento*, in *Dir. Giur. Agr. Al. Amb.*, n. 2, 2025, pp. 1-12. Invece, M. FERMEGLIA, *La Cassazione delinea lo statuto del ''nuovo'' danno ambientale*, in *N.G.C.C.*, a cura di G. ALPA, P. ZATTI, n. 32, luglio-agosto 2016, p. 1115, soffermandosi unicamente sulla disposizione dell'art. 311, comma 3, c.a., espone: «Il legislatore, circoscrivendo la


ISSN 2036-7821

***2. La disciplina ex parte quarta, d.lgs. 152/2006.***

La sistematica circa l'ipotesi di danneggiamento del terreno così come dianzi schematizzata, con alcuni suoi aspetti già di per sé opinabili, risulta per giunta ostacolata dal fatto che non è l'unica in realtà a regolamentare tale fattispecie concreta.

Questo perché la parte quarta del medesimo codice ambientale[21], al titolo V, contempla la "bonifica dei siti contaminati"[22], subito dopo la disciplina sulla gestione dei rifiuti[23].

Trattasi, nella pratica, di un procedimento di matrice amministrativa consistente nell'«insieme degli interventi atti ad eliminare le fonti di inquinamento e le sostanze inquinanti o a ridurre le concentrazioni delle stesse presenti nel suolo, nel sottosuolo e nelle acque sotterranee ad un livello uguale o inferiore ai valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR)».

---

responsabilità alla dimensione personale, ha dunque portato l'indagine a concentrarsi sull'accertamento circa l'effettiva sussistenza dell'elemento soggettivo in capo ai potenziali responsabili individuati, la cui valutazione si rivela di non banale portata, attesa le plurime modalità di imputazione dell'obbligazione risarcitoria; ma soprattutto ha conferito ruolo portante all'eziologia tra la condotta e l'evento dannoso, elemento definito peraltro dalla giurisprudenza europea come il fondamento logico e giudico dell'essenziale principio ''chi inquina paga''. Con riferimento a tale disciplina, pertanto, qualcuno ha sottolineato come la reintroduzione della responsabilità personale non inciderebbe sulla disciplina generale dell'imputazione del fatto dannoso complesso, bensì sarebbe mirata a evitare ogni responsabilità per fatto altrui. E proprio questa par essere l'impostazione seguita dalla Cassazione: essa rimarca come la responsabilità parziaria, integrando una deroga a un principio fondamentale in tema di tutela sostanziale del danneggiato, deve necessariamente mirare ad "ascrivere a ogni compartecipe anche per un modesto segmento di una delle condotte sfociate in un danno ambientale complessivo la responsabilità per l'ingentissimo danno che ne è derivato, anche quanto alle specifiche conseguenze non prevedibili o perfino non controllabili perché da ascriversi alla condotta indipendente di altri". Siffatta limitazione della responsabilità non potrebbe quindi che operare nei casi in cui vi sia netta distinguibilità fra plurime condotte indipendenti; di guisa che, a fronte di eventi lesivi frutto di azioni - dolose o colpose - tra loro inscindibili, "*concorrenti in senso stretto*" e legate da "*reciproci nessi di consequenzialità*", tornerà a vedersi applicato il regime generale *ex* art. 2055 cod. civ.» (con in nota n. 69 la Corte di cassazione, sez. III, 6 maggio 2015, nn. 9012-9013).

[21] Che ai sensi dell'art. 177, comma 1, «disciplina la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati, anche in attuazione delle direttive comunitarie, in particolare della direttiva 2008/98/CE, così come modificata dalla direttiva (UE) 2018/851 prevedendo misure volte a proteggere l'ambiente e la salute umana, evitando o riducendo la produzione di rifiuti, gli impatti negativi della produzione e della gestione dei rifiuti, riducendo gli impatti complessivi dell'uso delle risorse e migliorandone l'efficacia e l'efficienza che costituiscono elementi fondamentali per il passaggio a un'economia circolare e per assicurare la competitività a lungo termine dell'Unione».

[22] In abrogazione dell'art. 17, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, e del regolamento di cui al d.m. 25 ottobre 1999, n. 471. La disciplina *de quo* si trova agli articoli 239 e ss. del c.a. Sugli antecedenti legislativi, incluse le leggi 29 ottobre 1987, n. 441 e 9 novembre 1988, n. 475: L. PRATI, Responsabilità per danno all'ambiente e bonifica dei siti contaminati, Milano, 2011, p. 120 e ss.

[23] Il che «conferma la stretta connessione tra i due settori di disciplina (è sufficiente, sul punto, fare riferimento all'ipotesi in cui i rifiuti abbandonati sul terreno si mescolino con la matrice suolo, contaminandola e rendendo necessaria oltre alla rimozione anche l'esecuzione di interventi di bonifica). Ma la normativa in materia di bonifiche è anche strettamente collegata con quella in tema di danno ambientale che il d.lgs. n. 152/2006 tratta separatamente nella Parte VI. Sul piano sostanziale, infatti, gli interventi di messa in sicurezza e bonifica diretti al risanamento e al ripristino delle matrici ambientali possono considerarsi come un tipo di risarcimento del danno ambientale in forma specifica» (F. GRASSI, *Bonifica ambientale di siti contaminati*, in *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 426).


ISSN 2036-7821

Laddove, poi, per CSR si considerano «i livelli di contaminazione delle matrici ambientali, da determinare caso per caso con l'applicazione della procedura di analisi di rischio sito specifica secondo i principi illustrati nell'Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto e sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, il cui superamento richiede la messa in sicurezza e la bonifica. I livelli di concentrazione così definiti costituiscono i livelli di accettabilità per il sito»[24].
Così, la bonifica, parimenti alla riparazione del danno al terreno, si incentra sulla rimozione del rischio per la salute umana, ma in rapporto alla seconda di regola segue il ripristino[25] del "sito" in sé considerato, stavolta ben qualificato e in senso

[24] Art. 240, comma 1, lett. c) e p), c.a. A giudizio di L. PRATI, *op. cit.*, p. 125, rispetto alla previgente normativa «Il Codice dell'ambiente in sostanza ha introdotto, oltre al procedimento di caratterizzazione, già previsto in precedenza (composto, da una fase istruttoria, da una di approvazione e da una di integrazione dell'efficacia ed esecutiva) e a quello relativo alla progettazione (anch'esso composto da istruttoria, approvazione, integrazione dell'efficacia ed esecuzione), una terza fase, cioè quella dell'analisi del rischio. Ne deriva che secondo la fattispecie vigente l'evento che fa scattare l'obbligo vero e proprio di ripristino ambientale è diverso sotto un duplice profilo: a) perché è previsto solo come obbligo di danno, ossia come inquinamento e non come mero pericolo di inquinamento; b) perché l'inquinamento che costituisce l'evento di danno è a sua volta costituito dal superamento delle CSR, che è un livello di rischio superiore ai livelli di attenzione individuati dalle CSC, e quindi ai livelli di accettabilità già definiti dal D.M. n. 471/1999 (e che coincidono con le CSC). L'abbandono del concetto di "superamento ovvero pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti di accettabilità della contaminazione ambientale" sostituito da quello di "evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito", al comma 1 dell'art. 242, comporta un arretramento di tutela rispetto alla normativa precedente, in quanto l'obbligo di bonifica è ora subordinato ad una modificazione fisica della matrice ambientale (per l'appunto, l'"evento") che in precedenza poteva anche mancare del tutto, essendo sufficiente una situazione di oggettivo pericolo (ad esempio, un serbatoio in procinto di disperdere inquinanti)». In tale contesto, quindi, le concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) sono intese come «i livelli di contaminazioni delle matrici ambientali che costituiscono valori al di sopra dei quali è necessaria la caratterizzazione del sito e l'analisi di rischio sito specifica, come individuati nell'Allegato 5 alla parte quarta del presente decreto. Nel caso in cui il sito potenzialmente contaminato sia ubicato in un'area interessata da fenomeni antropici o naturali che abbiano determinato il superamento di una o più concentrazioni soglia di contaminazione, queste ultime si assumono pari al valore di fondo esistente per tutti i parametri superati»; mentre l'analisi di rischio sanitario e ambientale sito specifica si risolve nella valutazione «degli effetti sulla salute umana derivante dall'esposizione prolungata all'azione delle sostanze presenti nelle matrici ambientali contaminate, condotta con i criteri indicati nell'Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto» In ogni caso, il sito si considera "non contaminato" ove «la contaminazione rilevata nelle matrici ambientali risulti inferiore ai valori di concentrazione soglia di contaminazione (CSC) oppure, se superiore, risulti comunque inferiore ai valori di concentrazione soglia di rischio (CSR) determinate a seguito dell'analisi di rischio sanitario e ambientale sito specifica» (art. 240, lett. b), f) e s), c.a.). E per quanto concerne la «determinazione della soglia di concentrazione rilevante per le sostanze inquinanti non tabellate è legittima l'utilizzazione di parametri fissati per sostanze con analoghe caratteristiche» (Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2019, n. 2346). Fra l'altro, su tale "concessione" si sofferma sempre L. PRATI, ***Bonifica dei siti contaminati e sostanze non tabellate tra principio di precauzione e certezza del diritto***, reperibile in portale giuridico *www.ambientediritto.it*.

[25] Che in questo ambito si traduce, ai sensi dell'art. 240, comma 1, lett. q), c.a., negli interventi di "riqualificazione ambientale e paesaggistica" atti a «recuperare il sito alla effettiva e definitiva fruibilità per la destinazione d'uso conforme agli strumenti urbanistici».


ISSN 2036-7821

decisamente ampio[26], e non il contrario come avviene nella parte sesta[27]. Considerato, a monte, che la spiegazione etimologica di "inquinamento", quale «la contaminazione o le alterazioni chimiche, fisiche o biologiche delle matrici ambientali», la si ricava solo a mezzo della definizione della sua ipotetica ampia diffusione[28], poiché il testo primariamente si limita a tratteggiare il «sito contaminato: un sito nel quale i valori delle concentrazioni soglia di rischio (CSR), determinati con l'applicazione della procedura di analisi di rischio di cui all'Allegato 1 alla parte quarta del presente decreto sulla base dei risultati del piano di caratterizzazione, risultano superati»[29].

Dunque, un'altra speciale normativa avente sì, un'analoga funzione, ma le cui previsioni, diversamente da quelle sulla riparazione del danno ambientale, hanno efficacia retroattiva, predeterminano un regime di responsabilità solamente colposa[30],

[26] Secondo l'art. 240, comma 1, lett. a), c.a., come «l'area o porzione di territorio, geograficamente definita e determinata, intesa nelle diverse matrici ambientali (suolo, materiali di riporto, sottosuolo ed acque sotterranee) e comprensiva delle eventuali strutture edilizie e impiantistiche presenti».

[27] Cfr. artt. 240, comma 1, lett. q), e 242, comma 2., c.a. Circa la bonifica, L. GIZZI, *La bonifica dei siti inquinati nella giurisprudenza costituzionale ed amministrativa*, reperibile sulla rete interconnessa, p. 17, sottolinea che «Si tratta, insomma, di uno strumento pubblicistico teso non a monetizzare la diminuzione di valore del bene ambientale contaminato, bensì a consentirne il recupero materiale. Essa infatti pone, a carico del responsabile dell'inquinamento, un obbligo di *facere* sotto il controllo dell'amministrazione che deve, tra l'altro, approvare il progetto di bonifica, con l'unico scopo di ripristinare la situazione di fatto antecedente all'inquinamento ambientale e di rimuoverne gli effetti».

[28] I cui relativi interventi di ripristino ambientale e bonifica devono essere regolati con appositi piani dalle Regioni, eccetto le attribuzioni e i procedimenti prescritti per i siti oggetto di bonifica di interesse nazionale (cfr. artt. 239, comma 3, e 240, comma 1, lett. r), c.a.).

[29] Art. 240, comma 1, lett. e), c.a.

[30] Di conseguenza, A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La problematica formula*, cit., pp. 780-781, ragionevolmente esclude una «"responsabilità da posizione" (senza colpevolezza e nesso causale), ossia l'imputabilità degli obblighi di bonifica e ripristino per il solo fatto di essere proprietari o gestori del medesimo sito lesionato e, in questo senso, risulta inattuabile per analogia la responsabilità per danno cagionato da cose in custodia *ex* art. 2051 c.c. E ciò, quindi, per il semplice fatto che la parte Quarta del Codice ambientale ha carattere di specialità rispetto alle previsioni generiche del Codice civile e sancisce, per l'appunto, una fattispecie *ad hoc* che si regge su una forma di responsabilità espressamente a titolo di dolo o, quantomeno, colpa». L'autore quindi in nota n. 88 raggruppa i seguenti filoni giurisprudenziali maggioritari e minoritari: «Cons. Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2016, n. 4099. In precedenza, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 1768; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 5 maggio 2014, n. 183; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 19 ottobre 2012, n. 1664. *Contra*, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 2263». Parimenti contrari, già F. ANASTASI, *La gestione dei siti inquinati: la responsabilità dell'inquinamento nella sentenza del TAR Lombardia n. 1326/2017*, reperibile in portale giuridico *www.ambientediritto.it*, 2017, p. 7 e ss., il quale, comunque, tiene a sintetizzare le ragioni di quest'ultimo contrapposto indirizzo minoritario: «L'orientamento minoritario aveva rilevato che il proprietario dell'immobile, pur incolpevole, non è immune da ogni coinvolgimento nella procedura relativa ai siti contaminati e dalle conseguenze della constatata contaminazione, essendo in definitiva il soggetto al quale, pur senza una sua responsabilità, vengono poste a carico le obbligazioni risarcitorie conseguenti l'inquinamento (e ciò proprio e solo perché proprietario). Pertanto, ben può lo stesso essere reso destinatario di un obbligo di attuare i necessari interventi, salva successiva rivalsa nei confronti del responsabile, che l'Amministrazione ha l'obbligo di individuare»; A. LOLLI, *Il proprietario dei siti contaminati tra normativa sulle bonifiche e normativa sul danno ambientale*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 4, 2021, p. 16 e ss., secondo cui solo l'eventualità sempre presente nel codice ambientale dell'"aggravamento" dell'inquinamento può far scaturire un presupposto oggettivo di imputabilità


ISSN 2036-7821

addossabile, per di più, al soggetto puramente "responsabile dell'inquinamento"[31] e assegnano, in linea generale, le pertinenti competenze istruttorie e decisorie alle Regioni e agli Enti locali[32]. Tenuto conto, di fatto, che a paragone del procedimento disciplinato nella parte sesta, la bonifica può differentemente esplicarsi a seconda della natura e delle qualità del sito contaminato[33].

Inoltre, sono previste le ovvie esclusioni dall'applicazione della normativa in esame[34] e saltano all'occhio le solite mancanze di specifiche prestazioni assicurative o finanziarie a copertura degli ipotetici inquinamenti, stante la circostanza che in questa disciplina il potenziale contaminatore teoricamente potrebbe essere davvero chiunque, purché agisca con dolo o quantomeno colpa. Malgrado ciò, detta parte del codice predetermina un onere reale e un privilegio speciale sull'area contaminata, esercitabile anche in pregiudizio di eventuali terzi acquirenti del sito, qualora gli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino siano attuati d'ufficio dalle

---

dell'anzidetto proprietario. Avverso la configurabilità di una responsabilità da posizione, anche il più recente Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, 15 novembre 2018, n. 757. Orbene, pure nel settore delle bonifiche valgono le considerazioni circa l'indispensabile sussistenza del nesso di causa-effetto dimostrabile presuntivamente come nella precedente nota n. 11.

[31] Ovvero della potenziale contaminazione, come chiarito anche dall'art. 244 c.a. Infatti, la figura dell'"operatore" compare nell'ipotesi in cui questi sia semplicemente un "interessato", ancorché non responsabile, «a effettuare, a proprie spese, interventi di bonifica del suolo con riduzione della contaminazione ad un livello uguale o inferiore ai valori di concentrazione soglia di contaminazione», secondo la procedura semplificata per le operazioni di bonifica *ex* art. 242 *bis* c.a., oppure a livello generale ad attuare interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale secondo il susseguente art. 245 c.a. A ogni modo, si tenga presente che in passato il vecchio art. 17, comma 2, d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, in tema di bonifica prefigurava «una vera e propria forma di responsabilità oggettiva per gli obblighi di bonifica, messa in sicurezza e ripristino ambientale. Emendata da profili soggettivi, la responsabilità in questione era quindi attribuita sulla base del mero nesso eziologico esistente tra l'azione (o l'omissione) dell'autore dell'inquinamento ed il superamento – o pericolo concreto ed attuale di superamento – dei limiti di contaminazione, in coerenza col principio comunitario "chi inquina paga". L'unico accertamento che doveva essere compiuto per l'affermazione di responsabilità in capo all'inquinatore era pertanto quello relativo al nesso causale tra la condotta (commissiva od omissiva) dell'autore dell'inquinamento e l'evento (il superamento o il pericolo di superamento, dei suddetti parametri)» (L. PRATI, *op. cit.*, pp. 129 e ss.).

[32] Cfr. art. 242 c.a.

[33] Cfr. artt. 249, 252 e 252 *bis* c.a., rubricati, in ordine, "aree contaminate di ridotte dimensioni", "siti di interesse nazionale" e "siti inquinati nazionali di preminente interesse pubblico per la riconversione industriale". A tal fine, si consultino le osservazioni svolte da G. SAVARESE, *La caratterizzazione e bonifica dei siti contaminati alla luce del decreto legge 31 maggio 2021, n. 77*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 3, 2021, p. 6 e ss., che muovono da codesta schietta premessa introduttiva a p. 2: «Dal 2006 ad oggi si sono succeduti un gran numero di interventi normativi volti, nella maggior parte dei casi, a regolamentare specifiche circostanze in un'ottica di auspicata *semplificazione*. Meno frequentemente si è assistito ad interventi di *razionalizzazione* e *armonizzazione*. Le indicazioni per la conduzione del c.d. "*procedimento di caratterizzazione e bonifica*" si sono così infittite, a volte dando luogo ad "*universi paralleli*" ben distinti (è il caso di quelle *ex* art. 252 "relative alla rete di distribuzione carburanti") altre volte generando delle "*galassie*" nelle quali le tante disposizioni specifiche sono tenute insieme dall'ossatura fondante del Titolo V (è il caso di quelle per i Siti di Interesse Nazionale)».

[34] Cfr. art. 239, comma 2, c.a.


ISSN 2036-7821

autorità competenti[35].

Ancora, sono previste le sanzioni dell'arresto e dell'ammenda per l'omessa bonifica e la mancata comunicazione alle autorità competenti[36] e sempre contrariamente a quanto previsto per il Ministero dell'ambiente nell'ambito del risarcimento del danno ecologico, qui sussiste l'obbligo di intervento[37] per gli Enti locali e le Regioni nei casi di inattivazione o mancata individuazione del responsabile e del proprietario del sito[38].

Da ultimo, quanto all'ipotesi di inquinamento riconducibile a più eventi, a differenza della confusa parte sesta, "sembrerebbe" che dalla previsione dell'art. 242 del codice si delinei una forma di responsabilità di tipo parziario e non solidale, alla luce della determinazione dell'effettivo contributo causale individuale «sulla base della storia del sito e delle attività ivi svolte nel tempo»[39].

### *3. L'origine del conflitto fra le due parti del codice ambientale e la possibile chiave interpretativa.*

Una volta analizzate queste due complesse normative, vi è da rappresentare che la preannunciata lettera i), dell'art. 303, del codice ambientale, escludeva l'applicazione delle regole sul danno ambientale «alle situazioni di inquinamento per le quali siano effettivamente avviate le procedure relative alla bonifica, o sia stata avviata o sia intervenuta bonifica dei siti nel rispetto delle norme vigenti in materia, salvo che ad esito di tale bonifica non permanga un danno ambientale».

---

[35] Cfr. art. 253 c.a. Fermo restando, come anticipato, che «L'amministrazione non può imporre al proprietario di un'area contaminata, il quale non sia l'autore dell'inquinamento, l'obbligo di porre in essere le misure di messa in sicurezza di emergenza e di bonifica, di cui all'art. 240, comma 1, lettere m) e p) D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente), in quanto gli effetti a carico del proprietario incolpevole restano limitati a quanto espressamente previsto dall'art. 253 del medesimo decreto legislativo in tema di onere reali e privilegi speciale immobiliare» (Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2016, n. 4875. Anche, Consiglio di Stato, sez. VI, 7 novembre 2016, n. 4647; Tribunale amministrativo regionale Marche, Ancona, sez. I, 8 febbraio 2021, n. 192; Tribunale amministrativo regionale Lombardia, Milano, sez. IV, 20 gennaio 2017, n. 144).

[36] Cfr. art. 257 c.a. Sia chiaro che l'omessa bonifica è altresì integrata da quella postuma di cui al all'art. 452 *terdecies* del codice penale. Inoltre, sul piano giudiziario fu la Corte di cassazione, pen., sez. III, 30 ottobre 2007, n. 40191, a concludere che «In tema di bonifica dei siti contaminati, ai fini della configurabilità del reato omissivo previsto dall'art. 257, comma primo, del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, la segnalazione che il responsabile dell'inquinamento è obbligato ad effettuare alle autorità indicate in base all'art. 242 del medesimo decreto è dovuta a prescindere dal superamento delle soglie di contaminazione».

[37] Previa diffida ad adempiere a mezzo dell'ordinanza amministrativa *ex* art. 244, comma 2, c.a.

[38] *Ex* artt. 244, comma 4, e 250 c.a.

[39] Di tale parere, L. PRATI, *op. cit.*, p. 137, in nota n. 42. Altresì, F. PERES, *La bonifica dei siti contaminati e il risarcimento del danno all'ambiente*, in portale giuridico *www.ambientesicurezzaweb.it*, 22 dicembre 2020, il quale sostiene che in sede di bonifica la scelta di una responsabilità di tipo parziario appare coerente con il principio cardine chi inquina paga (espressamente enunciato all'art. 239, comma 1, c.a.) e con il regime unicamente colposo ivi previsto, sebbene per finitezza il medesimo riporta i due opposti orientamenti a sostegno della responsabilità solidale (Consiglio di Stato, sez. IV, 18 dicembre 2018, 7121; Consiglio di Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668) e parziaria (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. III, 4 marzo 2015, in C-534/13; Consiglio di Stato, sez. V, 30 luglio 2015, n. 3756).


ISSN 2036-7821

Cosicché, rispetto a questa formulazione, in dottrina qualcuno si esprimeva in termini di "residualità" della parte sesta nei soli casi di danno ambientale rilevabile a conclusione della bonifica, considerata la conferma data dal costrutto che inibiva l'applicazione della prima pure nell'ipotesi in cui fosse «intervenuta la bonifica dei siti nel rispetto delle norme vigenti in materia», nonché dall'art. 311, comma 1, del codice[40].

Di qui, l'esegesi in base alla quale la bonifica si concretizzava nella riparazione delle matrici ambientali compromesse in forma specifica, qualora vi fosse un rischio di effetti tossici per la salute umana; mentre in mancanza del predetto rischio, potevano intervenire le norme sui pregiudizi ecologici unicamente per la riparazione delle risorse naturali in quanto tali[41]. Un'interpretazione, l'anzidetta, «non convincente, soprattutto perché l'art. 300 del Codice, già esistente, definisce a tutt'oggi in modo specifico anche l'ipotesi del danno al terreno, che si distingue dalle altre ipotesi di danno alle specie e agli habitat naturali protetti, nonché alle acque, proprio perché considera primariamente l'eventuale rischio per la salute umana. E ciò trova conferma anche nelle menzionate disposizioni sulla riparazione di tale danno, finalizzata, per l'appunto, a rimuovere in primo luogo detto rischio... Oltremodo, l'articolo 117 della Costituzione, non a caso, attribuisce espressamente allo Stato anche la competenza legislativa in merito alla tutela dell'ambiente»[42].

Altri, piuttosto, intravedevano l'"alternatività" di due veri e propri modelli di responsabilità ambientale distinti e contrapposti, soprattutto in virtù della prima parte della soppressa previsione[43], oppure, più obiettivamente, la "conflittualità", da un lato, semantica, ingenerata dall'ultima parte dell'obsoleta prescrizione che si riferiva alla rimanenza di un danno ecologico lasciando, in tale maniera, incerta l'eventuale operazione di ripristino *ex* parte quarta oppure parte sesta in forma specifica, se non persino per equivalente pecuniario; dall'altro lato, sostanziale, fra le due parti ben diversificate e contrapposte del codice[44].

E se la situazione di diritto sinora elaborata lasciava spazio a dubbi ed equivoci, con la riforma addotta dalla legge europea 6-8-2013, n. 97[45], che ha addirittura eliminato l'argomentata lettera i), si è andati di male in peggio.

Ciò in quanto l'articolo 298 *bis*, comma 3, del codice, aggiunto in forza della legge in

[40] Una disposizione particolare che a tutt'oggi prevede la contestabile marginalità del risarcimento del danno ambientale per equivalente patrimoniale rispetto a quello in forma specifica. Infatti, i dettati normativi della direttiva-quadro 2004/35/CE e degli allegati alla stessa non concepiscono proprio la riparazione del pregiudizio ambientale per equivalente patrimoniale/monetario (Cfr. A. ARUTA IMPROTA, *A proposito di responsabilità ambientale: il punto sulle norme in materia di riparazione dei danni ambientali*, in *R.G.A. Online*, 27 novembre 2021).

[41] Cfr. G. TADDEI, *Il rapporto tra bonifica e risarcimento del danno ambientale*, in *Amb. & Svil.*, n. 5, 2009, pp. 419-420.

[42] A. ARUTA IMPROTA, *Riparazione del danno al terreno*, cit.

[43] Cfr. L. PRATI, *op. cit.*, p. 119.

[44] Cfr. F. GIANPIETRO, *Bonifica e danno ambientale: due discipline a confronto*, in *Amb. & Svil.*, n. 1, 2012, p. 36 e ss.

[45] In g.u. del 20 agosto 2013, n. 194.


ISSN 2036-7821

parola, regola sicuramente quanto segue:
«Restano disciplinati dal titolo V della parte quarta del presente decreto legislativo gli interventi di ripristino del suolo e del sottosuolo progettati ed attuati in conformità ai principi ed ai criteri stabiliti al punto 2 dell'allegato 3 alla parte sesta nonché gli interventi di riparazione delle acque sotterranee progettati ed attuati in conformità al punto 1 del medesimo allegato 3, o, per le contaminazioni antecedenti alla data del 29 aprile 2006, gli interventi di riparazione delle acque sotterranee che conseguono gli obiettivi di qualità nei tempi stabiliti dalla parte terza del presente decreto».
Ma relativamente alle compromissioni del terreno successive all'entrata in vigore della novella legislativa, niente viene stabilito in merito all'ordine di attuazione delle due diverse parti del codice sulla riparazione del danno ambientale e sulla bonifica dei siti contaminati.
Per converso, è stato altresì ritenuto che le regole sul danno ambientale, *ex* parte sesta, debbano trovare applicazione, ai sensi dell'art. 300, comma 1, solo nei casi in cui i pregiudizi alle risorse naturali siano, per inciso, "significativi" e "misurabili", restando in tal guisa tutti gli altri casi suscettibili di essere affrontati nei modi e nei termini prescritti dalle norme di cui alla parte quarta sulla bonifica[46]: un rispettabile punto di vista, questo, che purtroppo incontra il suo principale limite già nella materiale difficoltà di stabilire la significatività e la misurabilità del danno pure e soprattutto a causa della portata eccessivamente "discrezionale" delle due peculiarità, che non facilita la risoluzione dei fattuali contrasti tra le Pubbliche amministrazioni. Oltre a tutto, se fosse così ovvia la posposizione dell'intervento statale rispetto a quello locale, il legislatore italiano non avrebbe stabilito quanto

[46] Per l'esattezza, secondo A. LOLLI, *Il proprietario dei siti contaminati*, cit., pp. 16-17, «Per quanto concerne la competenza in sede amministrativa volta a conseguire l'adempimento da parte del responsabile dei suoi obblighi: - La normativa sulle contaminazioni com'è noto prevede una competenza locale (art. 242 Codice ambiente); - La normativa sull'ambiente prevede come è altrettanto noto una competenza ministeriale (art. 300 e segg. Codice ambiente). Risulta allora necessario armonizzare le due discipline. La lettera della normativa consente di distinguere tra le due competenze: - Un evento che può portare ad una contaminazione potenziale o che rappresenta una contaminazione, è di competenza locale; - Un evento che può portare o che ha portato con imminenza ad una contaminazione "significativa e misurabile" può entrare in competenza ministeriale: art. 300 Codice ambiente: "È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima". Mentre la competenza locale non trova limiti sulla base delle dimensioni della contaminazione (o del suo aggravamento), la competenza ministeriale invece ha un limite dimensionale, dovendo essere il rischio o la contaminazione "significativa e misurabile". Anche sulla base di un principio di sussidiarietà, in coerenza con la Costituzione, l'azione ministeriale non può svolgersi in ogni caso di potenziale contaminazione, ma nei soli casi in cui tale contaminazione diventi "significativa e misurabile", o per le dimensioni o per l'inerzia degli enti locali. Non si giustifica un intervento ministeriale in altri casi, con riferimento a contaminazioni che non sono significative e misurabili. In ogni caso, stante la competenza locale su ogni genere di contaminazioni, anche gravi, un intervento ministeriale, sulla base di un principio di ragionevolezza e leale cooperazione deve estrinsecarsi coinvolgendo gli enti locali, anche nella forma di una richiesta di parere».


ISSN 2036-7821

contenuto nella vecchia e dibattuta lettera i). Quindi, le predette caratteristiche del danno ecologico potrebbero, tutt'al più, demarcare l'ambito di applicazione fra la tutela ambientale risarcitoria della parte sesta e quella repressiva di base del codice penale[47] come, per esempio, il danneggiamento e l'incendio boschivo, *ex* artt. 635 e 423 *bis*, nonché specifica di altre parti del codice ambientale, come gli scarichi di acque reflue industriali senza autorizzazione e la combustione illecita di rifiuti *ex* artt. 137 e 256 *bis*[48].

Viceversa, ancora, qualcun altro si è pronunciato a favore della possibilità di esperire contemporaneamente le due discipline, benché discordanti, confidando – presumibilmente – in una solida cooperazione istituzionale a fronte della delicatezza delle situazioni narrate fino a questo punto[49]. Tuttavia, quest'ultimo pensiero garanzie in tale prospettiva non ne palesa e, a maggior ragione, non si rivela abile a ridurre i disaccordi fra gli Enti preposti a intervenire per legge.

E pensare che la riforma, a suo tempo, si rese necessaria quale risposta formale al parere motivato complementare della Commissione europea del 26 gennaio 2012, in diritto, lett. C), "L'esclusione prevista dall'art. 303, lettera i), del decreto legislativo 152/2006: violazione degli articoli 3 e 4 della direttiva": un atto attraverso il quale le istituzioni europee contestarono allo Stato italiano l'indefinitezza della norma nazionale proprio in riferimento alla sua *ratio* determinativa dell'ambito di esecuzione delle due discipline in commento.

Per cui, allo stato attuale, bisogna muovere da queste consapevolezze e pragmaticamente considerare pure che «L'attività di smaltimento dei rifiuti, ad esempio, è già di per sé un'attività pericolosa, che può dare luogo a una commistione di forme di responsabilità e, quindi, di discipline, sia del codice dell'ambiente sia del codice civile… Questo è possibile, in prima analisi, perché l'autore dell'inquinamento può coincidere con il proprietario o gestore del terreno contaminato, il quale, a causa della discutibile soppressione della lettera i), dell'art. 303, del codice dell'ambiente, può essere tenuto, oltre alla rimozione dei rifiuti (artt. 192 e ss.), alla bonifica (artt. 239 e ss.) e alla riparazione del danno al terreno (artt. 298 *bis* e ss.)»[50].

---

[47] Posto che la tutela penale *ad hoc* di cui al titolo VI *bis* dello stesso codice (introdotto con la legge 22 maggio 2015, n. 68, in g.u. del 28 maggio 2015, n. 122), contenente i nuovi "delitti contro l'ambiente", tiene fede alla concezione di danno ambientale *ex* art. 300 del codice dell'ambiente.

[48] Salvi comunque i profili risarcitori individuali generalmente prescritti agli artt. 2043 e 2059 del codice civile.

[49] Si tratta sempre di M. FERMEGLIA, *La Cassazione*, cit., p. 1111: «Anzitutto, è stato abrogato l'art. 303, lett. i), rendendo completamente autonomi i procedimenti di bonifica e danno ambientale. L'unica forma di coordinamento è ora rappresentata dal neo-introdotto art. 298-*bis*, comma 3º, il quale individua l'ambito d'applicazione delle rispettive discipline; di talché il procedimento di bonifica potrà esperirsi contemporaneamente all'azione di danno ambientale».

[50] A. ARUTA IMPROTA, *op. cit.*, pp. 77-78. Una posizione particolare, quella del proprietario o gestore del sito compromesso, annoverabile unicamente tra le esclusioni catalogate dall'art. 303 c.a. che stranamente non la disciplina, come ritenuto dal medesimo autore in *La problematica formula*, cit., pp. 777-787. Al contrario, A. LOLLI,


ISSN 2036-7821

Ciononostante, il "primato" delle competenze dello Stato, e quindi delle regole raccolte nella parte sesta, sulle attribuzioni degli Enti locali e delle Regioni, come pure sulle disposizioni di cui alla parte quarta, in linea di principio è riscontrabile, da un verso, dalla menzionata nuova disposizione dell'art. 9, comma 3, Cost., e da quella primitiva *ex* art. 117, comma 2, lett. s), Cost., che conferisce allo stesso Ente centrale perfino la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente[51]; dall'altro verso, seppure indirettamente, dalla giurisprudenza italiana:

«Sul tema, la Corte Costituzionale si è espressa chiaramente. Difatti, in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 24 e 32 della Costituzione, ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 311, I comma, del Codice Ambientale, nella parte in cui viene attribuita unicamente allo Stato, nella persona dell'odierno Ministro della Transizione Ecologica, la legittimazione all'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno ambientale. Così come ha escluso, categoricamente, la legittimazione concorrente o sostitutiva delle Regioni e degli Enti locali sul cui territorio si è verificato il danno ambientale...

In seguito, anche la Corte di Cassazione ha deposto in tal senso, ribadendo, altresì, che gli altri soggetti interessati dal danno ambientale, persone fisiche o giuridiche, incluso le Regioni e gli Enti locali, possono sempre agire in giudizio - *ex* art. 2043 c.c. - per il risarcimento di qualsiasi danno patrimoniale e non patrimoniale, ulteriore e concreto, subìto a causa del danno ecologico verificatosi»[52].

---

*Il proprietario dei siti contaminati*, cit., p. 17, depone a favore della semplice estensione in via interpretativa della fattispecie in argomento alla parte sesta.

[51] Celebre, da questo punto di vista, la Corte costituzionale, 23 luglio 2009, n. 235: «Non è fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalle Regioni Calabria e Puglia avverso l'art. 299, comma 5, del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 in riferimento all'art. 117 Cost. e al principio di leale collaborazione. La norma impugnata, secondo cui il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, di concerto con quelli dell'economia e delle attività produttive, fissa i criteri per le attività istruttorie volte all'accertamento del danno ambientale, non realizza una interferenza nelle attribuzioni legislative regionali. I rapporti tra la competenza legislativa esclusiva statale in materia di "tutela dell'ambiente" e le competenze regionali su altre materie, sulle quali la disciplina statale ambientale può incidere, sono nel senso che la disciplina unitaria del bene ambiente prevale su quella regionale, rappresentando, per quest'ultima, un limite, salva la facoltà per le Regioni di dettare norme di tutela ambientale più elevate, nell'esercizio di competenze loro proprie. Pertanto, lo Stato detta, in questo ambito, una disciplina inderogabile in peius, che si impone all'autonomia delle Regioni e le vincola».

[52] In tal modo, A. ARUTA IMPROTA, *Riparazione del danno al terreno*, cit., in relazione alle sentenze Corte costituzionale, 1° giugno 2016, n. 126, e Corte di cassazione, pen., sez. III, 29 agosto 2016, n. 35610. Ugualmente, A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La problematica formula*, cit., pp. 774-775. In senso contrario, Corte costituzionale, 15 luglio 2009, n. 235, in base alla quale l'art. 311, comma 1, del codice dell'ambiente, pur non ammettendo espressamente la legittimazione ad agire delle Regioni e degli Enti locali, «neppure la esclude in modo esplicito». Sull'argomento, si rivela utile la sintesi della situazione anteriore all'approvazione del codice ambientale descritta da M. MACCARONI, *Il danno ambientale*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, maggio 2012, in nota n. 8: «Dottrina e giurisprudenza hanno discusso a lungo sul significato e la portata della legittimazione all'esercizio dell'azione prevista dall'art. 18 per i cd. enti territoriali minori. I dubbi sono sorti per l'apparente discrasia dei commi 1° e 3° dell'art.18: mentre il 1° comma individua il solo Stato quale destinatario del risarcimento da parte dell'autore del fatto illecito, il 3° comma del medesimo articolo attribuisce sia allo Stato che agli altri enti


ISSN 2036-7821

Quantunque, a onore del vero, tale primazia ora come ora è messa in discussione dalla subentrata legge 26 giugno 2024, n. 86[53], recante "Disposizioni per l'attuazione dell'autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione", in base al quale «Ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere 1), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s), 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'art. 119. La legge è approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata»[54].

Perciò, una legge chiarificatrice delle procedure legislative e amministrative per dare

territoriali la legittimazione all'esercizio dell'azione di risarcimento del danno ambientale. Il dato normativo, dunque, legittima due letture, entrambe compatibili con il tenore letterale dell'art.18: sia una interpretazione che individua nello Stato l'unico titolare del diritto al risarcimento del danno con una legittimazione soltanto alternativa degli enti territoriali, sia una ricostruzione che considera Regione ed enti locali titolari di un'autonoma potestà di ottenere un risarcimento con una legittimazione concorrente rispetto a quella dello Stato. Invero, non sono mancate pronunce giurisprudenziali che hanno individuato nello Stato l'unico beneficiario del risarcimento del danno ambientale (Vedi Cass. pen., sez. III, 19 dicembre 1990, in CP, 1991, I.). La legittimazione degli enti territoriali sarebbe meramente alternativa rispetto a quella dello Stato, nel senso che l'ente locale sarebbe mero sostituto processuale dello Stato ed agirebbe per ottenere un risarcimento in realtà spettante allo Stato in via esclusiva. la titolarità della pretesa risarcitoria per la lesione del bene immateriale ambiente spetterebbe allo Stato in ragione dell'imputazione allo stesso dell'interesse pubblico alla salvaguardia dell'ambiente, mentre gli enti territoriali avrebbero la facoltà di azionare la mera azione di recupero spese per le opere di ripristino (TAR Veneto, sez. II, 25 gennaio 1993, n. 30, in Riv. Giur. Amb., 1993, p. 931). Sussistono, tuttavia, posizioni giurisprudenziali di segno contrario (Cass. Pen., 24 gennaio 1989, in Cass. pen., 1989, 2050; Cass. Civ., 17 gennaio 1991, n. 400, in Giust. Civ., 1991, p. 1190). Secondo quest'orientamento la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno spetta allo Stato in via primaria, ma non esclusiva, poiché la natura adespota del bene ambientale non consente che la titolarità di un tale bene sia riferita in via esclusiva allo Stato. D'altronde, se lo Stato fosse titolare di un diritto soggettivo pubblico sul bene ambiente, sarebbe arduo comprendere l'attribuzione agli enti locali della legittimazione all'esercizio dell'azione risarcitoria prevista dal medesimo art. 18 della l. 349/1986. La ragione di una simile previsione legislativa, invece, deriva dl rilievo che sia lo Stato che gli enti territoriali sono gli enti esponenziali della collettività, chiamati dal legislatore ad esercitare una funzione di tutela del bene ambiente. Tra le due distinte posizioni va segnalata quella giurisprudenza che sottolinea come le due legittimazioni ad agire siano *concorrenti*, identificando una legittimazione degli enti territoriali minori ad agire iure proprio in via autonoma e separata rispetto a quella dello Stato stesso (Tra le Corti di merito che hanno riconosciuto agli enti territoriali la titolarità *iure proprio* dell'azione di risarcimento *ex* art. 18 l. 349/86: Pret. Rovigo, 4 dicembre 1989, in Foro Italiano, 1990, II, p. 517). con l'ovvia limitazione dell'ambito territoriale di competenza. Tale orientamento appare senza dubbio più equilibrato anche nella considerazione che se si riservasse al solo Stato il diritto al risarcimento, l'ente territoriale minore sarebbe fortemente disincentivato a promuovere l'azione risarcitoria, almeno nei casi in cui non apparisse *prima facie* possibile il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile, con grave pregiudizio inferto al funzionamento del meccanismo sanzionatorio della responsabilità per danno ambientale».

[53] In g.u. del 28 giugno 2024, n. 150.

[54] Modificato così dall'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, in g.u. del 24 ottobre 2001, n. 248, che ha riformato il titolo V della Costituzione. Curiosamente, il comma 3, art. 116, Cost., è rimasto inattuato per tutto questo tempo.


ISSN 2036-7821

seguito alla disposizione costituzionale che, con tutta evidenza, entra a gamba tesa proprio su quel rafforzamento dell'autorità statale poc'anzi descritto, in quanto coinvolge anche la materia della tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali in quel processo concessivo delle non meglio inquadrate «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia»[55].

***4. Conclusioni.***

Al termine del presente elaborato, non si può che attestare una controproducente carenza di uniformità legislativa, originata dalla dubbiosa e contemporanea persistenza delle due già di per sé intricate discipline del danno ambientale, con particolare interesse al terreno, e della bonifica del sito inquinato. Come si è visto, infatti, la parte sesta e la parte quarta del codice ambientale, pur avendo la medesima finalità, presentano delle notevoli difformità a livello sia concettuale sia procedurale, soprattutto in termini di legittimazione ad agire per la prevenzione e il ripristino dei luoghi compromessi, di irretroattività o meno delle disposizioni ivi contenute nonché di individuazione del soggetto sul quale canalizzare la responsabilità ecologica.

Del perché sussista questa denunciata sovrapposizione tra le due normative, pienamente testimoniata dalle variegate interpretazioni dottrinali analizzate in dettaglio, non vi è dato sapere; nel senso che il legislatore nazionale in origine aveva

[55] Purché, secondo l'art. 1, commi 1-2, «nel rispetto dell'unità nazionale e al fine di rimuovere discriminazioni e disparità di accesso ai servizi essenziali sul territorio, nel rispetto altresì dei principi di unità giuridica ed economica, di coesione economica, sociale e territoriale, anche con riferimento all'insularità, nonché dei principi di indivisibilità e autonomia e in attuazione del principio di decentramento amministrativo e per favorire la semplificazione e l'accelerazione delle procedure, la responsabilità, la trasparenza e la distribuzione delle competenze idonea ad assicurare il pieno rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza di cui all'articolo 118 della Costituzione, nonché del principio solidaristico di cui agli articoli 2 e 5 della Costituzione, definisce i principi generali per l'attribuzione alle Regioni a statuto ordinario di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia in attuazione dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione e per la modifica e la revoca delle stesse, nonché le relative modalità procedurali di approvazione delle intese fra lo Stato e una Regione, nel rispetto delle prerogative e dei Regolamenti parlamentari... L'attribuzione di funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti equamente su tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione, nella normativa vigente alla data di entrata in vigore della presente legge o sulla base della procedura di cui all'articolo 3, dei relativi livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ivi compresi quelli connessi alle funzioni fondamentali degli enti locali nel rispetto dell'articolo 1, comma 793, lettera d), della legge 29 dicembre 2022, n. 197, che devono essere garantiti equamente su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), e nel rispetto dei principi sanciti dall'articolo 119 della Costituzione. Tali livelli indicano la soglia costituzionalmente necessaria e costituiscono il nucleo invalicabile per rendere effettivi tali diritti su tutto il territorio nazionale e per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, per assicurare uno svolgimento leale e trasparente dei rapporti finanziari fra lo Stato e le autonomie territoriali e per favorire un'equa ed efficiente allocazione delle risorse e il pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti civili e sociali». Per una consultazione dottrinale: A. RUGGERI, *Sovranità statale e autonomia regionale: quale il senso della loro distinzione, secondo modello come pure secondo esperienza?*, in *Riv. Dir. Aut. Terr.*, n. 3, 2024; G. M. FLICK, *Autonomia differenziata delle Regioni: perplessità e interrogativi*, in *Feder. – Paper*, 17 aprile 2024; R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione*, in *For. Quad. Cost.*, 16 marzo 2019.


ISSN 2036-7821

– giustamente – previsto una norma di coordinamento specifica, ossia la lettera i) dell'art. 303 c.a., ma a seguito della sua abrogazione non ha provveduto ad approvare delle disposizioni chiarificatrici, né tanto meno risolutive, valide per il futuro. Probabilmente, per non compromettere i delicati rapporti con le istituzione europee che hanno categoricamente messo in discussione la determinatezza dell'ormai obsoleta lettera i), quest'ultimo ha, da una parte, onorato il dovere di recepimento delle vagliate discipline di matrice europea all'interno del codice dell'ambiente[56], mantenendole sostanzialmente integre; dall'altra parte, eliminato radicalmente il problema della corretta definizione del loro ambito di applicazione, confidando dopo nella concreta attuazione della sussidiarietà e della leale collaborazione fra gli Enti pubblici designati dalla legge[57].

Ma quel che effettivamente resta, è comunque una situazione di profonda incertezza circa l'esecuzione delle rilevanti legislazioni *de quo*, rispetto alla quale sembrerebbe avere luogo – almeno di primo acchito – uno sbilanciamento a favore delle competenze statali e della parte sesta a opera dei più alti ranghi giudiziari, quali la Corte costituzionale e la Corte di cassazione, nonché legislativi, come comprovato dalle solide disposizioni di cui agli artt. 9, comma 3, e 117, comma 2, lett. s, della Carta fondamentale.

---

[56] Che scaturisce per effetto delle disposizioni della Costituzione di cui agli artt. 10, comma 1, in base al quale «L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» e 11, secondo cui «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

[57] Di derivazione europea (cfr. Trattato sull'Unione europea, art. 5. 3 e Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, art. 4. 2, lett. c)), il principio di sussidiarietà è sancito, in stretta connessione con il principio di leale collaborazione, agli artt. 118, commi 1 e 4, nonché 120, comma 2, della Costituzione, i quali praticamente si traducono nella «c.d. "sussidiarietà in senso verticale": la distribuzione in linea verticale delle funzioni amministrative dallo Stato, quale Ente centrale, verso gli Enti pubblici locali più vicini al cittadino e alle priorità del territorio, ossia i Comuni, salvo l'intervento dell'Ente di governo più lontano, sempre in linea verticale, qualora occorra assicurare l'esercizio unitario delle medesime funzioni. Più nel dettaglio, il comma 2 del successivo art. 120 Cost. prevede che "Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai con fini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione"» e nell'altrettanto nota «"sussidiarietà orizzontale", quale facoltà per il cittadino, anche come associato, di coadiuvare le istituzioni nella realizzazione dei propri interessi» (A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La tutela ambientale*, cit., pp. 82-85, note nn. 21 e 22. L'autore, poi, per l'approfondimento degli aspetti della sussidiarietà e degli altri collegati principi di adeguatezza, differenziazione e integrazione, suggerisce la lettura di A. Cogliandro, *La sussidiarietà nei trattati europei e nella costituzione italiana*, in portale giuridico *www.ambientediritto.it*, 22 giugno 2015; F. Carinci, *Il principio di sussidiarietà verticale nel sistema delle fonti*, in *For. Quad. Cost.*, 20 novembre 2006; M. Salzano, *Principio di adeguatezza e forme associative*, in portale accademico *www.elea.uni sa.it*, pp. 13-18; F. Rolando, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea*, in *D.P.C.E. Online*, n. 2, 2023, p. 563 e ss.).


ISSN 2036-7821

Tra l'altro, detto dovere costituzionale di protezione statale dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi risulta idoneo ad arginare l'eventuale arbitrarietà della novella autonomia differenziata, specie in merito alle possibili istanze di gestione dei procedimenti di ripristino e messa in sicurezza del territorio, tanto è vero che prima ancora della sua entrata in vigore si rifletteva sul fatto che «In una materia come la tutela ambientale e dell'ecosistema elevata al rango di principio fondamentale da osservare anche nell'interesse delle future generazioni, non possono sussistere o essere creati margini di differenziazione, suscettibili di derogare alle scelte del Parlamento nazionale. L'eventuale attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia alle Regioni non potrà prescindere inoltre da una puntuale verifica dell'uso che di tale "ulteriore" autonomia potrà essere fatto, ad esempio, nella scelta di realizzare sul territorio determinati impianti infrastrutturali e nella gestione (o, peggio ancora, nel consumo) del suolo, in maniera che essa si mantenga su un piano di compatibilità con i parametri qualitativi e quantitativi relativi alla erogazione dei LEPTA che si andranno a definire con i d.p.c.m. che saranno predisposti, da un lato, sulla base degli indirizzi espressi dal Parlamento e, dall'altro, attraverso il collaudato sistema di collaborazione istituzionale, tra cui, in primo luogo, il ricorso alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano e alla Conferenza Unificata»[58].
Pertanto, a prescindere da quali saranno le future concessioni di autonomia differenziata, sarebbe bene nel frattempo evitare inutili "impantanamenti" burocratico-amministrativi, fronteggiare le necessità di armonizzazione legislativa nonché semplificazione regolamentare anche in materia ambientale[59] e garantire un

[58] F. G. CUTTAIA, *Autonomia differenziata e tutela ambientale*, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 3, 2023, p. 17.

[59] Da realizzare soprattutto in osservanza del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), pp. 64-67, approvato in via definitiva dal Consiglio europeo il 13 luglio 2021 e reperibile in portale governativo *www.italiadomani.gov.it*. Sotto questo aspetto, G. SAVARESE, *La caratterizzazione e bonifica*, cit., pp. 5-6, riferisce ancora che «Il PNRR è stato predisposto come parte di una più ampia strategia per l'ammodernamento del Paese che include l'aggiornamento delle strategie nazionali in tema di sviluppo sostenibile. Ciò per contribuire al raggiungimento degli obiettivi ambientali fissati a livello UE tra i quali rientra la prevenzione dell'inquinamento. Invero poi, relativamente a questo aspetto, la "*Missione 2: Rivoluzione vede e transizione ecologica*" prevede interventi residuali. L'attenzione è per contro principalmente posta sull'impostare percorsi di *transizione ecologica* ed *economia circolare* del settore produttivo, a "*rendere più robuste le infrastrutture critiche, le reti energetiche e tutte le altre infrastrutture esposte a rischi climatici ed idrogeologici*" e a "*sviluppare una leadership tecnologica e industriale nelle principali filiere della transizione*". Sfiorano il tema *siti contaminati* alcune misure della "*Componente 4: Tutela del Territorio e della Risorsa Idrica*". Lo 0,2% delle risorse dell'intera Missione 2 è infatti destinato alla Bonifica dei Siti Orfani. Ma si tratta in sostanza di un incremento di risorse finanziarie su un ambito "marginale" se confrontato con quelli di cui all'analisi dei precedenti paragrafi. E, come si vedrà nel seguito, che non ha molti legami con i dettami decretati d'urgenza dal D.L. 77/2021 che pure tratta, secondo la Relazione, di "*misure di semplificazione che incidono sui settori più sensibili toccati dagli assi del PNRR*". Orbene, atteso che dovrà pure esserci un nesso tra *Siti Contaminati e PNRR*, evidentemente esso va ricercato altrove. E probabilmente si trova nel novero delle *Riforme Abilitanti* che hanno uno dei propri cardini nella Semplificazione e Razionalizzazione delle normative in materia ambientale. Ed infatti si legge nel PNRR che "*Gli interventi di semplificazione più urgenti… saranno adottati attraverso*


ISSN 2036-7821

elevato livello di tutela ecologica[60], perlomeno sotto i profili riparatori e punitivi. E per fare ciò, tenere salda e coerente la competenza dello Stato, mettendo da parte quella prassi istituzionale che ricorre al labile strumento delle linee guida[61] e abrogando direttamente la parte quarta sulle bonifiche o, in subordine, regolando esaustivamente l'ordine di attuazione delle normative rappresentate ai futuri casi concreti con una nuova lettera i) *ex* art. 303 c.a.[62]. Il che significa, nella seconda ipotesi, conferire la facoltà di azione degli Enti locali solamente nei casi di avvalorata inerzia oppure autorizzazione da parte dello Stato «e senza più la possibilità d'intervento della procedura di bonifica ove abbia già luogo la riparazione del danno al terreno, per ragioni di risparmio di tempi e costi delle complesse procedure»[63].

*un decreto-legge… entro maggio e convertito in Legge entro metà luglio. Gli altri interventi saranno realizzati attraverso leggi ordinarie..."*».

[60] Preventivato all'art. 191, comma 1, del TFUE, di cui si è fatto cenno in nota n. 5.

[61] Inclini a minare contemporaneamente «i principi di legalità nonché riserva di legge e, per l'effetto, la *ratio* stessa della gerarchia delle fonti del diritto», a opinione di A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La problematica formula*, cit., p. 787. Di altra valutazione, C. INGENITO, *Il ruolo delle linee guida in materia ambientale*, inserito nel volume di raccolta degli atti del convegno intitolato "Emergenza e tutela ambientale" e svoltosi presso la Camera dei deputati il 18 marzo 2019, in *Riv. Giur. Amb. Dir.*, n. 3, 2019, p. 10: «le linee guida, nel prescrivere condotte e comportamenti, sono qualificate, in via di fatto, quali vere e proprie fonti che nella loro indispensabilità, quali ausilio integrativo e tecnico della normativa primaria in settori delicati come quello ambientale, diventano imprescindibili. Pertanto, anche a causa della loro sempre più crescente diffusione, sembra prevalere il principio di affidare alle linee guida la disciplina di determinate materie, piuttosto che lasciare beni giuridici di rilievo come l'ambiente senza una tutela vera e propria anche a costo di erodere una porzione, seppur ancora relativa, del principio di legalità».

[62] Che in ogni caso dovrebbe essere l'unico articolo del codice a contemplare, fra le altre esclusioni, la fattispecie del proprietario/gestore incolpevole del sito contaminato.

[63] A. ARUTA IMPROTA MALTESE, *La problematica formula*, cit., p. 777. Similmente, in *Riparazione del danno al terreno*, cit.


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'autotutela della Pubblica Amministrazione in caso di irregolarità fiscali sorte dopo l'aggiudicazione

di **Lydia Martucci**

(Praticante Avvocato)

## Sommario

1. Premessa 2. L'autotutela amministrativa e cenni sull'autotutela tributaria 3. Revoca in autotutela dell'aggiudicazione illegittima: si può parlare di responsabilità precontrattuale? 4. Gli effetti dell'autotutela sul contratto pubblico 5. Il principio del risultato.

## Abstract

Regarding public tenders, the presence of fiscal irregularities that arose after the award, legitimizes the public administration to act in self-defense.
Different are the effects of such self-protection on the contract concluded, because at this stage the administration acts as *iure privatorum*. Moreover, it is also significant the principle of result as the administration aims to ensure the most favorable outcome.

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


ISSN 2036-7821

***1. Premessa.***

L'art. 80 comma 4 del d.lgs. 50/2016 e l'art. 94 comma 6 (d.lgs. 36/2023) rubricato "cause di esclusione automatica" chiariscono che la violazione grave e accertata degli obblighi relativi al pagamento delle imposte o tasse comporta l'esclusione automatica di un operatore dalla partecipazione ad una procedura; invero "*nelle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, l'esistenza di gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali legittima la stazione appaltante alla adozione del provvedimento di esclusione ai sensi dell'art. 80, commi 4 e 6, del D.lgs. 50/2016 in ogni momento della procedura ma fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva*[1]." Tali considerazioni derivano dal fatto che la violazione degli obblighi fiscali non può essere sanata ai sensi dell'art. 96 co.6 che omette la possibilità per l'operatore di dimostrare la sua affidabilità tramite misure adottate, come accade, invece, per le altre cause di esclusione; infatti: *"la fattispecie di cui all'art. 96 non contempla, fra le cause di esclusione che possono essere sanate, le violazioni fiscali. Ciò in quanto nell'incipit del paragrafo 6 dell'art. 57 della direttiva 24/2014 UE ("Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4") non richiama il paragrafo 2, dedicato all'inottemperanza agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali. Restano così fuori dal perimetro applicativo dell'istituto le violazioni fiscali e previdenziali […] Pertanto, la sussistenza dell'irregolarità fiscali non può essere sanata dopo la determinazione dell'offerta.*[2]" In definitiva, è pacifico il principio di esclusione automatica dell'operatore economico in caso di violazione degli obblighi relativi al pagamento delle imposte.

Tuttavia, curioso è il caso delle irregolarità fiscali emerse dopo l'aggiudicazione perché in tale circostanza vengono considerate come dei vizi illegittimi dell'aggiudicazione da dedurre tempestivamente; infatti, dopo lo spirare dei termini decadenziali residua in capo alla Pubblica Amministrazione il solo potere di agire in autotutela ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies, della legge 241/1990. Parte della giurisprudenza[3] definisce l'autotutela come un potere di secondo grado, costituente <<*manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa, di cui è titolare in via esclusiva l'amministrazione per la tutela dell'interesse pubblico*>>, si tratta pertanto, di una mera sollecitazione priva dell'obbligo di provvedere [4], salvo i casi in cui l'autotutela si configuri come doverosa, da limitarsi alle sole circostanze previste dalla legge ovvero da comprovate esigenze di giustizia. L'autotutela, pertanto, è dipesa dalla discrezionalità della Pubblica Amministrazione e deve essere giustificata da ragioni di interesse pubblico concrete e attuali, di conseguenza la presenza di irregolarità fiscali emerse dopo l'aggiudicazione non obbliga l'amministrazione ad

[1] T.a.r. Aosta, Sez. I, sentenza, 13 luglio 2018, n.36, in www.giustizia-amministrativa.it
[2] Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza, 29 settembre 2024, n.9596
[3] Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza, 9 gennaio 2024, n.301
[4] Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza, 21 maggio 2024, n.4518


ISSN 2036-7821

intervenire d'ufficio. L'unico rimedio esperibile potrebbe essere quello della risoluzione del contratto ex art. 108 comma 1, lett. c) d.lgs. 50/2016 in caso di violazioni emerse dopo l'aggiudicazione; tuttavia, anche in questo caso il termine "possono" lascia presumere che l'amministrazione non abbia il dovere di farlo ma sia dipeso dalla sua mera discrezionalità.
Pertanto, un interrogativo resta sullo sfondo: qualora la P.A. decida di non procedere in autotutela possono essere comunque sanate efficacemente le irregolarità fiscali sorte dopo l'aggiudicazione ed inoltre, sussiste, effettivamente una tutela per l'operatore economico? Si delinea un nodo problematico rilevante: da un lato, l'obbligo di garantire la legalità e il rispetto dei requisiti partecipativi lungo tutto il procedimento; dall'altro, l'esigenza di tutelare il legittimo affidamento del soggetto aggiudicatario e la stabilità del contratto pubblico.

***2. L'autotutela amministrativa e cenni sull'autotutela tributaria.***

L'autotutela consiste nella possibilità per la P.A. di rimuovere gli ostacoli che si interpongono tra il provvedimento e il raggiungimento del risultato. Nel tempo, si sono succedute due diverse concezioni di autotutela una più ampia, riconducibile al pensiero di Benvenuti che definisce l'autotutela come "*la generale capacità riconosciuta all'amministrazione di risolvere i conflitti attuali e/o potenziali nascenti tra i propri atti e i soggetti destinatari del potere*", e un'altra tesi più ristretta ascrivibile al pensiero di Giannini che considera tale potere come "*la capacità dell'amministrazione di portare coattivamente ad esecuzione le proprie decisioni, garantendo, dunque, concreta attuazione al fine pubblico con esse perseguito*" Il potere di autotutela trova, inoltre, riferimento negli artt. 97 della Cost. e nei principi di buon andamento dell'amministrazione e di legalità.
Considerate le premesse, è opportuno analizzare l'annullamento in autotutela d'ufficio.
L'annullamento d'ufficio, disciplinato dall'art. 21-*nonies* L. 241/1990, consegue ad un procedimento di secondo grado e attribuisce all'Amministrazione la facoltà di annullare entro dodici mesi, il provvedimento amministrativo illegittimo, qualora sussistano le ragioni di interesse pubblico. Comporta la definitiva rimozione dell'atto con efficacia retrodatata al momento della sua adozione. La norma, utilizzando il termine "può" sottolinea il carattere discrezionale dell'amministrazione la quale non è obbligata ad intervenire. A ribadirlo è anche la giurisprudenza che afferma come: "*l'autotutela, in via generale, rappresenti un potere ampiamente discrezionale rimesso alla valutazione di merito dell'Amministrazione, rispetto al quale non sussiste un obbligo giuridico di provvedere coercibile dall'esterno*[5]."

[5] T.a.r. Sicilia, Sez. III staccata di Catania, sentenza, 3 marzo 2025, n. 805, cfr. Consiglio di Stato, sentenza, n. 1513/2021


ISSN 2036-7821

Invero, la Pubblica Amministrazione è titolare di un potere di merito che si esercita previa valutazione di ragioni di interesse pubblico insindacabili da parte del giudice. L'intervento andrà effettuato solo in seguito ad una valutazione nel *quid*, nel *quomodo* e nell'*an*[6]. Anche in materia di appalti pubblici non è preclusa all'amministrazione la facoltà di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, ma si tratta sempre di un potere rimesso alla valutazione discrezionale dell'amministrazione[7]. La discrezionalità della Pubblica Amministrazione di attivare o meno l'autotutela rappresenta un aspetto problematico: se da un lato garantisce flessibilità e adattamento al caso concreto, dall'altro può generare un'incertezza applicativa ed un trattamento disomogeneo dei soggetti. Nel caso di specie, rischia di diventare un correttivo *ex post* per rimediare a carenze nella fase valutativa, creando un preoccupante precedente che normalizza l'inerzia della P.A. nella verifica dei requisiti *ex ante.*

Analoga è la situazione dell'Amministrazione finanziaria in tema di autotutela dove il denominatore comune è costituito dall'amministrazione che interviene su un provvedimento illegittimo già adottato. Diversa è, invece, la configurazione giuridica del potere esercitato dall'ente; infatti, in ambito tributario non si parla di diritto autoritativo pubblico ma di diritto potestativo[8], questo comporta che la posizione soggettiva del contribuente si qualifichi in termini di soggezione rispetto al potere dell'amministrazione di modificare unilateralmente l'altrui sfera giuridica.

Agli artt. 10 quater e quinquies dello Statuto del contribuente (L. 27 luglio 212/2000) si distingue tra un'autotutela doverosa e una facoltativa; in quest'ultimo caso, in particolare, l'amministrazione può procedere all'annullamento di atti in presenza di una loro illegittimità o infondatezza; tuttavia, la discrezionalità dell'ente è sempre legata all'individuazione di un interesse generale che renda doveroso l'annullamento[9]. Invero, non è sufficiente il mero interesse del privato all'annullamento dell'atto ma è necessario anche un bilanciamento con un interesse pubblico concreto, perché è vero che la definizione di interesse generale consiste nella protezione e soddisfacimento dei beni, ma dall'altra parte, tale interesse, concorre e - spesso anche coincide - con l'interesse privato individuale[10].

Rilevante è poi, il tema dell'autotutela sostitutiva in *malam partem*, ovvero il rischio che, l'amministrazione nell'esaminare un atto già emesso possa disporre una pretesa

[6] N. DURANTE, *L'autotutela doverosa,* Relazione svolta al corso di formazione sul tema "Il diritto amministrativo italiano tra diritto UE e CEDU", organizzato dall'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, il 14 marzo 2022

[7] T.a.r. Campania, sez. I, sentenza, 4 gennaio 2025, n.61

[8] N. DURANTE, *L'autotutela facoltativa tributaria,* 4 luglio 2025, www.giustizia-amministrativa.it

[9] M. DEMETRI, *Spunti di riflessione sulla nuova disciplina dell'autotutela tributaria*, rivista di diritto tributario, Pacini giuridica, 23 maggio 2024

[10] G. FARCOMENI, *Autotutela tributaria e interesse generale alla rimozione dell'atto,* rivista telematica di diritto tributario, Pacini Giuridica, 11 ottobre 2022, pag. 4


ISSN 2036-7821

fiscale più gravosa. Il dibattito che investe tale tematica si inscrive nel solco di un'ampia riflessione che vede come protagonista il principio di unicità dell'accertamento e l'introduzione dell'art. 9 bis dello Statuto, che chiarisce il ruolo dell'amministrazione. L'intervento in autotutela non può condurre ad un aggravamento della pretesa fiscale senza la scoperta di nuovi fatti; pertanto, un provvedimento di autotutela adottato *in malam partem* non è automaticamente legittimo ma deve essere valutato caso per caso, attenzionando al fragile equilibrio che sussiste tra l'interesse fiscale e il diritto di difesa del contribuente. Inoltre, l'art 9bis segna un limite per l'autotutela, esercitata solo in caso di vizi formali o procedurali.
Alla conclusione si affida la domanda finale: fino a che punto l'Ufficio può correggere il proprio operato senza interferire e ledere il principio di affidamento del contribuente?[11]

### *3. Revoca in autotutela dell'aggiudicazione illegittima: si può parlare di responsabilità precontrattuale?*

Fermo e assorbente quanto scritto in precedenza, è interessante analizzare se, in caso di revoca in autotutela dell'aggiudicazione illegittima, l'Amministrazione incorra in una responsabilità precontrattuale per il danno emergente e il lucro cessante quali la perdita di occasioni di lavoro. La giurisprudenza ritiene che *"la legittimità della revoca dell'aggiudicazione non esclude un possibile riconoscimento della responsabilità precontrattuale, nell'ipotesi in cui la condotta concretamente serbata dalla P.A., seppure cristallizzatasi in provvedimenti non illegittimi, si palesi contraria ai principi di buona fede e correttezza e, dunque, lesiva della libertà di autodeterminarsi nei rapporti negoziali*[12]*."*
Inoltre, è concorde nel sostenere che, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione possa derivare anche da qualsiasi comportamento successivo al bando che risulti contrario ai doveri di correttezza e buona fede[13]; si pensi al momento in cui la stazione appaltante abbia revocato la procedura ad evidenza pubblica per delle criticità economiche già conosciute, evidenziando così il carattere colposo dell'amministrazione. Infine, non viene in rilievo l'attività provvedimentale della P.A. bensì il comportamento tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara[14].
In definitiva, si può affermare che la responsabilità precontrattuale che investe l'Amministrazione è una responsabilità da comportamento e non da atto. Tuttavia,

[11] A. COLELLA, *I riflessi processualistici del raddoppio dei termini di accertamento e del rapporto tra autotutela sostitutiva e accertamento integrativo nelle controversie tributarie*, rivista di diritto tributario, Pacini giuridica, 29 maggio 2025
[12] Cfr. Tar Campania, n.61
[13] Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5 così Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2020, n. 4514
[14] Cons. Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5


ISSN 2036-7821

affinché si concretizzi tale responsabilità è necessario che il concorrente dimostri di aver maturato un ragionevole affidamento alla conclusione del contratto[15], la propria buona fede, la violazione dei doveri di correttezza da parte dell'Amministrazione e il nesso di causalità tra danno e condotta della P.A.
Per maggiore chiarezza, è necessario specificare che, la buona fede che rileva ai fini della responsabilità è quella oggettiva e non quella soggettiva che si concretizza nello stato piscologico del soggetto[16].
Ne deriva, la necessità di considerare anche la correttezza dei comportamenti adottati dalla P.A, non essendo sufficiente verificare la sola illegittimità di un provvedimento. Infatti, sono frequenti i casi di responsabilità precontrattuale configuratasi a seguito di un comportamento scorretto ma con un provvedimento legittimo.
In materia di appalti si ritiene che la responsabilità precontrattuale possa configurarsi anche qualora l'Amministrazione non si sia avveduta di circostanze che rendevano inutile l'avvio di una procedura di gara sollecitando così il privato a partecipare ad un progetto irrealizzabile. Un altro caso è sicuramente quello relativo all'ingiustificato recesso delle trattative, dove, anche se inizialmente la giurisprudenza escludeva la responsabilità precontrattuale per la revoca in autotutela di una gara, il depotenziamento del ruolo della trattativa, ha ammesso la possibilità di un risarcimento dei danni precontrattuali in riferimento all'attività che precede la scelta del contraente[17].

### *4. Gli effetti dell'autotutela sul contratto pubblico.*

Chiarito il caso della revoca in autotutela dell'aggiudicazione è necessario considerare gli effetti di tale strumento sul contratto stipulato. Si tratta di una questione critica perché in questa fase l'amministrazione assume il ruolo di *iure privatorum* e pertanto anche la posizione giuridica dell'operatore economico viene trasmodata, da interesse legittimo nella fase antecedente al contratto, a quella di diritto soggettivo. Inoltre, la mancanza di una linea di demarcazione netta tra la fase pubblicistica e quella privatistica genera conflitti interpretativi. Nonostante parte della giurisprudenza lo ritenga possibile, sostenendo che, essendo l'aggiudicazione parte essenziale per la stipulazione del contratto il venir meno della stessa comporta in ogni caso effetti anche sul contratto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[18] ha escluso la possibilità di esercitare il potere di revoca in corso di esecuzione del contratto, affermando che "*Se infatti, nell'ambito della normativa che regola l'attività*

[15] Cons. Stato, Sez. V, sentenza, 28 novembre 2023, n.10221

[17] E. PARISI, op. cit., pp. 12-13
[18] Cons. Stato, Ad. Plen., 20.06.2014, n. 14.


ISSN 2036-7821

*dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)*[19]"e ancora *"In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio*[20]*."* Invero, in tema di esecuzione del contratto l'ipotesi di caducazione ammessa dal codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023) all'art. 123 è quella del recesso rendendo incompatibile l'applicazione della revoca, questo anche perché l'aggiudicazione esaurisce il suo effetto con la stipulazione del contratto, mentre la revoca, operando *ex nunc*, presuppone che l'atto da revocare sia ancora produttivo di effetti; pertanto, non potrebbe trovare applicazione una volta perfezionatosi il contratto[21]. Sul punto si è espressa anche la giurisprudenza affermando come "*dopo la stipula del contratto, possono trovare applicazione solo le norme che disciplinano il rapporto su di un piano di pariteticità, ovverossia le norme sul recesso contrattuale, che si pongono in rapporto di specialità rispetto all'art. 21 quinques della L. n. 241/1990, prevalendo su tale ultima disposizione.*[22]"Questo è dipeso dal fatto che con la conclusione del contratto si esaurisca la fase pubblicistica dell'amministrazione caratterizzata dalla presenza di poteri autoritativi e la disciplina regolatrice è prettamente improntata ad un profilo privatistico del contratto di appalto.

Diverso è il tema della caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Interessante, sul tema, è lo spunto della giurisprudenza che attribuisce rilevanza alla valutazione finale del giudice, invero ritiene inammissibile discutere di caducazione automatica del contratto senza prima aver ottenuto una pronuncia di inefficacia da parte del giudice anche alla luce degli artt. 121 e 122 c.p.a. che dispongono proprio "*il giudice che annulla l'aggiudicazione, dichiara l' inefficacia del contratto […]"* e ancora "*il giudice che annulla l'aggiudicazione, definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto."* Quello che emerge è la necessità di attribuire al giudice un potere di valutazione e di bilanciamento dei diversi interessi coinvolti. In tal senso la giurisprudenza a sostengo afferma che ""*in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, è riservato al giudice*

[19] M. DI LULLO, *Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione e sorte del contratto: questioni aperte alla luce della disciplina sulla "risoluzione" nel Codice dei Contratti Pubblici,* in Federalismi, 20 aprile 2022, pp. 60-61

[20] Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14

[21] Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14

[22] Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2024, n.5171


ISSN 2036-7821

*amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se conservare o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato, in modo tale che l' inefficacia del contratto non scaturisce automaticamente dall'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale*.[23]" Tale orientamento supera quello di una precedente giurisprudenza che riteneva come *"L'annullamento in autotutela degli atti della procedura amministrativa prodromici alla conclusione del contratto comporta la caducazione automatica del contratto già stipulato e in corso di esecuzione*[24]" cristallizzando così il caso della caducazione automatica del contratto.

Alla luce della giurisprudenza maggioritaria, pertanto, potrebbe verificarsi il caso in cui il contratto rimanga efficace anche dopo l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, essendo la decisione rimessa al giudice. Nel caso di specie, si configura un diverso atteggiamento a seconda che si tratti del privato o dell'amministrazione. Nel primo caso il ricorrente non può invocare la nullità del contratto ma può agire in giudizio per l'inerzia dell'amministrazione ottenendo così una declaratoria di inefficacia del contratto. L'amministrazione invece "*conserva intatti i suoi poteri di autotutela e pertanto, dopo l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione, può valutare se sia opportuno o meno mantenere l'efficacia del contratto o svincolarsene*[25]."

In definitiva, quindi, è escluso considerare a priori la caducazione del contratto per il solo annullamento dell'aggiudicazione, nonostante quest'ultima rappresenti una condizione necessaria per la stipulazione dello stesso.

### *4. Il principio del risultato.*

In base a quanto suesposto si evince che l'Amministrazione persegue l'interesse pubblico attraverso l'indizione di gare da svolgersi nel rispetto del principio della legalità formale e del risultato. Quest'ultimo è un principio che si è definitivamente cristallizzato solo con il d.lgs. 36/2023 all'art. 1, che recita "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo […].*" Con tale norma si precisa che l'amministrazione deve tendere al miglior risultato possibile a favore dell'interesse pubblico, scegliendo operatori che dimostrino diligenza e professionalità.

L'idea di tipizzare il principio del risultato non è un'idea recente infatti era già presente ai tempi del Codice dei contratti Pubblici del 2006 e della legge Merloni 1994 in cui ci si preoccupava di attribuire una centralità maggiore alla qualità delle

[23] Tar Napoli, sez. I, 4 maggio 2016, n. 2212
[24] Consiglio di Stato, sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032
[25] Tar Napoli, sez. II, 13 aprile 2023, n. 2254


ISSN 2036-7821

prestazioni e al loro conseguente risultato.
Un maggiore passo in avanti è stato possibile grazie alla connessione del principio con il soccorso istruttorio e con la discrezionalità amministrativa.
Nel primo caso, il soccorso istruttorio nato per superare l'esorbitante formalismo dell'affidamento, contribuisce a garantire una maggiore partecipazione degli operatori economici, consentendo così un'ampia concorrenza tra le imprese e il raggiungimento di un miglior risultato[26]. La discrezionalità amministrativa è concepita invece, come lo strumento per il conseguimento del risultato per concretizzare l'idea di una "*amministrazione di risultato*" dove per risultato si intende "*la capacità dell'organizzazione pubblica di produrre qualcosa di utile all'individuo ed alla collettività ad un tempo, investendo le risorse che la collettività medesima ha messo a disposizione in funzione del conseguimento di quella utilità*[27]." Il principio di risultato costituisce proprio un criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e consente di operare valutazioni sull'affidabilità professionale dei partecipanti ad una gara valutando anche i comportamenti degli stessi durante la procedura[28].
L'ambito di applicazione del principio di risultato non si circoscrive ai soli contratti di appalto ma si estende a tutti quei contratti dai quali possa derivare un'opportunità di guadagno economico, quali i contratti esclusi i contratti attivi e quelli gratuiti [29].
Secondo prevalente giurisprudenza il principio di risultato opera su diversi ambiti e con diverse funzioni, ovvero come bilanciamento per l'individuazione della regola del caso concreto insieme ad altri principi quale quello della fiducia nell'azione amministrativa, ed invero l'applicazione di principi può portare a differenti risultati secondo il diverso bilanciamento effettuato in concreto[30], si chiarisce che "*i principi vanno bilanciati, non massimizzati: la massimizzazione di un principio comporta l'«annichilimento» del principio o dei principi incompatibili e, dunque, la violazione dell'ordinamento che impone un'attuazione - ancorché minima - a tutti i principi dello stesso «rango»*[31]" Il principio di risultato, inoltre, in tema di contratti pubblici, deve essere letto in chiave con quello della proporzionalità per effettuare un bilanciamento tra mezzi utilizzati e fini perseguiti.

[26] Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 2017, n. 3641
[27] Sulla formula «amministrazione di risultato» e su ciò che essa denota si è costruito un significativo dibattito scientifico. In tema, si segnalano, in particolare, M.R. SPASIANO, Funzione amministrativa e legalità di risultato, cit.; S. CASSESE, *Cosa vuol dire amministrazione di risultati*? in Giorn. dir. amm, 2004, 941 ss.; R.URSI, *Le stagioni dell'efficienza. paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, 2016., spec. 337 ss. Op. cit da Giulio Taglianetti, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, 12 giugno 2024, in Federalsimi, pag. 236
[28] M.R. SPASIANO, *Dall'amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere,* in Federalsimi, 17 aprile 2024, pag. 226
[29] D.CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritari e nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in Federalismi, 14 giugno 2023, pag. 52
[30] Corte di Giustizia UE 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori.
[31] Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 aprile 2023 n. 4014.


ISSN 2036-7821

Sembra pertanto, l'inizio di una nuova stagione amministrativa in cui l'attenzione alla norma non potrà prescindere dalla sua contestualizzazione anche in relazione al risultato[32]. Invero, l'analisi svolta evidenzia come il potere di autotutela non possa essere esercitato in modo isolato e privo di valutazioni sistemiche. I vincoli imposti dalla giurisprudenza e i nuovi principi, come quello del risultato, impongono una riflessione più profonda sul bilanciamento tra legalità, affidamento e interesse pubblico.

[32] M.R. SPASIANO, op. cit., pag. 227


ISSN 2036-7821

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# La decisione del CdM sui conflitti nei procedimenti di VIA. Spunti di riflessione

di **Benedetto Marsili**

(Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma Federico II)

## Sommario

1. Procedimenti in materia ambientale come occasione di conflitti tra amministrazioni. – 2. I conflitti tra amministrazioni. – 2.1. I diversi meccanismi di risoluzione dei conflitti tra amministrazioni. – 3. VIA statale e VIA regionale. – 3.1. La soluzione del conflitto ad opera del Consiglio dei ministri nella VIA statale e nella VIA regionale. – 3.2. Il problema degli atti di alta amministrazione – 4. La decisione del CdM ex art. 5, co. 2, lett. C-bis, l. 400/88 e la decisione del CdM ex art. 14-quinquies, l. 241/90: due atti di alta amministrazione "diversi"– 5. Qualche conclusione.

## Abstract

Administrative procedures for environmental protection offer a unique vantage point for investigating crucial aspects of conflicts between administrations. This is confirmed by a recent ruling by the Council of State, which offers several points for reflection in its reasoning: from the complexity of coordination mechanisms between different administrations, particularly ministries, to the efficiency of dispute resolution procedures between them, and to the delicate issues surrounding the nature and review of high-level administrative acts required to resolve such conflicts..

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


ISSN 2036-7821

***1. Procedimenti in materia ambientale come occasione di conflitti tra amministrazioni.***

I procedimenti amministrativi preposti alla tutela dell'ambiente[1] sono un osservatorio privilegiato di indagine su aspetti cruciali dei conflitti tra amministrazioni[2]. Lo conferma una piuttosto recente pronunzia del Consiglio di Stato[3] che nelle sue motivazioni offre vari argomenti di riflessione: dalla complessità dei meccanismi di coordinamento tra amministrazioni diverse, in particolare tra ministeri, all'efficienza delle procedure di risoluzione dei contrasti tra le stesse, fino alle delicate questioni riguardanti la natura e il sindacato degli atti di alta amministrazione chiamati a dirimere tali conflitti.

Non è possibile, però, inoltrarsi in una analisi dei temi in parola senza volgere un rapido sguardo alle modalità di svolgimento dei procedimenti amministrativi a tutela dell'ambiente[4]: la VIA (valutazione di impatto ambientale), l'AIA

[1] Sull' ambiente si vedano: M. S. Giannini, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, p. 15; F.G. Scoca, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico,* in *Quaderni regionali*, 1989, p. 533; S. Grassi- M. Cecchetti- A. Andronio, *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999; G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente,* in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996; P. Dell'Anno, *Diritto dell'ambiente*, Milano, 2021.

[2] E. Giardino, *Il conflitto interistituzionale nella tutela dell'ambiente*, in M. Macchia (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato. La legittimazione attiva delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

[3] Consiglio di Stato, sez. IV, 3203/2024.

[4] Negli anni l'attenzione del diritto all'ambiente è mutata radicalmente, essendosi palesata l'insufficienza degli strumenti giuridici utilizzati in passato ed è cresciuto il bisogno sociale della sua tutela. Le vecchie definizioni di ambiente, che lo intendevano o come *bene giuridico,* garantito da alcuni istituti, o come vera e propria *materia* la cui normazione spetta a determinati soggetti e la cui cura è affidata a determinate amministrazioni, sono state superate. Si è diffusa l'idea che debba essere considerato come un valore e un principio da rispettare in ogni procedimento e da parte di ogni amministrazione, a prescindere dall'interesse di cui ciascuna è portatrice.

Per la tripartizione dell'ambiente come bene giuridico- materia- valore costituzionale, si veda F. Fonderico, *Ambiente*, in S. Cassese ( a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Bologna, 2006, vol. I, pag. 204.

Per l'ambiente come valore costituzionale si veda Corte Costituzionale, sent. n. 356/1994, per cui l'ambiente costituisce un valore costituzionale dal contenuto integrale, nel senso che in esso sono sommati una pluralità di valori non limitabili solo agli aspetti estetico-culturali, sanitari ed ecologici della tutela, ma ricompresivi pure di esigenze e di istanze partecipative, la cui realizzazione implica l'attivazione di tutti i soggetti pubblici in virtù del principio di leale collaborazione, e dei membri della collettività statale, dei quali non può essere trascurato il positivo contributo per una efficace tutela dei beni ambientali.

A questa visione ha concorso anche una marcata sensibilità del diritto dell'UE. In particolare, l'art. 11 del TFUE che enuncia il principio di integrazione, secondo cui l'interesse ambientale deve essere considerato in ogni scelta dei poteri pubblici, anche nelle decisioni di amministrazioni non direttamente preposte alla sua cura. Infatti, come indicato nel *Green deal* di cui alla comunicazione della commissione europea dell'11.12.2019, l'obbiettivo dell'Unione è la "*transizione ecologica*" ovvero lo sviluppo entro il 2050 di un'economia di mercato che possa utilizzare risorse a scarso impatto sull'ecosistema con una riduzione quasi prossima allo zero delle emissioni.

Su questa via la tutela dell'ambiente è maturata al punto che, in seguito alla modifica introdotta con la legge costituzionale 1/2022[4], la Costituzione oggi enuncia all'art. 9: «*La Repubblica[…] tutela l'ambiente*», elevando lo stesso a fondamentale *valore costituzionale*. Il principio la cui genesi (è avvenuta) nella realtà giuridica prima ancora che la costituzione lo dichiarasse, ovvero a fare proprio valori che in realtà sono già nell'ordinamento. Il principio di tutela dell'ambiente, e lo dimostra quanto detto sino ad ora, ha conosciuto nel tempo un lungo percorso di lenta e continua affermazione che ha trovato il suo compimento nella recente modifica dell'art. 9 della


ISSN 2036-7821

(autorizzazione integrata ambientale) e la VAS (valutazione ambientale strategica).
Le disposizioni che regolano questi procedimenti sono finalizzate ad attuare i principi fondamentali in materia ambientale, dettati dal codice dell'ambiente[5], il d.lgs. 152/2006, e dalle norme internazionali[6] e dell'UE. Nello specifico, il principio di integrazione e i principi di prevenzione e precauzione[7].
Secondo il principio di integrazione, lo sviluppo dell'Unione Europea deve avvenire perseguendo gli obbiettivi previsti dai trattati, ma preferendo sempre tra le scelte possibili quella che meglio realizzi la tutela dell'ambiente[8]. Per cui l'interesse ambientale deve essere considerato in ogni decisione dei poteri pubblici[9], anche in quelle di amministrazioni non direttamente preposte alla sua cura[10].
I principi di precauzione e prevenzione, invece, hanno entrambi come fine ultimo quello di garantire una protezione dell'ambiente con l'adozione di misure preventive volte a ridurre al minimo il rischio che si verifichi un danno ambientale. La distinzione tra i due principi è sottile ma altrettanto chiara. Si parla di prevenzione qualora vi sia certezza sugli effetti dannosi e pregiudizievoli dell'attività da autorizzare, mentre la precauzione opera anche quando vi sia la sola probabilità che l'attività produca effetti dannosi, in assenza di una tesi condivisa dall'intero settore scientifico di riferimento.
La tutela dell'ambiente non può, dunque, essere statica e presa in considerazione soltanto al momento delle richieste degli atti di autorizzazione per le attività che vi impattano, ma deve essere perseguita attraverso un approccio dinamico e continuato

---

Costituzione, in un momento in cui era ormai radicato nella cultura non solo giuridica e istituzionale ma nella cultura come ≪*sistema complessivo e condiviso di valori e sensibilità*≫.

La modifica, in effetti, recepisce orientamenti giurisprudenziali consolidati. Essa assume tuttavia un ruolo cruciale nel progressivo rafforzamento della sensibilità ambientale all'interno dell'ordinamento giuridico, tracciando un percorso volto a potenziare la tutela dell'ambiente e a dare una maggiore concretezza alla protezione dell'ambiente. In argomento si veda M. Cecchetti, *La revisione dell'art. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche)innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad. Cost.*, 2021, 3, 285 e ss.; F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *ApertaContrada*, 2022

[5] M. A. Sandulli, *Introduzione. La complessità delle fonti, le tendenze del sistema e il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2020.

[6] Sul diritto ambientale e le riflessioni sul suo sviluppo R. Ferrara, *L'ambiente e il suo diritto nelle riflessioni di Massimo Severo Giannini*, in *Dir. Amm.*, 1, 2024, p. 207 e ss.

[7] Sull'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale: S. Cassese, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comunit.*, 2-3, 2002, pag. 291. Sui Trattati UE e il diritto dell'Unione Europea: G. Tesauro, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2018, p. 12.

[8] F. Rolando, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea,* in *DPCE ONLINE*, 2, 2023, p. 561-574.

[9] K. Anker, P.D. Burdon, G. Garver, M. Maloney e C. Sbert, *From Environmental Law to Ecological Law*, London e New York, Routledge, 2021

[10] Ciò non significa, però, come chiarito anche dalla Corte costituzionale Sent. 264/2012, che la tutela dell'ambiente debba in ogni caso essere considerata preminente a qualsiasi altro interesse, ma semplicemente si vuol affermare che deve sempre essere presente nel bilanciamento degli interessi in gioco che la pubblica amministrazione compie quando adotta una decisione.


ISSN 2036-7821

nel tempo. La disciplina degli strumenti prescelti per assicurare una integrata e continua tutela dell'ambiente[11] è orientata in tal senso.

La VAS, valutazione ambientale strategica, serve a garantire la tutela dell'ambiente già al momento della pianificazione e programmazione delle opere[12]. La sua disciplina, contenuta nel d.lgs. n.152/2006, è stata adottata al fine di attuare la direttiva europea 27 giugno 2001, n. 42. La legge detta alcune ipotesi di piani che sono obbligatoriamente assoggettati alla VAS, ma l'elenco non può considerarsi tassativo poiché l'applicazione della stessa va intesa in senso ampio, e perciò ogni tipo di piano che possa avere una qualche incidenza sull'ambiente e arrecarvi pregiudizio deve ritenersi subordinato alla sua concessione[13].

L'AIA, autorizzazione integrata ambientale, invece, è finalizzata alla verifica dell'ammissibilità dell'esercizio di alcuni impianti industriali, al fine di garantire una soglia massima di rifiuti prodotti e di inquinamento nelle acque, nel suolo e nell'aria[14]. Questo titolo abilitativo detta le condizioni da rispettare nello svolgimento dell'attività. Il suo rilascio è subordinato al rispetto dei livelli massimi di emissioni nel corso dell'attività o nella realizzazione dell'opera. Anche questo è uno strumento di tutela integrata dell'ambiente, poiché si considerano i rischi e i pregiudizi che una determinata attività può creare sulle diverse componenti ambientali, ed è uno strumento di tutela preventiva dal momento che vuole impedire danni all'ambiente attraverso una predeterminazione dei livelli massimi di inquinamento[15]. In quest'ottica si è deciso di prevedere un meccanismo di *command and control* delle amministrazioni competenti, nel senso che le stesse nel corso degli anni sono tenute a valutare il rispetto dei limiti indicati al momento dell'autorizzazione. È per tale motivo che l'AIA ha una durata temporale limitata e necessita di essere rinnovata periodicamente. Il rinnovo, per altro, è subordinato anche a valutazioni sulla possibilità di impiegare nuove tecnologie nelle attività che si svolgono, così da ridurre in misura ancora maggiore le emissioni e l'impatto ambientale[16].

La stessa logica di tutela dinamica e continuata dell'ambiente è sottesa al

---

[11] Su cui si veda M. Delsignore, *Ambiente*, in B. G. Mattarella- M. Ramajoli (a cura di), *Enciclopedia del diritto, funzioni amministrative*, Milano, 2022, p. 46 e ss.

[12] G. Delle Cave, *La Valutazione Ambientale Strategica: ratio, caratteristiche e peculiarità, nota a Consiglio di Stato, Sez. II, 01 settembre 2021, n. 6152*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 novembre 2021.

[13] M. Floris- F. Isola- S. Lai- F. Leccis- F. Leone- M. Marras- C. Zoppi, *Valutazione ambientale strategica, piani urbanistici comunali e piani dei parchi. Un quadro operativo per l'integrazione della Strategia regionale per lo sviluppo sostenibile della Sardegna*, Cagliari, 2023.

[14] S. Vernile, *L'autorizzazione integrata ambientale tra obbiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socioeconomica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6, 2015, pp. 1697 e ss.

[15] S. Pratali, *I procedimenti di autorizzazione integrata*, in B. Caravita- L. Cassetti- A. Morrone (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, p. 323

[16] E. Boscolo, *Via e Vas riformate: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in *Urb. e app.*, 7, 2008, p. 541.


ISSN 2036-7821

procedimento di VIA[17] (valutazione di impatto ambientale) indirizzato a verificare la compatibilità ambientale di un progetto[18]. Si tratta di una «*vera e propria autorizzazione dotata di amplissima discrezionalità*»[19], volta a verificare l'impatto che l'opera da realizzare può avere sull'uomo, su flora, fauna e beni culturali e su come possa cambiare le interazioni tra questi elementi. A tal fine il procedimento di adozione della VIA si compone di una serie di fasi fondamentali. Per prima cosa viene operato uno screening in cui si valuta se la realizzazione del progetto possa incidere pregiudizialmente sull'ambiente e in che modo. Successivamente, dopo la presentazione delle osservazioni da parte dei privati e della comunità coinvolta[20], l'autorità competente rilascia un "*parere motivato*" in cui oltre ad autorizzare può dettare anche delle prescrizioni per ridurne al minimo l'impatto ambientale. Anche nel caso della VIA, poi, la legge impone una costante verifica di ottemperanza alle prescrizioni indicate nel provvedimento di autorizzazione[21].

A seconda delle dimensioni e delle aree interessate, inoltre, alcuni progetti sono soggetti alla valutazione di impatto ambientale statale, mentre altri alla valutazione di impatto ambientale regionale. A livello statale, come si avrà modo di vedere anche più avanti, l'autorità responsabile è il Ministro dell'Ambiente, il quale emette il provvedimento di VIA in collaborazione con il Ministro per i Beni e le Attività Culturali, che partecipa alla fase istruttoria. A livello regionale, invece, la competenza ricade sugli enti pubblici incaricati della tutela, protezione e valorizzazione dell'ambiente.

Il quadro, insomma, restituisce una disciplina della tutela dell'ambiente estremamente forte[22], che ha però anche dei risvolti di grande problematicità.

La salvaguardia dell'ambiente, infatti, rappresenta un fattore di costo per l'iniziativa economica e dunque, a volte, un freno alla fondamentale e non rimandabile crescita economico-sociale del paese[23]. Per questo motivo, le norme preposte alla sua tutela sono spesso destinatarie di interventi di semplificazione al fine di velocizzare le

[17] A. Police, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. Dell'Anno- E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2013, p. 527.

[18] La VIA ha origine nella normativa comunitaria, *direttiva 26 giugno 1985, n. 337*, che impone agli Stati di prevederla obbligatoriamente per la realizzazione di determinate opere.

[19] Così F. Liguori, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1, 2020, p. 15.

[20] Con la modalità dell'inchiesta pubblica su cui si veda L. Casini, *L'inchiesta pubblica: analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2007, pp. 43-92.

[21] La VIA è una decisione che si caratterizza per una amplissima discrezionalità che non si limita a fornire un giudizio tecnico ancorato solo ad oggettivi criteri di misurazione. Al contrario la decisione passa anche per valutazioni di intensa discrezionalità amministrativa e rispetto agli interessi pubblici e privati coinvolti. In questi termini *Consiglio di Stato sez. II, 02 agosto 2024, n. 6947.*

[22] O.H. Kassim ,*La nozione di ambiente per lo sviluppo e gli strumenti per veicolarne l'applicazione: le valutazioni ambientali*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2020, pp. 81 ss.

[23] Sull'amministrazione come freno alle attività economiche si veda F. Fracchia, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2, 2023, pp. 357 e ss.


ISSN 2036-7821

procedure amministrative aventi ad oggetto attività economiche o la realizzazione di infrastrutture[24].

Ma l'attività delle pubbliche amministrazioni a tutela dell'ambiente non può assolutamente fare a meno di competenze, nozioni e informazioni che solo il ricorso alla tecnica e alla scienza è in grado di fornire, a maggior ragione poi, come sempre più spesso accade, se vengono in rilievo questioni dove anche nella comunità scientifica di riferimento non esistono risultati e teorie certe.

La semplificazione in materia ambientale, quindi, incontra alcune cause di resistenza, solo che si consideri l'impossibilità, in un ambito così delicato, di rinunciare al dialogo tra svariate amministrazioni. Non è facile ridurre il numero dei soggetti coinvolti nel procedimento[25] o stringere drasticamente i tempi dell'istruttoria[26].

La tensione tra volontà di semplificare e intrinseca difficoltà nelle valutazioni da compiere porta, per un verso, allo spasmodico taglio degli spazi di intervento del potere pubblico[27], e dall'altro, ad un aumento delle funzioni, alla moltiplicazione di procedimenti speciali e di emergenza[28] e al difficile intrecciarsi tra competenze[29].

Ciò contribuisce a rendere le relative procedure complesse[30] e frequentemente occasione di controversie tra le amministrazioni coinvolte[31].

## *2. I conflitti tra amministrazioni.*

Quello della tutela dell'ambiente non è però l'unico settore in cui si registrano conflitti tra amministrazioni, che sono al contrario molteplici e hanno origini risalenti nel tempo. È allora utile, per completezza, anticipare l'analisi della questione specifica da una ricostruzione del tema in termini generali.

La visione "*mitica*" dell'amministrazione nello Stato liberale come

---

[24] Sulle problematiche relative alla realizzazione di infrastrutture A. Macchiati, G. Napolitano, *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia ?*, Bologna, 2009.

[25] In tema di semplificazione e interessi sensibili C. Videtta, *Semplificazione amministrativa e interessi sensibili. Una prospettiva di analisi*, in *Dir. econ.*, 2013, p. 552.

[26] F. Liguori, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione,* in *Rivista giuridica dell'edilizia,* 1, 2020, pp. 3-16.

[27] S. Cassese, *Cosa resta della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1, 2020.

[28] Soprattutto in conseguenza delle crisi degli anni 20', Covid-19 e Conflitto Russo- Ucraino, che hanno costretto a seguire logiche emergenziali, le quali però, a dispetto della loro definizione che le vorrebbe circoscritte al periodo strettamente necessario a fronteggiare l'emergenza, hanno finito per diventare la regola in vari settori dell'attività amministrativa.

[29] Per un'analisi dei rapporti tra poteri con particolare riferimento alla leale collaborazione tra gli stessi si veda A. A. Demming, *Leale collaborazione (tra poteri),* in *Enc. Dir., potere e costituzione*, Milano, 2022, pp. 281 e ss.

[30] Si pensi proprio al coordinamento tra VAS e VIA su cui F. Vanetti, L. Ugolini, *La sottoposizione a Valutazione Ambientale Strategica (V.A.S.) degli strumenti di pianificazione urbanistica ed il coordinamento con la Valutazione di Impatto Ambientale (V.I.A.). Nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 7 giugno 2018, causa C-671/16 e Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 7 giugno 2018, causa C-160/17,* in *Riv. giur. amb.*, 2018, pp. 529 ss.

[31] Sull'importanza dell'organizzazione in materia ambientale si veda A. Moliterni, *Diritto dell'ambiente e teoria generale del diritto: alcune annotazioni muovendo dal contributo scientifico di Giampaolo Rossi,* in *Riv. quadr. di diritto dell'ambiente*, 2020, p. 260.


ISSN 2036-7821

un'amministrazione corpo unitario e monolitico, concentrato nel perseguire un interesse pubblico unico, e dunque di un'amministrazione senza conflitti interni, è stata ampiamente smentita[32]. Tant'è che anche nella giurisprudenza risalente[33]si trovano ampie tracce di liti tra amministrazioni[34].

Eppure, gli studi sui conflitti tra amministrazioni si sono sviluppati solo in un momento successivo, principalmente alla fine del XIX, complice anche il mutato approccio al conflitto tra poteri pubblici, non più osservato esclusivamente in termini di contrasti tra competenze, ma studiato ed analizzato dal punto di vista *"interno"*, ovvero come conflitto tra soggetti diversi dello stesso potere[35].

L'evoluzione e i cambiamenti della pubblica amministrazione hanno naturalmente influito sulle dinamiche dei conflitti e del loro componimento.

Dall'amministrazione autorità, che si limitava a dettare comandi nei confronti dei cittadini, si è passati, con la nascita e l'evoluzione del *"welfare state"*, all'amministrazione dei servizi e delle prestazioni, chiamata a fornire interventi diretti nelle situazioni di bisogno[36]. Nel nuovo millennio le esigenze sono mutate ancora una volta: gli stati hanno dovuto far fronte prima alla globalizzazione[37], poi allo sviluppo tecnologico e, infine, alle sfide della contemporaneità, come lo sviluppo sostenibile o la lotta alla povertà, che poggiano su equilibri sottilissimi e sono alla continua ricerca di un baricentro[38].

Non senza dire, poi, della difficoltà di una definizione precisa di amministrazione pubblica, per essere questa un'amministrazione dai mille volti, tanti quante sono le considerevoli funzioni ad essa attribuite[39], complice anche l'esponenziale sviluppo

---

[32] L'equazione Stato liberale- amministrazione monolitica viene meno già solo analizzando la struttura economica e giuridica degli stati nel XVIII secolo che, infatti, ruotava intorno al singolo individuo al centro della società e libero da qualsiasi condizionamento, anche da parte dello Stato. In questo contesto, si guardava anzi con favore alle iniziative di *selfgovernament* e al decentramento delle funzioni a livello locale, attribuendo primaria importanza alle entità municipali più vicine ai cittadini. Accadeva così che nascessero spesso dei conflitti tra poteri, in particolare tra centri amministrativi locali e statali. per una completa ricostruzione storica si vedano tra gli altri G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2020; L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2006; G. Capano, E. Gualmini, *La pubblica amministrazione in Italia*, Bologna, 2006.

[33] In argomento puntualissima l'analisi di M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2019, pp. 344 e ss.

[34] Ibidem, in cui è riportata copiosa giurisprudenza: Cons. Stato, 15 dicembre 1892, n. 346; Cons. Stato sez. IV, 8 gennaio 1891, n. 5; Cons. Stato, sez. IV, 17 novembre 1892, n. 321

[35] Uno dei primi studi sul tema dei conflitti è L. Armanni, *I conflitti interni di amministrazione pubblica*, Assisi, 1900.

[36] F. Girotti, *Welfare State. Storia, critica e modelli*, Roma 1998, p. 188; P. Flora-A. J. Heidenheimer, *Lo sviluppo del welfare state in Europa e in America*, Bologna, 1993, p. 28; A. Briggs, *The Welfare State in Historical Perspective*, in *European Journal of Sociology*, 2, 1961, p. 228.

[37] S. Cassese, *Stato e globalizzazione, chi vince e chi perde* ?, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2024, p. 531 e ss.

[38] F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021.

[39] Sul ruolo dell'amministrazione e i suoi compiti D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2023, pp. 63 e ss.


ISSN 2036-7821

dell'organizzazione amministrativa che vede coinvolti ormai un insieme macroscopico e disomogeneo di soggetti.
Nel tempo, infatti, l'amministrazione si è estremamente disaggregata e differenziata, tanto da portare autorevole dottrina a coniare il termine di "*adhocrazia*" [40] per far riferimento alla totale assenza di unitarietà e gerarchia nell'attuale organizzazione. È sempre più frequente il ricorso a organismi satelliti, strumentali, meramente ausiliari e indipendenti[41].
L' inarrestabile crescita degli interessi pubblici da tutelare, e dei soggetti pubblici a cui la loro cura è affidata non è stata ovviamente priva di conseguenze. Questa tendenza rappresenta una delle principali ragioni alla base dello sviluppo di nuovi e tanti conflitti tra amministrazioni[42].
Per questa via si sono sviluppati diversi meccanismi di composizione dei conflitti., L'ordinamento però è privo di una disciplina generale in materia, ed è possibile, al più, provare a raggruppare i vari strumenti di soluzione dei conflitti tra amministrazioni in alcune macrocategorie, attraverso l'analisi di elementi comuni a tutti[43].

### *2.1 I diversi meccanismi di risoluzione dei conflitti tra amministrazioni.*

Nello specifico, sono tre i possibili rimedi-tipo[44]: il conflitto di attribuzione alla Corte

---

[40] S. Cassese, *Lo stato ad amministrazione disaggregata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2020, pp. 1-12.

[41] Su cui si veda R. Spagnuolo Vigorita, *Autorità indipendenti: regolazione economica e autonomia privata. Riflessioni sulla effettività dei poteri e sul ruolo degli operatori economici*, in C. Acocella (a cura di), *Autorità indipendenti*, Napoli, 2022, pp. 119 e ss.

[42] Per un'analisi, invece, sugli strumenti di composizione nelle liti tra PA e privati si veda R. Spagnuolo Vigorita, *Il conflitto tra pubblica amministrazione e privati. Modelli per la composizione,* Napoli, 2018.

[43] Per una ricostruzione completa si veda S. Tranquilli, *Il malum discordiae del potere amministrativo, contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 2021; per i conflitti intersoggettivi in particolare si veda C. Camilli, *Conflitti di amministrazione*, in *Conflitto, Enciclopedia del diritto, Milano*, 1961, pp. 993 e ss.

[44] I meccanismi di composizione sono invece quattro se si considerano anche i poteri sostitutivi di Stato e Regioni. Questi poteri sono però più uno strumento di coordinamento amministrativo per far fronte ad ipotesi particolari che un vero e proprio strumento di soluzione di conflitti tra amministrazioni. L'art. 120 Cost., co.2., infatti, prevede dei *poteri sostitutivi* del governo rispetto ad organi di regioni, città metropolitane, province e comuni. I presupposti per l'esercizio di tali poteri sono *il rischio di mancato rispetto dei trattati o delle norme internazionali e comunitarie*; *il grave pericolo per l'incolumità e la sicurezza pubblica* e, infine, la necessità di *garantire l'unità giuridica ed economica del paese*, con particolare riguardo ai *livelli essenziali delle prestazioni* concernenti i diritti civili e sociali.

Oltre a quelli dello Stato esistono *poteri sostitutivi* delle regioni, esercitabili nei confronti degli enti locali. Anche in questo caso servono a garantire la salvaguardia di interessi unitari. Il loro fondamento risiede nel combinato disposto degli art. 120, 117, co.3-4, e 118, co. 1-2, della Costituzione. Infatti, la struttura costituzionale attuale attribuisce alle regioni alcune competenze esclusive che giustificano l'esercizio di *poteri sostitutivi* sugli enti locali nel caso di esigenza di *"esercizio unitario"* delle funzioni amministrative di regola attribuite a questi ultimi. Tale meccanismo serve a dare una certa dinamicità all'ordinamento, ed in particolare alla rigida divisione delle competenze. In questo modo si ha anche una migliore attuazione del *principio di sussidiarietà verticale* che vuole l'attribuzione delle funzioni al livello più vicino ai cittadini ma sempre qualora ciò corrisponda al loro migliore esercizio. L'intervento di un organo di governo sovraordinato può e deve esserci se nel caso concreto l' "*esercizio*


ISSN 2036-7821

costituzionale; la devoluzione della controversia al giudice amministrativo; la devoluzione della decisione ad un organo terzo [45].

Il caso del conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale, ex art. 134 della Costituzione, mira a risolvere le controversie nascenti dall'illegittimo esercizio di un potere pubblico da parte di chi non ne è titolare[46]. Possono esserci conflitti di attribuzione *intraorganici*, in cui sono contrapposti tra loro organi dello Stato, o conflitti di attribuzione *intersoggettivi*, se il contrasto sorge tra Stato e regioni o tra le regioni[47]. Ovviamente questo tipo di giudizio presenta notevoli differenze rispetto al giudizio amministrativo. Il conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale ha sicuramente un ambito di applicazione più ristretto poiché è limitato a contestare un difetto di competenza e non più in generale a verificare la lesione di un interesse, come invece accade nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo. Non solo, totalmente diversa è anche la disciplina delle impugnazioni e quella della tutela cautelare e del giudicato, la cui ampiezza nel giudizio amministrativo è decisamente

---

*unitario"* di funzioni amministrative sia il modo più efficiente di perseguire l'*"interesse pubblico"* che si ritenga debba prevalere (*Consiglio di Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 33).* La possibilità di sostituzione deve in ogni caso essere prevista espressamente dalla legge che ne indica con puntualità i presupposti sostanziali e procedurali.

L'esercizio dei *poteri sostitutivi* dovrebbe evidentemente rientrare in un ambito di eccezionalità. Non può invece non segnalarsi come alcune tendenze legislative propendano per un utilizzo dei poteri in parola come un rimedio quasi ordinario, a presidio della tempestività dell'azione amministrativa. Il rischio di un approccio di questo tipo, soprattutto nel senso di ritenere valido il binomio accelerazione- sostituzione, è che siano svuotati i *poteri sostitutivi* della loro *ratio* e, proprio per questo, che gli stessi non siano utili ad attuare il *principio di sussidiarietà verticale* nel senso poco prima accennato.

In argomento: L. Violini, *Sussidiarietà e poteri sostitutivi*, in *Enc. Dir., Potere e costituzione*, Milano 2023; R. Spagnuolo Vigorita, *Semplificazione e sostituzione dalla legge "Madia" al decreto-legge n.76/2020*, in F. Liguori, *Il problema amministrativo*, Napoli, 2020, p. 41.

[45] La devoluzione del conflitto al giudice amministrativo è in realtà sempre più frequente, soprattutto a causa di quel fenomeno per cui il dissenso dei gruppi sociali si incanala nelle pubbliche amministrazioni più vicine ai singoli, in particolare quelle comunali, che dunque poi ricorrono al giudice amministrativo per la tutela degli interessi diffusi e collettivi della loro comunità. Sul punto si vedano: M. Delsignore, *L'amministrazione ricorrente*, Torino, 2020; E. Giardino. *Il conflitto interistituzionale nella tutela dell'ambiente,* in M. Macchia (a cura di), *Quando lo stato fa causa allo stato*, op. cit., pp. 147 e ss. Quest' ultimo, in particolare, prende come esempio la legge n. 36 del 2001 che regola la localizzazione dei siti che possono generare campi elettromagnetici dannosi per la salute. Tale legge attribuisce allo Stato il potere di stabilire con atto amministrativo dei valori uniformi che rappresentano i limiti di esposizione. Alle regioni, invece, spetta il compito, nei limiti individuati, di individuare le possibili localizzazioni delle opere, e infine, spetta ai comuni un potere solo sussidiario consistente nella possibilità di adottare dei regolamenti finalizzati ad assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale delle opere. Questa divisione di competenze non può essere derogata per evitare che siano adottate a livello locale delle misure sbilanciate totalmente nel senso della tutela della salute della popolazione, e dunque ostative alla realizzazione di impianti moderni, pure da considerarsi esigenza di rilevante interesse nazionale. Non di rado, però, accade che i comuni adottino delle misure derogatorie funzionali alla tutela della salute. Si registra in materia, quindi, un contenzioso estremamente ampio che ha ad oggetto proprio le rivendicazioni dei comuni di poteri urbanistici derogatori rispetto ai livelli stabiliti uniformemente dallo Stato.

[46] M. G. Rodomonte, *I conflitti fi attribuzione tra poteri dello Stato*, in *federalismi*, 13, 2011, pp. 1 e ss.

[47] Tra le maggiori opere sui conflitti di competenze tra amministrazioni S. Romano, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative, estratto dal Primo Completo Trattato di diritto amministrativo italiano* di V.E. Orlando, IV, Milano, 1900.


ISSN 2036-7821

maggiore[48].

Tutto ciò ha impedito al *conflitto di attribuzione* di essere frequentemente utilizzato per la soluzione dei conflitti tra amministrazioni, considerando anche che quest'ultimo implica sempre un difetto di competenza, mentre i conflitti tra amministrazioni spesso dipendono da vere e proprie contrapposizioni di interessi pubblici. Per cui le amministrazioni, pur riconoscendo l'una la competenza dell'altra, entrano comunque in conflitto in quanto portatrici di interessi diversi che il procedimento non riesce a comporre, rendendo così obbligatoria una decisione che veda prevalere un interesse sull'altro.

Più frequentemente, allora, per la soluzione dei conflitti tra amministrazioni viene utilizzato il giudizio amministrativo. Non sono previste regole speciali per il processo in questa materia, tuttavia, esistono alcuni profili peculiari.

Si consideri infatti che nei giudizi sui conflitti tra amministrazioni il ruolo del giudice e il suo approccio sono sicuramente differenti rispetto ad un conflitto tra privati e amministrazioni. Nello specifico, nei conflitti tra amministrazioni il giudice tende a cercare una soluzione che possa risolvere il contrasto creatosi, mentre i giudizi che vedono contrapposti P.A. e privati sicuramente si incardinano sulla tutela del privato. Ciò è conseguenza del tipo di decisione richiesta al giudice che, mentre nelle controversie tra privati verte sul legittimo esercizio del potere nel rapporto cittadino-amministrazione e dunque implica una scelta tra prevalenza dell' interesse pubblico perseguito e limite al possibile sacrificio del privato, diversamente, nel giudizio sui conflitti tra amministrazioni è finalizzata a scegliere quale interesse pubblico tra quelli in gioco debba prevalere, sempre ovviamente, non entrando nel merito amministrativo che resta escluso dalla sua giurisdizione, o almeno dovrebbe.

La maggior parte dei conflitti tra amministrazioni finisce dinanzi al giudice amministrativo, a volte indirettamente, tramite l'impugnazione della decisione amministrativa che decide il conflitto, ma spesso anche direttamente, data l'assenza di meccanismi di risoluzione adeguati[49]. Un così ampio ricorso alla soluzione giurisdizionale dei conflitti, però, comporta un grande rischio, ovvero l'utilizzo del processo come luogo di valutazione degli interessi che dovrebbero invece essere ponderati e bilanciati all'intero del procedimento amministrativo[50].

Tale tendenza non arretra nemmeno nelle ipotesi in cui la soluzione del conflitto è attribuita ad un soggetto *terzo* diverso dal giudice.

---

[48] S. Tranquilli, *I conflitti e le liti tra pubbliche amministrazioni, in PA persona e amministrazione,* 1, 2022, p. 349.

[49] Questo anche perché nell'assetto attuale pure qualora l'ordinamento disciplini dei meccanismi di composizione del conflitto extra-giudiziali, questi non sono mai previsti come condizioni di procedibilità e, dunque, chi ha interesse può ben decidere di adire il giudice amministrativo senza utilizzare i meccanismi di composizione extra-giurisdizionali esistenti.

[50] Sulla riserva di amministrazione si veda A. Sau, *L'irragionevolezza delle leggi provvedimento: la riserva di amministrazione c'è ma non si vede*, in *Giornale di diritto amministrativo,* 1, 2023, pp. 71-81.


ISSN 2036-7821

Spesso, infatti, la composizione del conflitto spetta ad un *terzo* con un procedimento che si snoda in un percorso a due tappe[51]. Con la prima, il soggetto *terzo* tenta un dialogo tra le amministrazioni in contrasto in modo che possa giungersi ad una composizione. Solo qualora tale dialogo abbia un esito negativo, si apre la seconda fase in cui il "*superamento del conflitto*" è demandato alla decisione del *terzo* che risolve la controversia con una propria decisone unilaterale e vincolante[52].

Solitamente, "*il soggetto terzo cui devolvere la soluzione* " è il Consiglio dei Ministri che interviene a comporre il conflitto[53], o perché la legge lo prevede espressamente, come nel caso dell'art. 14-quinques, l. 241/90, o esercitando le prerogative conferitegli dall'art. 5, co. 2 , lett. c-bis, l. 400/88 in attuazione dell'art. 95 della Costituzione. Come si dirà in seguito con più precisione, il primo tentativo di conciliazione tra le parti avviene ad opera della Presidenza del Consiglio dei Ministri e poi, nel caso in cui questo fallisca, la decisione definitiva di risoluzione del conflitto è presa da parte del Consiglio dei Ministri[54]. Frequentemente, però, le decisioni così adottate finiscono per essere impugnate dinanzi al giudice amministrativo che, come evidenziato sopra, si trova ancora una volta ad essere arbitro del conflitto.

I procedimenti per l'adozione della VIA lo dimostrano chiaramente: i conflitti ivi scaturiti sono rimessi al CdM, e non è raro che la decisione dello stesso venga successivamente impugnata.

Se ne possono comprendere i motivi fornendo alcune ulteriori precisazioni sulla disciplina che regola l'adozione della VIA.

***3. VIA statale e VIA regionale***

Per quanto attiene all'adozione della VIA, in primis, occorre distinguere tra VIA regionale e VIA statale, a seconda delle caratteristiche e delle dimensioni del progetto.

La VIA regionale è adottata seguendo un unico procedimento, il provvedimento autorizzatorio unico regionale, PUA, disciplinato dall'art. 27-bis, d. lgs. 152/2006[55] che prevede la convocazione di una conferenza di servizi[56] la cui determinazione finale

---

[51] S. Tranquilli, *I conflitti e le liti tra pubbliche amministrazioni*, *op. cit*., pp. 361 e ss.

[52] Sui rapporti di gerarchia F. S. Severi, *Gerarchia e rapporti interorganici*, in *Dig. Disc. Pubbl*., vol. VII, Torino, 1991, pp. 139 e ss.

[53] B. G. Mattarella, *La Presidenza del Consiglio e la funzione di coordinamento*, in *La Presidenza del Consiglio dei ministri a trent'anni dalla legge n. 400 del 1988*, *Atti del Convegno di Studi del 20 febbraio 2018, Università LUISS Guido Carli Roma*, Roma, 2020, p.166.

[54] Il provvedimento così adottato dal CdM è atto di alta amministrazione, sindacabile dinanzi al giudice amministrativo. Per cui, anche in questo caso è frequente il ricorso al giudizio amministrativo.

[55] A. Chiauzzi, *L'evoluzione del procedimento di valutazione di impatto ambientale e le nuove regole della conferenza dei servizi: quale futuro per la V.I.A. ?*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 7-8, 2006, vol. 157, p. 609.

[56] Per un'analisi completa sull'evoluzione normativa dell'istituto si veda G. Cocozza, *La conferenza di servizi*, in A. Contieri (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021; F. Caringella-L. Tarantino, *Il nuovo volto della conferenza di servizi dopo la legge 340/2000*, in *Urb. e app*., 4, 2001, pp. 367 e ss.

[56] G. Gardini, *La conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2005, pp. 488 e ss.


ISSN 2036-7821

raccoglie tutti i provvedimenti autorizzatori previsti a tutela dell'ambiente, compresa l'AIA[57]. Va precisato, però, che restano distinte le manifestazioni provvedimentali, ogni atto mantiene la sua autonomia e la determinazione finale deve fare espressa menzione di ciascuno.

Il procedimento per il rilascio della VIA statale, invece, di regola inizia e si conclude con una procedura condotta dal Ministero dell'Ambiente con il solo concerto del Ministero della Cultura. Il Ministero dell'Ambiente è inoltre affiancato da una commissione tecnica di verifica dell'impatto ambientale (CTVIA) che svolge l'istruttoria ed esprime un parere sulla base del quale viene emanato poi il provvedimento di VIA.

Solo eventualmente e facoltativamente, su istanza del soggetto proponente, è possibile la riunione procedimentale della VIA statale con gli altri atti autorizzatori in materia ambientale, in tale ipotesi viene indetta una conferenza di servizi, decisoria e simultanea, la cui determinazione motivata di conclusione costituisce il provvedimento unico in materia ambientale, con l'indicazione espressa del provvedimento di VIA e l'elenco dei titoli abilitativi compresi nel provvedimento unico. Anche in questo caso, come nella VIA regionale, la riunione è esclusivamente procedimentale e la determinazione finale della conferenza di servizi non sostituisce a tutti gli effetti i provvedimenti di VIA, AIA e gli altri atti autorizzatori, che comunque mantengono una propria autonomia[58].

In sintesi, il rilascio della VIA può seguire due differenti strade. La prima, esclusiva della VIA statale, è un procedimento condotto in "*autonomia*" dal Ministero dell'Ambiente, fermo il concerto del Ministero della Cultura. La seconda, invece, passa per lo svolgimento della conferenza di sevizi, il cui utilizzo è ormai obbligatorio per i procedimenti di VIA regionale, mentre resta facoltativo per quelli di VIA statale.

Ai fini del discorso che si sta compiendo, la differenza di più spiccato interesse tra l'applicazione dell'uno o dell'altro procedimento è nei diversi meccanismi che possono essere utilizzati per risolvere i conflitti nascenti tra le amministrazioni coinvolte.

***3.1 La soluzione del conflitto ad opera del Consiglio dei ministri nella VIA statale e nella VIA regionale .***

[57] Anche nella VIA regionale, essendo obbligatorio l'utilizzo della Conferenza di Servizi, esistono numerose problematiche sulla tutela di ambiente ed interessi sensibili. Infatti, pure qualora il dissenso sia espresso correttamente e manifestamente, non sono previste regole particolari per le amministrazioni portatrici di interessi sensibili poiché, lo si è detto, l'amministrazione procedente non ha più bisogno dell'unanimità per adottare la determina finale positiva, ma decide base delle posizioni prevalenti. Ne consegue che per le amministrazioni portatrici di interessi sensibili l'unico strumento idoneo a paralizzare la decisione adottata in sede di conferenze di servizi è l'opposizione alla Presidenza del Consiglio dei ministri.

[58] I due atti sono autonomamente impugnabili, come ribadito da Consiglio di Stato sez. IV, n. 5154/2024.


ISSN 2036-7821

Più in particolare, i conflitti nascenti nelle procedure di VIA possono essere risolti, rispettivamente, attraverso:

a. *L'intervento del Consiglio dei ministri attraverso i poteri e secondo le modalità previste dell'articolo 5, co. 2, lett. c-bis*

L'art. 5, co. 2, lett. c-bis, dispone che il Presidente del Consiglio "*può deferire al Consiglio dei ministri, ai fini di una complessiva valutazione ed armonizzazione degli interessi pubblici coinvolti, la decisione di questioni sulle quali siano emerse valutazioni contrastanti tra amministrazioni a diverso titolo competenti in ordine alla definizione di atti e provvedimenti*".

Secondo lo schema generale analizzato in precedenza, in cui la decisione sul conflitto è demandata ad un soggetto terzo nella prima fase la Presidenza del Consiglio tenta di risolvere il conflitto tra le parti[59]. Solo qualora ciò non riesca, si apre una seconda fase, in cui spetta al CdM chiudere definitivamente il conflitto con una decisione che sostituisce a tutti gli effetti gli atti delle amministrazioni.

Non c'è certezza sulla sussistenza di un vero e proprio obbligo per la Presidenza del Consiglio di rimettere in ogni caso la soluzione del conflitto al CdM. La norma non indica un dovere per la Presidenza del Consiglio che dunque sarebbe potenzialmente libera di scegliere se attribuire la decisione sul conflitto al CdM oppure no. Ciò nonostante, la recente giurisprudenza[60] abbraccia la tesi di un quasi-automatico passaggio della questione al CdM in caso di fallimento del tentativo di conciliazione in seno alla Presidenza del Consiglio.

b. *L'intervento del Consiglio dei ministri ex art. 14-quinquies, l. 241/90*

Si tratta, come è noto, di un meccanismo che mutua proprio la disciplina dell'art. 5, co.2, lett. c-bis, per cui è sempre il Consiglio dei Ministri che viene chiamato a risolvere l'eventuale conflitto in sede di conferenza di servizi, nato dal dissenso qualificato di un'amministrazione portatrice di interessi sensibili. Anche in questo caso la Presidenza del Consiglio tenta prima di comporre le divergenze tramite un dialogo con i soggetti in dissenso e solo successivamente, se questa fase ha esito negativo, rimette la decisione al CdM che può o confermare la decisione adottata in sede di conferenza o accogliere parzialmente l'opposizione, modificando di conseguenza il contenuto della determinazione di conclusione della conferenza.

Per cui, nel procedimento di VIA statale, quando condotto autonomamente dal Ministero dell'Ambiente, l'eventuale contrasto con il Ministero della Cultura è risolto ai sensi dell'art. 5, co.2, lett. c-bis, legge 400/88. Qualora, invece, nasca un conflitto in una procedura di VIA svolta con il modulo della conferenza di servizi, la sua

[59] Il numero sempre più alto dei conflitti ha portato ad un ampliamento della struttura amministrativa della Presidenza del Consiglio, lo si evince anche semplicemente guardando il numero sempre crescente di dipartimenti in cui la stessa è internamente divisa.

[60] Cons. St., sez. IV, n. 1156/2021.


ISSN 2036-7821

definizione è affidata al meccanismo previsto dall' art. 14-quinquies della legge 241/90.

L' interrogativo che naturalmente si pone è quale sia, in definitiva, la differenza tra la decisione del CdM ex art. 14-quinquies, l. 241/90 e la decisione ex art. 5, co. 2, lett. c-bis, l. 400/88.

Una prima distinzione emerge immediatamente dal dettato delle due norme: perché mentre nel caso della dell'articolo 5, co. 2, lett. c-bis, l. 400/88 è attribuita in generale e senza limiti la decisione al CdM, per l'ipotesi di cui all'art. 14- quinquies, il CdM, in base alla norma appena riportata, è previsto espressamente che il CdM possa solo confermare la decisione della conferenza o accogliere *"parzialmente"* l'opposizione. La mancata specificazione sulla possibilità di un accoglimento *pieno* ha diviso la dottrina che prospetta soluzioni diverse. Secondo alcuni, infatti, ammettere un accoglimento *pieno* significherebbe rendere necessaria una nuova determinazione conclusiva della conferenza ad opera dell'amministrazione procedente[61]. Di diverso avviso è la tesi per cui in caso di accoglimento *pieno* dell'opposizione «*la decisione finale perde definitivamente efficacia*»[62]. Qualsiasi soluzione voglia preferirsi, si evidenzia senza dubbio una più elevata problematicità della decisione del CdM ex art. 14- quinquies rispetto alla decisione ex art. 5, co. 2, l. c-bis, l. 400/88.

Ma ancor più rilevante ai fini della presente analisi è la distinzione suggerita dalla giurisprudenza sulla *natura* e la *ratio* delle due diverse decisioni.

La sentenza, richiamata in apertura, del Consiglio di Stato, n. 3203/2024, sembra accettare l'idea per cui la delibera del CdM adottata ai sensi dell'articolo 5, co. 2, lett. c-bis è uno strumento a disposizione della Presidenza del Consiglio per garantire *l'unità dell'indirizzo politico del governo ai sensi dell'articolo 95 della Costituzione*, mentre, diversamente, l'intervento del CdM ex. art. 14-quinquies, al fine di risolvere il conflitto in seno alla conferenza dei servizi, è da considerarsi esercizio di una *ordinaria potestà amministrativa finalizzata ad assicurare il coordinamento tra interessi pubblici primari*.

Secondo questo orientamento, quindi, esiste un marginale ma decisivo discrimine tra i due meccanismi di risoluzione dei conflitti. Lo strumento ex art. 5, co. 2, lett. c-bis, l. 400/88 è finalizzato *a garantire l'unità e l'indirizzo politico del governo ai sensi dell'articolo 95 della Costituzione*, la risoluzione del conflitto nato in sede di conferenza dei servizi ex art. 14-quinquies, invece, è una vera e propria potestà amministrativa finalizzata ad assicurare il *coordinamento tra gli interessi pubblici* e, quindi, nient'altro che una

[61] F. Gambardella, *Il superamento della dimensione negoziale della conferenza di servizi*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2021, p. 78

[62] Così V. Lopilato, *La conferenza di servizi*, in B. G. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione, Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, p. 109.


ISSN 2036-7821

*garanzia procedimentale rafforzata*[63].

### *3.2 Il problema degli atti di alta amministrazione.*

Occorre allora comprendere quali siano le ripercussioni pratiche di tale assunto.
Le decisioni con cui il Consiglio dei Ministri risolve i conflitti tra ministeri ex art. 5, l. 400/88, o con cui supera il dissenso ex art. 14-quinquies in sede di conferenza di servizi hanno entrambe la natura giuridica di atti di alta amministrazione[64].
La difficoltà di avere una definizione omogenea per gli atti di alta amministrazione, che presentano sempre tra loro delle grandi differenze[65], apre la strada ad una serie di questioni[66].

---

[63] «*nell'ambito del funzionamento della Conferenza di servizi (in tutti i casi in cui) il Consiglio dei Ministri è chiamato ad intervenire in presenza di dissensi qualificati opposti da amministrazioni preposte alla tutela di interessi pubblici a garanzia procedimentale c.d. rafforzata, come tali insuscettibili di compressione, anche a fronte di posizioni prevalenti di segno contrario emerse in conferenza*», Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3203/2024.

[64] V. C. Irelli, *Sugli atti di "alta amministrazione"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2013, pp. 1377-1386

[65] G. Cugurra, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973.

[66] Il rapporto tra politica ed amministrazione è da sempre indagato nell'analisi giuridica e dalla sua interpretazione dipende l'intero assetto dell'ordinamento amministrativo.

I primi riferimenti utili in argomento si trovano nella Costituzione. L'articolo 95 attribuisce al Presidente del Consiglio il compito di mantenere l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, coordinando e promuovendo l'attività dei ministri. L'articolo 97, invece, enuncia i principi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione.

La Costituzione, dunque, non disciplina in maniera netta ed esplicita il rapporto tra politica e amministrazione, delinea però sicuramente un quadro in cui l'amministrazione è elemento essenziale per l'attuazione dell'indirizzo politico.

D'altronde, amministrare vuol dire esercitare una funzione per soddisfare un interesse pubblico. La scelta dell'interesse pubblico e del soggetto cui attribuirne la cura spetta in primo luogo al legislatore e agli organi di governo che esprimono l'indirizzo politico e politico-amministrativo. La cura in concreto poi necessita di strutture tecnico-operative che sono appunto le amministrazioni, le quali, però, proprio per meglio perseguire gli indirizzi politico- amministrativi devono restare strutture principalmente tecniche e mantenersi in qualche modo separate dal potere politico.

Si è così determinato lo sviluppo di due principali modelli di rapporti tra politica e amministrazione. Un primo modello, cosiddetto di "distinzione funzionale", per cui l'organo politico è esso stesso titolare della funzione amministrativa, ma segue regole diverse a seconda che operi come organo politico o organo amministrativo. Il secondo modello, invece, è detto della "distinzione strutturale" poiché le funzioni amministrative sono attribuite a strutture diverse da quelle politiche e di governo. È prevalentemente in questo secondo modello che emerge una distinzione tra alta amministrazione, ovvero l'insieme di atti amministrativi espressione dei poteri di indirizzo politico-amministrativo, quindi principalmente atti di programmazione, regolazione e controllo, o anche di contenuto puntuale ma serventi a indicare l'indirizzo politico-amministrativo e i "normali" atti di amministrazione, ovvero l'insieme di atti che incidono sulle situazioni giuridiche concrete, adottati dagli organi e dagli uffici dell'amministrazione a carattere "professionale". Anche se sul punto va precisato che spesso gli atti di alta amministrazione possono incidere anche su situazioni giuridiche concrete e puntuali. È il caso dell'atto di concessione di cittadinanza allo straniero. Si tratta di un atto puntuale e concreto ma che è ritenuto dalla giurisprudenza di alta amministrazione (Cons. Stato, sez. III, 19/07/2024, n.6535).

In argomento: A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione,* Padova, 1973; M. S. Giannini, *Stati e pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna 1896; U. Allegretti, *Pubblica amministrazione e Costituzione*, Padova, 1996; G. Silvestri, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in M. Cartabia- M. Ruotolo, *Potere e costituzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 2023, pp. 1122 e ss.; M. S. Giannini, *Gli elementi degli ordinamenti*


ISSN 2036-7821

In generale, può dirsi che gli atti di alta amministrazione realizzano la direzione della politica sull'amministrazione, sono atti amministrativi il cui scopo è indicare criteri e modalità di esercizio della funzione e vengono emanati da organi di vertice dell'amministrazione.

Il loro contenuto è altamente discrezionale poiché devono incanalare l'azione amministrativa verso l'indirizzo politico prescelto dall'organo di governo[67], per cui il confine con l'atto politico è spesso sottile e sfuggente[68].

È doveroso precisare che si tratta però di atti distinti[69].

L'atto politico è atto dell'organo di governo emanato nell'esercizio del potere politico e i cui motivi sono «*indicati dai principi della politica e non determinati né apprezzabili dal punto di vista giuridico*»[70]. Si caratterizza dal punto di vista oggettivo per essere esercizio di un potere costituzionale libero nel fine[71].

Gli atti politici non possono ovviamente essere sottoposti al vaglio del giudice amministrativo[72]. L'obbiettivo di tutelare *"gli interessi e le necessità dello stato"*, d'altronde, fa sì che abbiano con gli interessi privati dei rapporti meramente occasionali o che non ne abbiano alcuno[73].

Proprio per questo motivo la giurisprudenza, onde evitare deficit di tutela per le situazioni giuridiche soggettive dei singoli, tende ad allargare l'insieme degli atti di alta amministrazione e a restringere quello degli atti politici, nel quale si fanno rientrare di solito solo gli atti la cui politicità non è in discussione[74].

---

*giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 237 e ss., V. Bachelet, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa, strutture tradizionali e tendenze nuove*, Milano, 1965; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, 1966; S. Cassese, *Organizzazione e funzionamento della pubblica amministrazione*, Bologna, 1989. In particolare, sull'organizzazione ministeriale si vedano F. Merloni, *Dirigenza pubblica e amministrazione imparziale. Il modello italiano in Europa,* Bologna, 2006; C. Pinelli, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 719; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, L. Antonini, *Il principio di imparzialità* in M. A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amm., op.cit.*, pp. 145 e ss.

[66] Su cui si vedano: F. Bassi, *Il principio di separazione dei poteri (Evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 75 ss.; G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; S. Battini, *Il principio di separazione tra politica e amministrazione: un bilancio.*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, pp. 1 ss.; P. Caretti, *Commento all'art. 97, I comma, parte I, Cost.*, in G. Branca- A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna- Roma, 1994; M. Dogliani, *Indirizzo politico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993; V. Cerulli Irelli, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti di "alta amministrazione"*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, pp. 101 e ss.

[67] G. Della Cananea, *Gli atti di alta amministrazione e l'obbligo di motivazione,* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1998, pp. 43 e ss.

[68] Sulla nozione di atto politico Cons. Stato, sez. V, n.4502/2011.

[69] E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, 1961.

[70] E. Guicciardi, *L'atto politico*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1937, pp. 311 e ss.

[71] Sulla distinzione con gli atti amministrativi, ex multis, Tar Lazio, sez. I, Roma, n. 17159/2022.

[72] G. Pepe, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento*, in *federalismi*, 22, 2017, p. 11.

[73] C. Dell'acqua, *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani: Profili di teoria generale*, Padova, 1983.

[74] Alcuni esempi sono le mozioni di fiducia e sfiducia, la nomina dei ministri o la firma di trattati internazionali.


ISSN 2036-7821

Ma tale soluzione non risolve tutti i problemi dal momento che anche all'interno della categoria degli atti di alta amministrazione rientrano fattispecie diverse tra loro, caratterizzandosi alcuni proprio per una maggiore "*politicità*" rispetto ad altri.

***4. La decisione del CdM ex art. 5, co. 2, lett. C-bis, l. 400/88 e la decisione del CdM ex art. 14-quinquies, l. 241/90: due atti di alta amministrazione "diversi"***

Questo fenomeno è evidente proprio se si indaga la differenza tra la decisione del CdM ex art 5, co. 2, lett. c-bis, l. 400/88 e la decisione del CdM di risoluzione del conflitto in seno alla conferenza di servizi ai sensi dell'art. 14-quinquies[75].

Si è detto, infatti, che la prima sarebbe espressione dell'unità dell'indirizzo politico, a differenza della seconda che avrebbe come unico obbiettivo il coordinamento amministrativo. In una immaginaria linea che dall'atto amministrativo va all'atto politico, allora, la decisione ex art. 5, co. 2, lett. c-bis, si trova in una posizione più vicina all'atto politico di quanto lo sia la decisione del CdM sull'opposizione in conferenza di servizi.

L'assunto potrebbe alimentare la tesi per cui la decisione del CdM ex art. 5, co. 2, lett. c-bis, l. 400/88, essendo espressione di garanzia dell'unità di indirizzo politico di cui all'art. 95 Cost., debba a tutti gli effetti considerarsi un atto politico.

Una teoria che sarebbe coerente con la visione di quella parte della dottrina per cui è necessario ripensare nel senso di una maggiore ampiezza la latitudine dell'atto politico, assicurando una più netta e chiara assunzione di responsabilità da parte degli organi di governo[76].

Si tratta di una posizione delicata soprattutto considerando che la tutela dell'ambiente è caratterizzata anche da un elevatissimo tasso di tecnicità e quindi deve necessariamente essere affidata agli apparati amministrativi.

Il cuore del problema però non risiede tanto nella materia quanto nel tipo di decisione che, per un verso, permetterebbe di considerare l'atto in questione come atto politico.

Infatti, la decisione del CdM ex art. 5, co.4, lett. c- bis, non sarebbe finalizzata esclusivamente a tutelare l'ambiente, ma piuttosto a scegliere tra interessi che hanno pari rilevanza in un momento successivo a quello in cui si sono esaminati gli aspetti tecnici. Tale scelta, allora, non potrebbe che avere un contenuto anche, se non soprattutto, politico. Si pensi, ad esempio, al settore dell'energia dove la realizzazione di impianti di fonti sostenibili è fondamentale per la riduzione di emissioni, ma potrebbe comportare un inaccettabile sacrificio per la salvaguardia

[75] La cui natura di atto di alta amministrazione per la giurisprudenza non è in dubbio, ex multis Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6473/2021.

[76] F. Cintoli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo,* in R. Chieppa, C. D. Piro, R. Tuccillo, *Golden power*, Piacenza, 2023, pp. 251 e ss.


ISSN 2036-7821

degli ecosistemi o del paesaggio[77]. In questi delicati conflitti la tecnica non sempre può giungere a delle soluzioni, anzi, esaurisce il suo compito una volta che avendo individuato vantaggi e svantaggi per tutelare gli interessi contrapposti non è in grado poi in concreto di trovare una soluzione che non comporti comunque il sacrificio di qualcuno di essi.

Considerare atto politico la decisione ex art. 5, co. 2, lett. c-bis, l. 400/88, per giunta, risolverebbe il rapporto tra questo tipo di decisione del CdM e la decisione di risoluzione dell'opposizione in sede di Conferenza di servizi ex art. 14-quinquies che, invece, è senza dubbio atto di alta amministrazione in quanto finalizzato a garantire il semplice coordinamento amministrativo, indicando l'indirizzo politico-amministrativo da seguire.

Ciò, però, avrebbe delle conseguenze estremamente importanti. Su tutte sottrarre a qualsiasi tipo di sindacato del giudice amministrativo le decisioni del CdM ex art. 5, co. 2, c-bis., nonostante la dottrina maggioritaria, come si è visto, tenda a considerare gli atti politici, quindi esclusi dal sindacato del giudice, come un insieme invero significativamente limitato. Si aggiunga che in nessun caso la giurisprudenza ha negato la natura di atto di alta amministrazione della decisione del conflitto ex art. 5, co. 2, lett. c-bis.

Tali elementi sembrano sufficienti a ribadire che, nonostante le diverse finalità, la decisione del CdM ex art. 5, l. 400/88 e quella ex art. 14- quinquies, l. 241/90, sono entrambe atti di alta amministrazione.

Tale conclusione, però, rende necessari ulteriori chiarimenti.

In particolare, il Consiglio di Stato[78]si è soffermato sulla motivazione degli gli atti di cui all'art. 5, co.2, lett. c-bis, ritenendo sufficiente per la sua integrazione la semplice indicazione che il provvedimento è finalizzato a garantire *l'unità di indirizzo politico*, non essendo necessaria una spiegazione analitica e tecnica della scelta operata.

Questo, occorre precisarlo, non può voler dire *a contrario*, che per le decisioni adottate dal CdM ex art. 14-quinques sia necessaria una maggiore analiticità nella motivazione con l'indicazione puntuale delle ragioni che nel bilanciamento tra interessi hanno determinato il prevalere di uno sugli altri.

Altrimenti, infatti, si potrebbe avere un diverso grado di incisività del sindacato sulla

---

[77] E. Bruti Liberati, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6, 2024, p. 745, in particolare sulla difficoltà di utilizzo delle fonti rinnovabili l'A. indica come: «*Anche in questo caso i risultati concretamente ottenuti si sono rivelati assai inferiori alle attese. Sono ben noti i ripetuti conflitti tra Stato e regioni, alcune delle quali hanno mostrato una particolare inclinazione all'introduzione di normative dirette ad ostacolare la realizzazione di impianti rinnovabili, e i conseguenti, reiterati interventi della Corte costituzionale; ed è anche ben noto il contrasto tra amministrazioni preposte alla promozione delle rinnovabili e amministra zioni competenti per la tutela di beni culturali e paesaggistici, su cui è stato invece il giudice amministrativo a dover intervenire ripetutamente. L'esito di questi conflitti è stato non solo un ritardo straordinario nei tempi di svolgimento dei procedi menti autorizzativi e di valutazione ambientale dei progetti, ma anche decisioni finali non dirado ingiustificatamente contrarie alla realizzazione dei nuovi impianti*».

[78] Consiglio di Stato, sez. IV, n.1799/2016.


ISSN 2036-7821

decisione ex art. 14-quinquies rispetto al sindacato sulla decisione adottata ex art. 5, l. 400/88, nonostante, come detto, si tratti in entrambi i casi di atti di alta amministrazione.

Nel caso dell'art. 5, la motivazione si riterrebbe raggiunta semplicemente spiegando che l'interesse scelto come prevalente è finalizzato a garantire l'unità di indirizzo politico. Per la delibera adottata ex art. 14-quinquies, invece, potrebbe configurarsi un'illegittimità per mancanza o insufficienza di motivazione qualora la stessa non indichi con precisione i motivi che hanno fatto propendere per la prevalenza di un determinato interesse su un altro.

In questo modo, ovviamente, sarebbe alto il rischio di un ingiustificato discrimine tra i procedimenti di VIA in cui non è utilizzata la conferenza di servizi, ovvero numerosi casi di VIA statale, dove i conflitti sono risolti ex. art. 5, l. 400/88, e i casi in cui il procedimento di VIA segue il modulo della conferenza di servizi, e dunque nelle ipotesi di VIA regionale e nelle ipotesi di VIA statale in cui la conferenza è facoltativamente utilizzata, dove la decisione del conflitto spetterebbe al CdM ex art. 14- quinquies[79]. Una tale differenza, si comprende, non avrebbe alcun fondamento e risulterebbe anzi totalmente irragionevole.

L'insieme delle osservazioni operate portano a quanto già accennato in precedenza: l'utilizzo della categoria degli atti di alta amministrazione, sebbene da condividere, come si è detto poco prima, implica sempre incertezze e difficoltà, non permettendo di trovare delle soluzioni univoche e generali. La natura amministrativa di questi atti fa sì che sia astrattamente applicabile la disciplina generale del procedimento e del provvedimento[80]. Tuttavia, l'eccezionale discrezionalità che caratterizza l'attività di alta amministrazione, ovviamente, influenza anche il sindacato del giudice che oscilla e utilizza parametri diversi a seconda del caso concreto e del provvedimento adottato[81].

È altrettanto vero, però, che la tutela dell'ambiente non può ingolfare nella

---

[79] Occorre precisare che la soluzione del conflitto in una procedura di VIA regionale ad opera del Consiglio dei Ministri, ex art. 14-quinquies si ha spesso solo nel caso in cui a detta procedura partecipino amministrazioni statali e il dissenso provenga da una di esse, oppure se il dissenso proviene da un'amministrazione locale e le leggi regionali non devolvono il conflitto alla giunta regionale. In questo senso dispone, ad esempio, la legge regionale della regione Umbria 16 febbraio 2010, n.12.

[80] Sul procedimento amministrativo ex multis: F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.; M. S. Giannini, *La lezione di diritto amministrativo,* volume I, Milano, 1950, pp. 259 ss.; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, pp. 813 e ss.; F. Scoca, *Manuale di diritto amministrativo*, cap. 3, Torino, 2021; R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017; M. A. Sandulli, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011; M. A. Sandulli, *Principi e regole dell'azione amministrativa,* Milano 2023; F. Cortese, *Sulla riserva preferenziale di procedimento come strumento di garanzia*, in *Le Regioni*, 2018, pp. 759-765; G. Gargano, *La riserva di procedimento amministrativo*, Napoli, 2023.

[81] Ad esempio, in merito al provvedimento di revoca dell'incarico di assessore, in alcuni casi la giurisprudenza ha ritenuto applicabile la disciplina della comunicazione di avvio del procedimento mentre in altri casi l'ha esclusa. Si veda sul punto M. Fratini, *Manuale sistematico di Diritto Amministrativo*, Roma, 2023-2024, p. 373.


ISSN 2036-7821

burocrazia lo sviluppo del paese[82]. Per cui, in caso di contrasti tra interessi da considerarsi di pari rango e tra le amministrazioni cui è affidata la loro cura, è giusto che la scelta ricada sull'organo di vertice dell'amministrazione affinché possano essere superati velocemente e con autorevolezza eventuali impasse.
In tal senso, quindi, si può dire che l'intervento del Consiglio dei Ministri in caso di contrasto tra amministrazioni nelle procedure di VIA risulti necessario e auspicabile.
Dunque, come già sottolineato, la scelta del CdM non può assumere caratteri di decisione puramente politica e deve essere qualificata come atto di alta amministrazione, lasciando sempre aperta la strada al sindacato del giudice[83]. In questo modo si previene il rischio di svuotare di significato il momento dell'istruttoria amministrativa, in cui sono compiute delle valutazioni tecniche da parte delle strutture professionali, fondamentali quando si parla di ambiente, e si evita di politicizzare totalmente la sua tutela.
Nondimeno è assolutamente necessario che il sindacato sugli atti di alta amministrazione non vada oltre la verifica della manifesta illogicità o irragionevolezza della decisione.
Proprio per questo motivo, sebbene sia corretta la ricostruzione per cui la decisione del CdM di risoluzione di un conflitto ex art. 5, co. 2, lett. c-bis, e la decisione del CdM di risoluzione di un conflitto ex art. 14-quinquies vadano intese come due atti di alta amministrazione diversi, il primo di indirizzo politico-amministrativo, il secondo di garanzia procedimentale e coordinamento amministrativo, come si è appena sottolineato, risulterebbe del tutto ingiustificata una diversa intensità del sindacato sugli stessi che deve considerarsi dunque identico, e dovrà limitarsi, in ambo i casi, a verificare che la decisione sia coerente con il fine per cui il potere di soluzione del conflitto è attribuito, ovvero garantire l'unità di indirizzo politico o il coordinamento amministrativo, e che non si sconfini nella manifesta irragionevolezza o illogicità.
Il problema potrebbe risiedere, piuttosto, proprio nella categoria della manifesta illogicità e irragionevolezza poiché la stessa è ormai il "*sintomo*" più comunemente utilizzato per valutare l'esistenza dell'eccesso di potere nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa in generale e non solo sugli atti di alta amministrazione[84]. Questa tendenza ha reso incerta la distinzione tra il sindacato sulla "*normale*" attività amministrativa e quello sull'attività di alta amministrazione[85].
Ma tale nodo in realtà è facilmente superabile.

---

[82] D. Ardolino, *Produzione di energia da fonti rinnovabili: barriere amministrative e sociali e misure di compensazione,* in G. De Maio (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia*, Napoli, 2019, p. 190.
[83] M. Macchia (a cura di), *Quando lo Stato fa causa allo Stato*, op. cit., pp. 30 e ss.
[84] F. Saitta, *Il vizio dell'eccesso di potere: una prospettiva storica,* in *Nuove Autonomie*, 3, 2021, pp. 583-631.
[85] F. Cintoli, *La natura amministrativa della decisione sull'esercizio dei poteri speciali e la sua sottoposizione al sindacato del giudice amministrativo*, in R. Chieppa, C. D. Piro, R. Tuccillo, *Golden Power,* Piacenza, 2023, p. 251.


ISSN 2036-7821

Il fatto che la categoria della manifesta illogicità e irragionevolezza sia utilizzata come figura sintomatica per eccellenza nel sindacato sulla discrezionalità amministrativa non vuol dire che vada declinata in maniera diversa e più rigida per il sindacato sugli atti di alta amministrazione. Più semplicemente deve ritenersi che, mentre nei giudizi sulla *"normale"* attività discrezionale della pubblica amministrazione è possibile un sindacato ampio che consideri tutte le figure sintomatiche per verificare la sussistenza dell'eccesso di potere, e dunque anche la manifesta illogicità e irragionevolezza, per gli atti di alta amministrazione è solo ed esclusivamente questo il vizio che può determinarne l'annullamento.

### *5. Qualche conclusione.*

I procedimenti di rilascio delle autorizzazioni in materia ambientale, in conclusione, emergono come un terreno particolarmente scivoloso, rappresentando da un lato un irrinunciabile baluardo per l'improrogabile attuazione della *transizione ecologica*[86], ma d'altro canto, un fattore di costo[87]per l'attività dei privati[88](e delle amministrazioni).
Il numero alto di soggetti pubblici coinvolti nelle decisioni e l'attenzione che il legislatore pone nel regolare i relativi procedimenti inverano il grande valore che l' ordinamento attribuisce alla tutela ambientale[89]. Allo stesso tempo, però, questi fattori alimentano anche la possibilità che in seno alle procedure in parola nascano dei conflitti tra amministrazioni, con il rischio di espandere i tempi e la complessità di decisioni bisognose invece di celerità, chiarezza e stabilità[90].

---

[86] O. Pallotta, *L'ordinamento UE ai tempi della crisi energetica e della transizione ecologica: prove generali di una nuova politica economica europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2024, pp. 329-348; E. Chiti, *Pubblica amministrazione e transizione ecologica,* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 6, 2024, pp. 736-744, in cui è giustamente osservato che «*La nuova regolazione ecologica, europea e nazionale, incide su tutti i principali elementi delle funzioni amministrative. Ha ad oggetto numerose materie, dalla tutela dei suoli alla produzione agricola, dalla protezione delle foreste alla conservazione degli eco sistemi terrestri, idrici interni, marini e costieri. Prevede diversi tipi di attribuzioni, sia strumentali, come nel caso della produzione di informazione di qualità per valutare lo stato di salute delle foreste europee, sia finali, ad esempio di regolazione dei rapporti privati o di direzione delle attività di questi ultimi, per lo più attraverso lo strumento della pianificazione settoriale. È diretta a vari destinatari: diversi gruppi di soggetti privati, ad esempio gli imprenditori agricoli, i proprietari terrieri e i soggetti che possono partecipare a programmi europei di cofinanziamento, ma anche gli Stati membri, chiamati a svolgere una complessa attività di pianificazione*».

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

[88] Ancora sul rapporto tra amministrazione e privati e la sua evoluzione: M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, pp. 259 e ss.; S. Cassese, *Il privato e il processo amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1-2, 1970, pp. 25 e ss.; A. Romano, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo negli anni '80*, Milano, 1987; M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in M. Nigro, *Scritti giuridici*, Milano, 1996, pp. 1412 e ss.; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016; P. Chirulli, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, op. cit., pp. 613 e ss.; M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, p. 100 e ss.

[89] R. Dipace, A. Rallo, A. Scognamiglio (a cura di), *Impatto ambientale e bilanciamento di interessi. La nuova disciplina della Valutazione di impatto ambientale,* in *Raccolta degli Atti del Convegno Nazionale Associazione Italiana di Diritto dell'Ambiente 2018 (Campobasso, 13 aprile 2018),* Napoli, 2018.

[90]Sulla necessità di decisioni stabili da parte dell'amministrazione si veda F. Liguori, *Sulla necessità di una semplificazione amministrativa per le "Zone Economiche Speciali" (ZES),* 3, 2024, pp. 106-137. In particolare, l'A.


ISSN 2036-7821

Conferma questo assunto il procedimento di rilascio della Valutazione di impatto ambientale, caratterizzato frequentemente da conflitti tra le amministrazioni coinvolte.

L'analisi compiuta sulla VIA, però, è un indizio preciso e specifico utile a dimostrare una più ampia e generale criticità: la mancanza di sistematicità e la farraginosità dei rimedi preposti alla risoluzione dei conflitti tra amministrazioni.

L'assenza di una disciplina generale sui conflitti tra amministrazioni consegna uno scenario estremamente incerto, in cui affiorano difficoltà nell'individuare la soluzione più idonea tra gli strumenti di composizione esistenti e forti dubbi sull' efficacia conciliativa degli stessi.

La questione non è di poco momento. Ancor di più in un'epoca in cui il ruolo dell'amministrazione è cambiato radicalmente[91], essendo quest'ultima non più chiamata esclusivamente a comandare o a fornire una prestazione[92], quanto piuttosto a cercare strategie efficienti e nuovi approcci per la tutela di interessi sempre più numerosi e sempre più complessi[93].

All'amministrazione è affidato, più precisamente, l'arduo compito di trovare un equilibrio tra esigenze di "*produzione*" ed esigenze di " *protezione*"[94], tra sviluppo economico e tutela di interessi sensibili. È la sfida dello "*sviluppo sostenibile*", propria indubbiamente di ogni livello e di ogni settore amministrativo[95]. Un obbiettivo perseguibile con strumenti innovativi, come può essere il partenariato pubblico-privato, ma anche attraverso una riscoperta di strumenti "*classici*", come i piani e i programmi, utilizzati però in declinazioni nuove e idonee alla contemporaneità, così

---

sottolinea: « *L' eccessiva compressione delle questioni complesse, anche quando giustificata dalla priorità che si vuole dare all'iniziativa economica, se può valere a bypassare qualche passaggio amministrativo, non può però valere a rendere tutto semplice. Le tensioni non risolte nel procedimento riemergono in forma di successivi ripensamenti ovvero di contenzioso. E così, nella logica decisionista e di celerità che si va affermando, si può comprendere anche la posizione-in realtà difficilmente conciliabile con i principi costituzionali in tema di pienezza della tutela giurisdizionale-di chi punta a ridimensionare la capacità del giudice amministrativo di intervenire per recuperare nel processo ciò che si è perso nel procedimento. Il percorso da seguire è, invece, quello di accrescere la capacità anche tecnica delle amministrazioni, in discontinuità con quanto si è verificato nei tempi più recenti. Le cause della crisi, divenuta quasi tratto strutturale dell'amministrazione, vanno infatti ascritte anche alla drastica riduzione o, secondo alcuni, alla totale scomparsa di corpi tecnici all'interno dell'organico degli apparati, tendenza registrata nell'ultimo secolo e da collegare in misura significativa alle istanze di contenimento della spesa pubblica».*

[91]Sullo spazio di intervento dell'amministrazione F. Liguori, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un'introduzione*, in *Ceridap*, 1, 2024, pp. 58 e ss.

[92]Sul ruolo dell'amministrazione oggi si veda R. Spagnuolo Vigorita, *Potere amministrativo, poteri e interessi privati*, in *Ceridap*, 2, 2024, pp. 133 e ss.

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

[94] V. Spagna, *Le decisioni pluristrutturate tra esigenze di semplificazione ed esigenza di tutela degli interessi primari*, in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Napoli, 2020, pp. 89 e ss.

[95] D'altro canto, sostenibilità e crescita economica sono interessi non necessariamente contrapposti ma che si avvicinano e si allontanano come estremi di una fisarmonica. A volte possono perfettamente coincidere, altre ancora, invece, si collocano su poli opposti. Per questo motivo trovare una sintesi spesso presenta delle difficoltà e necessita di estrema attenzione.


ISSN 2036-7821

da poter essere realmente utili ed efficaci[96]. Senza dimenticare che in alcuni casi resta necessario un intervento diretto del potere pubblico a sostegno del settore privato o per favorire lo sviluppo di determinati settori[97], o per "assicurare" persone e imprese da eventi imprevedibili e di forza maggiore, come è accaduto con l'epidemia da Covid-19[98].

Questo quadro delinea un orizzonte in cui è fondamentale che le pubbliche amministrazioni, data la complessità dei compiti loro attribuiti[99], decidano celermente e con soluzioni il più possibile condivise. Ne consegue che gli eventuali contrasti nascenti tra le amministrazioni necessitano di meccanismi di composizione dei conflitti efficienti e realmente definitivi[100].

In assenza di ciò, non potrà che aumentare la già consolidata tendenza, più volte sottolineata nel corso del presente lavoro, di un continuo ricorso al giudizio amministrativo[101].

Il rischio è, ovviamente, che la cura degli interessi pubblici sia, ancora una volta, affidata al potere giurisdizionale[102], con l'esito di un'amministrazione svuotata delle sue funzioni e privata del suo ruolo[103].

Di conseguenza, sarebbe opportuno strutturare una disciplina generale e di sistema dei conflitti tra amministrazioni che individui precisamente i presupposti e le regole per l'utilizzo dei vari strumenti di composizione.

In ultima analisi, quindi, per il caso specifico delle decisioni del Consiglio dei ministri volte alla soluzione dei conflitti nascenti nelle procedure di VIA, andrebbero superate le differenze tra l' ipotesi di VIA statale, in cui si utilizza lo strumento di risoluzione previsto dall'art. 5, co. 2, lett. c-bis, e quella di VIA regionale, in cui invece la composizione avviene secondo le regole del art. 14-quinquies, quantomeno dal punto di vista dell'incisività della soluzione del conflitto poiché, come si è visto, mentre il primo meccanismo permette al CdM di rimodulare anche totalmente la decisione dell'amministrazione procedente, con il secondo è possibile esclusivamente confermare la decisione della conferenza o accogliere "parzialmente" l'opposizione.

---

[96] Ne parla ampliamente A. Moliterni, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2024, pp. 76 e ss.

[97] Come gli ausili alle imprese per accelerare la transizione ecologica. Cfr. A. Travi, *Pubblica amministrazione. Burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, 2022, p. 231.

[98] S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari-Roma, 2023, p. 402.

[99] Si pensi al settore dell'energia su cui G. D. Comporti, *Energia e ambiente*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, pp. 297 e ss.

[100] Sulla necessità di un dialogo efficiente tra pubbliche amministrazioni si veda P. Marzaro, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in *federalismi*, 23, 2017.

[101] F. Cortese, *Amministrazione e giurisdizione: poteri diversi o poteri concorrenti?* in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2018, pp. 99 e ss.

[102] L. Torchia, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida, interferenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2019, pp. 189 e ss.; L. Saltari, *I giudici amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2023, p. 293.

[103] M. A. Sandulli, *Le problematiche della giustizia amministrativa del terzo millennio*, in *Ceridap*, 2, 2023, pp. 235-243.


ISSN 2036-7821

Allo stesso modo, andrebbe fugato qualsiasi dubbio circa il grado di dettaglio richiesto per la motivazione delle decisioni finali dei due meccanismi di composizione, che deve essere, per le ragioni esposte in precedenza, equivalente, così come l'intensità del sindacato sulle stesse.
Infine, per scongiurare il rischio, prima esaminato, di svuotare di significato la fase istruttoria compiuta dall'amministrazione, sarebbe opportuno indicare espressamente in che modo debbano essere considerate le risultanze della stessa nella decisione finale del Consiglio dei Ministri.


ISSN 2036-7821